



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

# REVISTA DE DERECHO

**Vol. 24/2024**

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)

E-ISSN 2664-3669 (versión en línea)



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

# REVISTA DE DERECHO

Vol. 24/2024

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)

E-ISSN 2664-3669 (versión en línea)







UNIVERSIDAD DE PIURA  
Facultad de Derecho

REVISTA DE DERECHO

Consejo de Redacción

Director:

Dr. Percy García Cavero

Editor ejecutivo:

Dr. Luciano Damián Laise

REVISTA DE DERECHO

Vol. 24, Año 2024

© UNIVERSIDAD DE PIURA. 2024

Av. Ramón Mugica 131- Urb. San Eduardo, Piura, Perú  
Apartado postal 353. Fax: 51-73-284510

Editado por:

Universidad de Piura

Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo, Piura, Perú

Director de la revista:

Percy García Cavero

Editor ejecutivo:

Luciano Damián Laise

Revista de periodicidad anual

Revista indizada en el sistema Latindex

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)

ISSN: 2664-3669 (en línea)

Cuidado en la edición:

Ingrid Nuñez Seminario

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2000-4208

La Revista de Derecho es una publicación de periodicidad anual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Tiene como objetivo incentivar la investigación jurídica y ser punto de referencia para investigadores, abogados y estudiantes de derecho tanto nacionales como internacionales en todas las ramas del derecho.

Revista arbitrada por el sistema de pares externos y miembros del Comité Editorial.

La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones emitidas por los autores de los artículos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta obra puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso expreso de los autores o de la Universidad de Piura.

Publicado en diciembre de 2024

## Comité Editorial

- Dr. Pablo Sánchez- Ostiz Gutiérrez (Universidad de Navarra)
- Dr. Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra)
- Dr. Roberto Cruz Palmera (Universidad de Valladolid)
- Dr. Juan Bautista Etcheverry (Universidad Austral- CONICET)
- Dr. Julio Esteban Lalanne (Universidad Católica Argentina)
- Dr. José Ignacio Martínez Estay (Universidad de los Andes)
- Dr. Mariano Carbajales (Universidad Católica de Temuco)
- Dr. Vicente Benítez Rojas (Universidad de la Sabana)
- Dr. Javier Saldaña Serrano (Universidad Nacional Autónoma de México)
- Dr. Gustavo Calvino (Universidad Austral)
- Dr. Gustavo Manzo-Ugas (Universidad Central de Venezuela)
- Dr. Luis Castillo Córdova (Universidad de Piura)
- Dr. Krystian Complak (Universidad de Wroclaw)
- Dr. Francisco Cuenca Boy (Universidad de Cantabria)
- Dr. José Luis García-Pita Lastres (Universidad de La Coruña)
- Dr. José Luis Martínez López-Muñiz (Universidad de Valladolid)
- Dr. Antonio Martínez-Pujalte (Universidad Miguel Hernández de Alicante)



## ÍNDICE GENERAL

### ARTÍCULOS

**The fundamental of ethics, en: A. Masferrer, “Criminal and morality in the age of consent”. Interdisciplinary perspectives, pp. 171-189**

Francisco Carpintero Benítez ..... 12

**Acto administrativo, nulidad de pleno derecho y delito: Un análisis del art. 10.4 de la LPAG**

Alberto Picón Arranz..... 47

**Un abordaje jurisprudencial de la dignidad humana a partir de la Teoría ontológica y la Teoría de la autonomía de la voluntad**

Erman Tejada Barbarito..... 80

**La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentre en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”**

Milagros Maraví Sumar, Sheyla Llacza Romero ..... 123

**Simples “demoras” vs. “inactividad administrativa”: Notas para el estudio conceptual de los plazos máximos de los procedimientos administrativos y su incumplimiento**

Ernesto José Saavedra Bazán ..... 175

### SECCIÓN: 40° ANIVERSARIO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

**Presentación** ..... 233

**El elefante en la habitación del Código Civil peruano: Una aproximación necesaria a la prueba del daño moral**

Carlos Adrián Daza Lozada ..... 235

**Responsabilidad civil por daños ocasionados por niños y adolescentes: Problemática y propuestas de solución en el contexto jurídico peruano**

Frank Carlos Caballero Zavala ..... 271

**Los desafíos del Código Civil peruano en el metaverso**

María Celeste Vásquez Palacios ..... 297

## ÍNDICE GENERAL

### **Implicancias de incluir una cláusula de reconocimiento de filiación en el acto testamentario**

Ingrid Dayhanna Nuñez Seminario ..... 340

### **Si el Código necesita cambios, hablemos de propiedad y contratos de arrendamiento**

Carlos Andrés Arbulú Mansilla ..... 370

### **La autenticidad e integridad en la contratación civil electrónica: Análisis de su problemática y propuesta de lege ferenda para su incorporación en el Código Civil peruano**

Liliana Katherine Cordero Mendoza ..... 392

## RESEÑAS

### **Sánchez Sánchez, Z. (2023). El procedimiento administrativo y sistema interamericano de derechos humanos**

Diego Enrique Méndez Vásquez ..... 418



Por:

Francisco

Carpintero Benítez\*

*THE FUNDAMENTAL OF ETHICS, EN: A.  
MASFERRER, "CRIMINAL LAW AND  
MORALITY IN THE AGE OF CONSENT".  
INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES, PP.  
171-189.*

### Resumen

Una doctrina sobre los fundamentos de la ética ha de ser una reflexión sobre la Ley Natural. Ciertamente, cabe hablar de principios o valores que se consideran especialmente importantes y que pueden recibir el nombre de valores superiores o democráticos. Pero no son un fundamento sólido, y todos conocemos varios de estos valores que han perdido buena parte de su vigencia en los últimos años. Por ejemplo, recientemente, la ONU insta a los Estados a que tomen medidas sobre las confesiones religiosas para que estas acepten las leyes LGTBI.

La doctrina sobre la Ley Natural quedó establecida en los siglos XIII y XIV, primero con Tomás de Aquino y, más tarde, con Juan Duns Scoto. Los nominalistas como Scoto establecieron realidades del mismo tipo que los valores contemporáneos: los principios morales que han de informar al derecho son contenidos mentales que, simplemente, 'están' en nuestra razón. Francisco Suárez, con su nominalismo, lanzó a la Edad Moderna esta teoría a comienzos del siglo XVII.

La explicación de Tomás de Aquino fue poco aceptada, quizá poco entendida por falta de estudio, y fue olvidada. Al final del proceso histórico permaneció la idea de una Ley Natural que era un ordenamiento eterno e inmutable, porque, como explicó Suárez, "Dios no puede contradecirse". Poco más tarde, los creyentes insistieron, poco matizadamente, en el fundamento estrictamente metafísico de la Ley Natural.

---

\* Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho. Ejerció en las Universidades de Salamanca, Valladolid, Navarra y Cádiz. Correo electrónico: <https://franciscocarpintero.com/contacto.html>

Recibido: 19 de marzo de 2024

Aceptado: 28 de octubre de 2024

### **Abstract**

A doctrine concerning the foundations of ethics must be regarded as a reflection upon Natural Law. It is indeed possible to discuss principles or values deemed to hold particular significance, often referred to as superior or democratic values. Nonetheless, such values do not constitute a solid foundation, as it is well established that numerous values of this nature have experienced a decline in relevance in recent years. For instance, the United Nations (UN) has recently urged States to adopt measures ensuring that religious denominations comply with LGTBI legislation.

The doctrinal basis of Natural Law was formulated during the 13th and 14th centuries, initially by Thomas Aquinas and subsequently by John Duns Scotus. Nominalist philosophers, such as Scotus, conceived realities akin to contemporary values, asserting that the moral principles that should inform the law are mental constructs inherently present in human reason. Francisco Suárez, adhering to nominalist principles, introduced this theory into the Modern Era in the early 17th century.

The explanation proffered by Thomas Aquinas did not achieve widespread acceptance, possibly due to a deficiency in comprehensive study, and eventually fell into obscurity. In the culmination of this historical process, the notion of Natural Law as an eternal and immutable ordinance prevailed, on the basis that, as Suárez elucidated, "God cannot contradict Himself." Shortly thereafter, adherents emphasized, albeit with limited nuance, the strictly metaphysical foundation of Natural Law.

**Palabras clave:** Ley Natural, valores superiores, ética.

**Keywords:** Natural Law, higher values, ethics.

### **Sumario**

***I. LOS FUNDAMENTOS DE LA ÉTICA. II. DOS FILOSOFÍAS, DOS ESCUELAS.***  
***1. ARISTOTELISMO. 2. NOMINALISMO. 3. LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA***  
***ESPAÑOLA. III. IMPLICACIONES PARA LA POSTERIDAD. IV.***  
***BIBLIOGRAFÍA.***

## **I. LOS FUNDAMENTOS DE LA ÉTICA**

Comenzar un estudio sobre las relaciones entre el derecho y la moral implica moverse sobre una amplia base de preconocimientos, porque ha sido uno de los temas más zarandeados en los siglos XIX y XX<sup>1</sup>. Como no es posible hacer una historia doctrinal de este tema, ni siquiera a lo largo de la Edad Contemporánea, parece más procedente limitar el objeto del estudio a una alusión histórica al proceso que ha creado la visión actualmente dominante sobre los fundamentos de la moral, es decir, de las razones por las que la moral obliga.

Ya que hablo de fundamentos, es procedente ante todo distinguir entre moral y ética. La moral está compuesta por el conjunto de reglas que prohíben mentir o robar. La ética consiste en los estudios teóricos que hacemos, normalmente en las Universidades, sobre los fundamentos, alcances o límites de las reglas morales. Por lo general la moral se compone de reglas inmediatamente vinculantes, y por eso nadie se plantea por qué no debe robar. La ética, al estar constituida de explicaciones abstractas sobre las reglas de la moral, no posee este carácter vinculante.

Hoy se usa la palabra ética para referirse a lo que siempre hemos llamado moral. Se trata de una simple sustitución de términos ya que, en la realidad cotidiana, las personas que usan el término de 'ética' lo están utilizando del mismo modo cómo se usaba antes la palabra 'moral'. El motivo para esta sustitución reside en que la expresión moral designa o connota dogmatismos o actitudes inquisitoriales. Así, frente a la vieja moral de contenidos muy exigentes, inmutables, etc., la ética actual nos sitúa ante una forma de vida más amable y más concorde con el espíritu de

---

<sup>1</sup> El lector disculpará un tomo como egocéntrico en las citas. Sucede que los temas fundamentales de la reflexión sobre el derecho han sido asumidos por el Autor de estas líneas y lo que él haya considerado que hay de interesante en otros estudios, eso ha sido asumido en las obras suyas citadas.

tolerancia que recorre hoy las formas democráticas. (Aunque, con esta disociación entre moral y ética estamos ante una filosofía de doble lenguaje porque, cuando quieren sus representantes, usan el dogmatismo y la inmutabilidad de las reglas de la 'ética' del mismo modo que los antiguos moralistas cuando aplicaban las exigencias de la moral. Lo que nos indica que hemos avanzado muy poco en la indagación teórica de las reglas que han de regir nuestra conducta).

Parece que la tarea más inmediata es preguntarse por las razones que han vuelto tan desdeñable a la moral, es decir, a las notas negativas que conlleva este término.

## ***II. DOS FILOSOFÍAS, DOS ESCUELAS***

Nosotros, en pleno siglo XXI, somos herederos de pleno derecho de explicaciones filosóficas que se desarrollaron hace siglos. Éste es un hecho extraño porque los conocimientos sobre la física avanzan con bastante rapidez: baste observar cómo se ha desarrollado la informática en los últimos veinte años; pero los conocimientos sobre nosotros mismos, sobre lo que somos y lo que podemos llegar a ser, estaban ya planteados desde antiguo.

Decía que somos herederos de las explicaciones de pensadores de otros tiempos, y esto es bueno y es malo. Es bueno porque los interrogantes sobre lo que es el hombre, durante tanto tiempo, muestran una continuidad sustancial en torno a los principales problemas humanos, y gracias a esto es mucho lo que tiene ya ganado el investigador actual. Aparece la cara negativa de esta continuidad en la reflexión sobre el hombre especialmente cuando algunas de las filosofías se enquistan en las Universidades y generan modos de pensar que discriminan las categorías que han de ser usadas en el discurso filosófico y antropológico, excluyendo otras explicaciones:

esto arrastra consigo un empobrecimiento cultural. El 'positivismo' no instala hechos en lugar de lucubraciones, sino solamente unas teorías sobre otras.

Hablaba de controlar las categorías que pueden ser usadas válidamente en el discurso antropológico. Estas categorías o nociones se manifiestan y se usan en palabras, que pueden ser llamadas conceptos, ideas, a veces postulados, y de otros modos: en cualquier caso, son palabras y nociones que reclaman para sí la exclusividad de la legitimidad del discurso filosófico, de forma que las filosofías que no las usen, aparecen *ipso facto*, deslegitimadas<sup>2</sup>. La Escuela que va en cabeza en cada momento busca imponer sus categorías, las que se expresan en su argot, y el control por el idioma es el control que se busca para toda la filosofía posible. Si alguien tiene dudas sobre esto último, sólo tiene que leer a Locke o Hume. Ellos conocían la filosofía escolástica, en la que habían sido formados. También Hobbes conocía esta filosofía y la usó inconscientemente. Una vez instalados en el idioma escolástico, que era entonces universalmente inteligible, ese idioma filosófico fue utilizado para destruirse él a sí mismo. Esto no pasa de ser una ingenuidad, pero basta comprobar el éxito de David Hume para comprender que existían y existen muy fuertes intereses

---

<sup>2</sup> Sobre este hecho, vid. mi estudio *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2012. Publicaciones más sencillas son *Métodos científicos y método del derecho: una historia superada*, en "Persona y Derecho" 62 (2010/1) pp. 20-58. *Crisis de la ciencia, crisis del escepticismo ético*, en "Dikaion" (Univ. de La Sabana, Chía, Colombia) pp. 11-52. *¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?*, en "Persona y Derecho" 66/67 (2012) pp. 315-352. Estos tres últimos artículos están disponibles en [franciscocarpintero.com](http://franciscocarpintero.com).

para desacreditar a la filosofía anterior. Con razón habla Ollero, para referirse a ellos, de “filosofías de doble lenguaje”<sup>3</sup>, y Massini de “esquizofrenia”<sup>4</sup>.

Esa filosofía anterior que requería ser destruida es la que genéricamente llamamos la Escolástica. Es una corriente filosófica que no puede ser descrita –ni aludida- en su conjunto, como formando una unidad, porque estuvo compuesta por varias corrientes doctrinales que eran incompatibles entre sí, todas ellas activas en la Baja Edad Media y buena parte de la Modernidad<sup>5</sup>. Extremando mucho la exposición del tema, no es incorrecto indicar que coexistieron, de forma poco pacífica, dos grandes líneas de pensamiento.

Una fue la nominalista o nominal, a cuya cabeza estuvo Juan Duns Scoto; perduró de hecho (aunque sus iniciadores medievales no fueran aludidos

---

<sup>3</sup> Carlos Massini hace notar esta paradoja de los relativistas que, sin embargo, sí afirman los derechos humanos. Es la actitud paradójica de los que mantienen que los derechos son indemostrables, etc., pero dan por supuesto, sin embargo, que son *deseables*. Vid. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 137. Ya ha explicado en la página 104 que habría que entender, de acuerdo con estos relativistas, que sólo podríamos defender a los derechos casualmente.

Andrés Ollero llama a esta actitud “Cultura de doble lenguaje”. Vid. *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM, México DF, 2007, p. 240. Añade que “Ser positivista y riguroso a la vez, resulta fácil cuando se está dispuesto a suscribir que las exigencias éticas (tanto las propiamente morales como las jurídicas) no son susceptibles de fundamentación racional alguna; algo tan reñido con la realidad cotidiana del derecho, como para asumir que los jueces no pueden emitir ‘juicio’ alguno”. Op. cit., pág. 318. Se remite a R. L. Vigo, que escribe que “Nos parece bastante evidente que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que no entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica”. Vid. *El jusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontaneda, México, 2003, p. 200.

<sup>4</sup> Massini escribe que “La afirmación simultánea: i) de la cognoscibilidad veritativa de las exigencias de la justicia, y ii) de la total independencia del derecho respecto de esas exigencias, conduce inevitable a una especie de esquizofrenia intelectual, según la cual existiría un deber estricto de obedecer un mandato que se reconoce objetivamente –con pretensiones de verdad- como grave y evidentemente inicuo. La realidad es que existe en el intelecto humano una exigencia intrínseca de unidad, un requerimiento de coherencia que transforma en irrealizable la pretensión de sostener dos afirmaciones que implican de un modo estricto una insalvable contradicción”. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Unam, México, 2004, p. 67.

<sup>5</sup> Vid. mis estudios *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Encuentro, Madrid, 2008. Más completo *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, UNAM, México, 2013.

expresamente) hasta finales del siglo XVII y en ella estaban formado los filósofos a los que aludí líneas arriba; se inspiraron en ella fundamentalmente para disponer de categorías o nociones que les permitieran rechazar a la metafísica. Al decir que se inspiraron en los autores escolásticos no pretendo indicar que siguieran expresamente a Duns Scoto o Gabriel Biel, cuyas obras posiblemente nunca habían leído y que quizá si apenas les había llegado el recuerdo de su nombre. Tenían a Molina y a Suárez que suplían eficazmente, de hecho, a los autores anteriores. Y aunque los conocieran, no podían citarlos, porque si un autor progresista del siglo XVII hubiera citado a un escolástico medieval o a un español del siglo XVI, esto le habría supuesto una descalificación fulminante.

La otra corriente era la aristotélica, que Tomás de Aquino desarrolló más ampliamente<sup>6</sup>. El aristotelismo fue mal conocido en las Escuelas, y las explicaciones de Aquino fueron un apósito en las culturas de las Edades Media y moderna. Curiosamente, muchos filósofos y teólogos lo citaron más tarde con frecuencia e, incluso, algunos dijeron que querían desarrollar la filosofía “de Santo Tomás”. Pero los filósofos que sí conocieron a Aristóteles –base imprescindible para el conocimiento de la filosofía moral de Aquino- fueron los comentaristas alejandrinos, Filopón, Simplicio y, especialmente, Alejandro de Afrodisias. Y esto fue así hasta tal punto que es aconsejable leer a estos filósofos antes y después de la lectura del de Aquino: en un primer momento allanan el camino para entenderlo y, más tarde, proporcionan una visión de conjunto que no siempre es fácil de entender en la extensión y complejidad de la obra tomista. Con el tiempo publicaron españoles,

---

<sup>6</sup> Tomás de Aquino ante la Ley natural, en “Dikaiosyne” 8 (2002) pp. 11-60. *Los principios de la justicia en Tomás de Aquino*, en “Ars Juris” 29 (2003) pp. 13-117. Sobre un tema especialmente discutido, *La mutabilidad de la ley natural en Tomás de Aquino*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto” LXVII (2000) pp. 470-530. Disponibles en [franciscocarpintero.com](http://franciscocarpintero.com)

normalmente en el siglo XVI, pero el seguimiento que hizo de Aquino cada uno de ellos fue muy distinto<sup>7</sup>.

Dejemos de momento así el tema: desde el siglo XIII al XVII las Escuelas de Filosofía se vieron escindidas, y muchas veces enfrentadas, ante dos culturas filosóficas, éticas y teológicas a las que, sin embargo, damos el nombre común de Escolástica<sup>8</sup>.

Esta escisión ha sido fundamental en el decurso general de las doctrinas éticas, no tanto por su división como por el hecho, tan frecuente, de hacer atribuido a una lo que es propiedad de la otra. Efectivamente, con el tiempo, cada una de ellas ha sido desfigurada añadiéndole matizaciones y tesis fuertes que provenían del bando contrario de modo que, finalmente, las Universidades lograron un *mixtum compositum* de poca calidad. El lector no debe extrañarse ante este hecho; puede considerar, por ejemplo, que en bastantes manuales de historia de la filosofía son expuestos, como formando una línea de progresión única, Fichte, Schelling y Hegel. Pero Hegel no aceptó, ni remotamente, el idealismo de Fichte ni tampoco trivializó sus explicaciones según el nivel que marcó Schelling. Y, sin embargo, son presentados como formando una cadena de filósofos todos igualmente idealistas. Si conocemos tan mal el siglo XIX, no hay que extrañarse del desconocimiento de ese movimiento tan especialmente complejo y que duró tantos siglos, como fue la Escolástica.

---

<sup>7</sup> Vid. mi estudio *La crisis del derecho en los escolásticos españoles del siglo XVI*, editorial Sínderesis, 2019.

<sup>8</sup> Para una visión de conjunto, vid. mi estudio *Desarrollo histórico de la idea de ley natural (Edad Moderna)*, en “El sentido de la libertad”, F. J. Contreras (ed.), Stella Maris, Barcelona, 2014, pp. 63-128.

## 1. ARISTOTELISMO

Al hablar del aristotelismo es necesario exponer a Tomás de Aquino, que refundió los textos de su Maestro y ofreció finalmente una síntesis que desborda los escritos de Aristóteles<sup>9</sup>.

Él expone, del modo más amplio, las fuentes de la moral y de la justicia (pues la justicia es un sector de la moral), en la "Suma teológica", I-II, q. 94, art. 2. Explica que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre. La primera inclinación, común a todos los seres vivientes, es conservarse en el ser. La segunda forma el grupo de los instintos que tenemos en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra. El tercer grupo es el que viene constituido por las exigencias de la condición racional del hombre, como es vivir en sociedad o el deseo de conocimiento. (Notemos que eleva el conocimiento a un derecho humano, ya en el siglo XIII).

Sucede que los fundamentos de la ética tomista se mueven muy al nivel del suelo y, por así decir, saben a barro. Él quiere explicar hechos. El de Aquino no se remonta a un misterioso mundo nouménico, sea de realidades metafísicas (como hicieron más tarde Gabriel Vázquez de Belmonte y Luis de Molina), ni tampoco a un universo de normas que se suponen promulgadas por Dios, como hicieron los nominales y, más tardíamente, Francisco Suárez. Su estilo aristotélico le lleva a

---

<sup>9</sup> Para esta exposición resumida del texto tomista, vid. mis estudios *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004. *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, en F. Carpintero (ed.), "El derecho subjetivo en su historia", Universidad de Cádiz, 2003, pp. 35-288. Estos estudios se encuentran disponibles en la web [franciscocarpintero.com](http://franciscocarpintero.com).

*La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008. *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, UNAM, México, 2013. *Sobre la ley natural. Una historia controvertida*, Ideas y Libros Ediciones, Madrid, 2017.

examinar al hombre real, al ser que posee la forma (el alma) del hombre, y encuentra en él tanto tendencias en común con los otros seres vivos como inclinaciones que son específicamente humanas: el hombre depende de toda su constitución y sus derechos resultan de toda su forma de ser. No buscó construcciones doctrinales coherentes sino la explicación de hechos.

Nos interesa ahora este tercer grupo de tendencias propiamente racionales. Él mantiene que el ser humano conoce (muy rudimentariamente) cómo distinguir lo bueno y lo malo mediante una participación de su razón en la razón de Dios, y a esta ‘participatio’ la llama a veces ley natural<sup>10</sup>. Éste era el momento de la *ratio participata*. Por esto, todos conocen la obligatoriedad del principio *pacta sunt servanda*, entre otros muchos. Desafortunadamente, han sido varios los autores que únicamente han retenido este momento ‘participativo’ y que definen lo que lo que es la ley natural solamente por esta *participatio*, siendo así que Tomás rehúye el término usual (*lumen*) para recalcar la poca calidad de esta participación. En este momento la razón se comporta pasivamente, ya que se limita a conocer lo que le viene desde una instancia superior. Pero estos primeros principios nos abandonan pronto y entonces la razón ha de trabajar por sí misma, combinando principios y consecuencias de sus aplicaciones;

---

<sup>10</sup> Él sintetiza su doctrina sobre este tema exponiendo que “Quia vero forma est principium actionis, necesse est quod omne illud quod ex abundantia participatione influxus superioris agentis acquirit actionem ejus, habeat duas actiones: unam, scilicet, secundum propriam formam; aliam, vero, secundum formam participatam a superiori agente: sicut cultellus ignitus secundum propriam formam incidit; in quantum vero est ignitus, urit. Sic igitur et supremorum intelligentiarum unaquaeque, quae divina dicitur, habet duplicem actionem: una quidem in quantum participat abundantem bonitatem divinam; alia autem secundum propriam naturam”. *In Librorum de causis Expositio*, Marietti, Torino, 1972, § 386.

a este segundo momento racional lo llama *ratio essentialiter*<sup>11</sup>, es decir, el momento de la 'esencia racional' o de la razón funcionando según sus propias leyes<sup>12</sup>.

Esta *ratio essentialiter* tiene que calcular lo que mejor le va al hombre de acuerdo con los fines humanos. Pues la antropología aristotélica, y especialmente la tomista, sirven de base para una ética de fines. Él explica reiteradamente que Dios no mueve el mundo mediante órdenes o mandatos, sino estableciéndole fines<sup>13</sup>. Este planteamiento de la base última de la ética sitúa al ser humano en un terreno bastante dinámico, ya que él no sólo ha de cumplir, sino que ante todo ha de descubrir, a veces guiado por los principios que provienen de su participación en la razón de Dios, y a veces mediante esa *ratio essentialiter* que calcula los principios en su pureza y las consecuencias de las aplicaciones de esos principios. Pues la ética tomista es consecuencialista, ya que tiene en cuenta tanto los principios primeros como las consecuencias que se seguirán previsiblemente desde la aplicación de esos principios. Como enseñaba Álvaro d'Ors, el juez ha decidir a la vista de los efectos reales que conllevará su decisión.

---

<sup>11</sup> Son numerosos los textos tomistas que exponen la diferencia entre el conocimiento de los primeros principios, que es tarea de la *synderesis*, y de las conclusiones a las que llega el hombre razonando, mediante la aplicación de aquellos *prima principia*. Una explicación amplia, contrastando la conciencia con el libre arbitrio, vid. *In IV\_Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, "Opera Omnia", Romae, 1570, L. II, Dist. 39, q. 1, art. 2.

Pues una es la *ratio participata*, y otra los resultados a los que llega la razón cuando obra *esencialmente*. La vertiente de la razón que Tomás llama 'ratio essentialiter' ha de proceder "secundum naturam rerum, de similibus ad similia" para que el hombre persiga bienes propiamente humanos, esto es, sin alejarse de lo que él ya es. La regla de oro de Tomás en estas materias es la que podríamos enunciar como el tratamiento *subiectam materiam*, que implica que no podemos pedir o exigir más que aquello que es propio de la materia que estudiamos. Vid., entre otros lugares, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, Marietti, Torino-Roma, 1964, § 135, en donde escribe que "In singularibus subiectam materiam, prout scilicet proprium est illi doctrina, quae circa illam materiam versatur".

<sup>12</sup> Mi estudio *Persona humana y prudencia jurídica*, en "Ars Juris" 18 (1998) México D. F., pp. 11-38.

<sup>13</sup> Vid., entre otros muchos lugares, *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu "Summa contra Gentiles"*, Marietti, Torino-Roma, 1961, § 2724-2725. O bien *Suma teológica*, I, q. 105, art. 4.

Si el hombre pudiera conocer acabadamente lo que son las cosas –es decir, lo que es la realidad- sabría inmediatamente su lugar y sus fines en el mundo, pero éste no es su caso, porque él mantiene que únicamente conocemos lo que son las cosas mediante algunos de sus efectos<sup>14</sup>. Aunque él mantenga la posibilidad de un conocimiento metafísico, ese conocimiento no le informa de lo que ya hay y es: la averiguación de la verdad (teórica) es una tarea que el ser humano tiene por delante.

La *ratio essentialiter* se despliega, además, en el momento de calcular lo que en cada caso concreto, una persona debe a otra. Cada persona, en sus relaciones con las demás, ha de alcanzar un ‘punto medio’, llamado ‘justo medio’ (no demasiado mucho, no demasiado poco), y para esto propone lo que él llama el criterio de *medium rei*<sup>15</sup>. Entenderemos mejor este criterio comparándolo con el criterio que usa la moral, al que llama *medium rationis*. El medio de la moral depende en mayor medida de las posibilidades personales o individuales de cada cual, pues lo que sería demasiado comer para Flacus, es adecuado para Fortis. En cambio, el medio del derecho, *medium rei*, es calculado de forma distinta, porque el derecho no personaliza tanto como la moral. Por ejemplo, la compraventa exige que una parte entregue la cosa y que la otra parte entregue el dinero, y que haya proporción entre ambas prestaciones. El ‘medio’ que hay que alcanzar es la perfección en el contrato de compraventa, y no alguna perfección interna o personal de las partes que intervienen en este contrato. Desde luego, el Derecho también atiende, o debería atender, al interior de las personas; pero normalmente atiende, ante todo, al cumplimiento externo de lo establecido.

---

<sup>14</sup> Vid. mi estudio *La “adaequatio hermeneutica” en Tomás de Aquino*, en “*Philosophica*” (Valparaíso) 35 (2009) pp. 95-120.

<sup>15</sup> Vid. *Suma teológica*, II-II, q. 58, todo el art. 10.

La justicia dispone de dos tipos de criterios. Uno que consiste en hacer realidad las tendencias naturales, y el otro consiste en hacer realidad lo que es cada 'cosa' y, como la compraventa exige que se pague el dinero y que se entregue la cosa que es el objeto de la venta, cumplen las leyes jurídicas el comprador y el vendedor que hace lo que le corresponden. Vuelvo a la observación ya expuesta: las normas de la justicia no consisten en obedecer noúmenos metafísicos o legislaciones ya existentes. Lo que es la justicia se extrae desde lo que ya hay y existe.

(Pero este estilo de presentar los fundamentos de la ética estaba condenado al fracaso porque los hombres siempre han querido idealidades, con independencia de que tales mundos ideales tuvieran una realidad propiamente metafísica o fueran simplemente accidentales o modales. El gran cambio, perdiendo de vista a las cosas, lo realizaron los escolásticos españoles que cierran la Segunda Escolástica, a saber, Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina<sup>16</sup> y Francisco Suárez<sup>17</sup>. Ellos, en su exquisitez intelectual, no podían tolerar esta dependencia de las normas desde los hechos).

La ética, al componerse de esfuerzos por intentar alcanzar 'la verdad' mediante una indagación incesante en los fines, no posee un carácter normativo, es decir, no se compone de mandatos y órdenes que Dios nos dicte. Dios gobierna el mundo mediante fines y por ello no nos dice "¡Haz esto!", *Fac hoc!*, sino "Esto está para que tú lo hagas":

---

<sup>16</sup> Podría parecer que Molina, por ser un escolástico, quedó atrás en la carrera por las libertades típicamente modernas. Pero Alfred Dufour nos indica que "Dans cette perspective rénovatrice du Droit naturel, ouvert tant à l'historicité qu'à l'espécificité du droit en un monde changeant, les premiers jalons d'une doctrine de l'autonomie de l'ordre moral par rapport à la volonté divine seront posées de manière significative par le grand apologiste de la liberté humaine, célèbre dans l'histoire de la théologie par son doctrine de la Grâce fustigée par Pascal, mains dont l'oeuvre juridique présente en fait un intérêt autrement capital pour l'histoire de la science du Droit: Luis de Molina". *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, Paris, PUF, 1972, págs. 54-55.

<sup>17</sup> Suárez no pudo hablar del criterio *ex objecto*, pero petrifica de tal forma su doctrina axiomática moral, que lleva a los mismos resultados que Vázquez de Belmonte.

*Hoc est tibi faciendum*<sup>18</sup>. Obviamente el pecado no es tanto una desobediencia a Dios como una desviación del fin (*deviatio a fine*), y si alguien desprecia al fin, entonces es una aversión al fin (*aversio a fine*) y en tal caso es un pecado grave<sup>19</sup>. Como los pecadores no suelen rechazar el fin, sino que solamente son personas que se sienten atraídas por algún espejismo de bien, él no los llama malvados, es decir, *pravi* o *mali*, sino tontos o necios, *stulti*<sup>20</sup> : son personas que no saben dónde está la plenitud de su humanidad. Contempla a un Dios que es tanto el legislador como el fin de todo lo que existe.

La propuesta ética tomista implica que el hombre no es gobernado pasivamente, sino que, en el momento de la *ratio essentialiter*, también interviene activamente en el gobierno de su vida, ya que crea las normas y reglas que le han de regir, y para designar este hecho usa las formas verbales ser gobernados (*gubernari*) y gobernar (*gubernare*): el hombre no solamente es gobernado, sino que también gobierna. Su existencia es creativa, porque las leyes positivas que creamos los hombres, la ley natural y la Ley Eterna confluyen finalmente en una misma meta<sup>21</sup>. Es patente que contempla a un ser inacabado (quizá siempre inacabado) que ha de aprender de las cosas que son similares a él para descubrir las reglas de su vida: *de*

---

<sup>18</sup> “Sed ratio potest aliquid intimare dupliciter. Uno modo absolute; quae quidem intimatio exprimitur per verbum indicativi modi: sicut si aliquis alicui dicat: *Hoc est tibi faciendum*. Aliquando autem ratio intimat aliquid alicui movendum ipsum ad hoc. Et talis intimatio exprimitur per verbum imperativi modi: puta, cum alicui dicitur: *Fac hoc* ... Ratio movet imperando, sit ei ex virtute voluntatis. Unde reliquitur, quod imperare sit actus rationis, praesupponitur actus voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus ... radix voluntatis est voluntas, sicut subjectum; sed sicut causa est ratio”. *Suma teológica*, I-II, q. 17, art. 1.

<sup>19</sup> Mi estudio *El carácter no imperativo del derecho en Tomás de Aquino*, en “Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Alejandro Guzmán Brito”, Edizioni dell’Orso, Alessandria, 2011, pp. 562-588. [franciscocarpintero.com](http://franciscocarpintero.com).

<sup>20</sup> Vid. mi estudio *La “adaequatio hermeneutica” en Tomás de Aquino*, en “Philosophica”, Valparaíso, 35 (2009) pp. 95-120.

<sup>21</sup> Ésta es una tesis que Michel Bastit desarrolla ampliamente en *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, PUF, París, 1990.

*similibus ad similia*, como era un lema importante de la jurisprudencia bajomedieval. Pues si el hombre tiene ojos, es porque hay colores que ver, si tiene oídos es porque hay sonidos que oír, etc. Vive en un entorno que es el 'suyo' y del que él procede<sup>22</sup>.

En estos actos de gobernar la propia vida, la razón humana, entendida ahora como *ratio essentialiter*, parte desde los primeros principios evidentes por sí mismos y realiza una labor inteligente en la que tiene que elegir los principios que hay que aplicar en cada acto. Pues los principios no tienen en Tomás un lugar fijo en la escalera de la importancia, sino que suben y bajan en su preeminencia según las exigencias de cada problema. El primer problema lo constituimos los propios hombres, y él explica que lo es adecuado para uno, porque le es proporcionado y conveniente, eso mismo es vicioso para otro porque no le es conveniente o adecuado<sup>23</sup>. Una mentalidad del estilo platónico entendería que los principios se aplican siempre y sin más consideraciones, de forma necesariamente deductiva; vemos que esta aplicación directa no es posible en los términos de la ética tomista. Pero si rompe la cadena deductiva que va desde los principios a las consecuencias, ¿cómo hay que entender la 'vida' de los principios? Explica que tenemos dos intelectos, uno que especula los principios y otro que busca la solución más adecuada en cada momento. Hace estas consideraciones en la *Prima secundae* de la "Suma teológica", al tratar de las leyes.

---

<sup>22</sup> Reenvío a mi estudio *La "adaequatio hermeneutica" en Tomás de Aquino*, ya citado.

<sup>23</sup> El de Aquino trató este tema extensamente. A veces indica que los razonamientos que tratan de los principios son distintos de los razonamientos que tratan de las conclusiones. Vid. *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu "Summa contra Gentiles"*, Marietti, Torino-Roma, 1961, § 475. En otros momentos explica que no existe una conexión necesaria entre los principios y las conclusiones. *Suma teológica*, I, q. 82, art. 2. En tono más fuerte explica que han de existir dos intelectos distintos, uno que trata de las conclusiones y otro que versa sobre los principios. *Sum. Gent.*, cit., § 1247. En general, en él domina la actitud que entiende que no existe necesidad entre los principios y sus concreciones en "ea quae sunt ad finem". Vid. Por ejemplo, *Quaestiones disputatae*, Studio Domenicano, Bologna, 1992, q. 22, art. 6.

Hay quienes se escandalizan al leer estas líneas porque entienden a la ley natural como una cadena deductiva que va desde los primeros principios de la razón práctica hasta las conclusiones más concretas. Este método axiomático fue el desarrollado con poca claridad por los nominales, desde el siglo XIV, y encontró carta más fuerte de ciudadanía escolástica a partir de Francisco Suárez. Este escándalo surge desde la mentalidad actual, marcada por Suárez, que pretende entender al de Aquino según las formas de proceder de estos últimos siglos y entiende que o todo es absoluto o necesario, o toda la justicia es relativa a cada persona en cada momento. Ninguna de estas soluciones es procedente. Para entender la propuesta tomista es necesario desprenderse de los prejuicios de hoy y sumergirnos en el alma de la ciencia del derecho propia del *Jus Commune*, de la que Tomás fue su mejor expositor<sup>24</sup>. Por lo demás, en sus obras hay unas cuarenta reglas concretas que él fundamenta directamente en la ley natural<sup>25</sup>.

(Por lo demás, pobre refugio es Suárez, que fue nominalista y entendió que la Ley natural está compuesta únicamente por ‘modos’ que Dios grabó en nuestra mente; esta fue la solución que siguió Samuel Pufendorf, el ‘iusnaturalista’ más acentuadamente secularizador en 1670).

El hombre se encuentra ante fines que le marcan un estilo de vida. La suya no es una doctrina ética que descansa sobre órdenes o mandatos concretos, sino que

---

<sup>24</sup> Sobre las doctrinas acerca del *jus naturale* en el Derecho común, y sobre las ‘derogaciones’ que ha sufrido la ley natural, vid. mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, en “Persona y Derecho” VIII (1981) pp. 33-100. Sería injusto no mencionar a A. Bonuci, *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*, Perugia, Vincenzo Bartelli, 1906. Este autor realizó, en solitario, un esfuerzo, que ha tardado muchos decenios en ser superado. Un estudio más reciente, extenso, es el de R. Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, M. Hueber, München, 1967.

<sup>25</sup> Georgette de St. Hilaire mostró unos cuarenta preceptos que Aquino fundamenta directamente en la ley natural. Vid. *Precepts of Natural Law in the text of Sto. Thomas*, tesis doctoral inédita, 1962, Saint Louis University, U.S.A.

reposa sobre una existencia al mismo tiempo natural y sobrenatural. Rechaza reiteradamente la teoría que supone un doble fin en la vida humana, un fin natural y otro sobrenatural, doctrina conocida como *In puris naturalibus*<sup>26</sup>, porque él trata de llevar a 'todo el hombre' hacia Dios. Por esto, junto al pecado, pero como realidad distinta de él, denuncia la existencia de la *miseria*, y explica que, aunque hay conductas que no son pecaminosas, son peores aún, porque en ellas hay mucha *miseria*<sup>27</sup>.

## 2. NOMINALISMO

La tradición de los nominales o nominalistas se remonta a la Alta Edad Media, aunque nunca ha acabado de estar claro qué han propuesto sus integrantes. Si hacemos arrancar estas consideraciones desde Juan Duns Scoto, vemos que las obras de este escocés fueron ante todo un ataque frontal a la tradición tomista. En los "Comentarios a las Sentencias" hay que ir pescando sus tesis frecuentemente una a una, pero si consultamos la "Suma teológica" que Jerónimo de Montefortino editó en Roma en 1728, en la que expone las tesis de Scoto siguiendo estrictamente el orden de las materias que viene expuesto en la "Suma teológica" de Tomás de Aquino<sup>28</sup>, veremos con claridad su oposición a las tesis tomistas.

---

<sup>26</sup> Tomás de Aquino, especialmente en la obra extensa de su juventud, rechazó reiteradamente esta doctrina. Vid., entre otros lugares, *In IV Sententiarum...*, cit., L. II, Dist. 34, q. 1, a. 3.

<sup>27</sup> Éste es un tema poco tratado. Por ejemplo, en *Super Sent.*, lib. 4 d. 49 q. 1 a. 3 nos dice que "Ergo se habet ad opposita. Beatitudini autem opponitur miseria. Ergo si potest aliquis appetere beatitudinem, potest etiam appetere miseriam". Aunque por lo general reserva el término *miseria* para designar los casos en los que falta libertad de la voluntad para hacer lo bueno por culpa de los vicios. Usa también este término para designar la pobreza extrema, que crea el deber de dar limosna.

<sup>28</sup> . Su título completo era *Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Summa Theologica. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymum de Montefortino*.

Duns se opuso a Aquino ante todo en la visión teleológica del hombre y del mundo. Para Tomás, el hombre es en cierto modo un ser incompleto **o en devenir**, que se va realizando progresivamente tanto en la historia como en su entorno. Sabemos que a veces parte desde la *ratio participata* que le muestra los principios fundamentales de su actuación propiamente moral, y a veces hace trabajar a su razón para calcular qué principios hay que seleccionar de acuerdo con las exigencias de los problemas concretos pues, como indica el Eclesiastés, uno es el tiempo para reír y otro el tiempo para llorar.

Estos puntos de partida implicaban demasiado atrevimiento para Scoto. Él, un místico, ante todo, veía al hombre como dependiente directamente de Dios. Su hombre no es el hombre tomista: no es un ser en perpetuo devenir sino una *potentia* armada de sus cinco sentidos, de su memoria, razón y voluntad. Este ser aparece ya perfecto, tal como narra la letra del Libro del Génesis. El hombre, del mismo modo que Dios, está ‘aprisionado’ por lo que Dios es, por el Amor de Dios. Esto quiere decir que tanto Dios como el hombre no pueden negarse a los requerimientos del Amor de Dios, aunque esta tesis, así expuesta, ha de ser matizada.

Aquellos escolásticos distinguían dos partes en el Decálogo, llamadas Primera Tabla y Segunda Tabla. La Primera Tabla trata de los deberes hacia Dios, y comprende los tres primeros mandamientos del Decálogo. Según Duns es una parte inderogable y vinculante también para Dios porque Él no puede contradecir lo que Él es<sup>29</sup>. Los otros

---

<sup>29</sup> El hombre scotista fue situado tan alto, con tanta superioridad sobre lo que le rodea, que es un ser que lanza preguntas, pero son preguntas a las que ya no puede responder su entorno: Solamente tiene a Dios como interlocutor. Una actitud muy adecuada para un místico como Scoto. Como es lógico, la noción de ley natural desaparece entre sus manos, pues la idea misma de la ley natural implicaba que el ser humano se reconoce en sus tendencias naturales y, ahora, en el pensamiento franciscano que él representa, la naturaleza es más bien el enemigo del hombre. Únicamente reconoce una ley de Dios hacia nosotros, que está compuesta por tres tipos de preceptos: Los ‘nota ex terminis’, como el principio

siete mandamientos sólo son vinculantes si ‘consonan’ con la ley del Amor. Por ejemplo, no admite la poligamia porque esta institución conlleva un cierto menosprecio para la mujer, y esto no *consona* con las exigencias del Amor<sup>30</sup>. (Era la misma solución que ya había dado Aquino).

Pero, aparte del Amor, los preceptos de no robar, no mentir o no adúlterar, no poseen ‘entidad’. No existen metafísicamente porque no son ‘sustancias’, sino sólo contenidos que encontramos en nuestra mente y que nos muestran vinculantes. ¿Qué tipo de realidad o existencia tienen? Según él, son realidades *modales*. De entre las diez formas de ser que distinguió Aristóteles, la modal es una de las más endebles, y de hecho se usa para designar lo que sabemos que existe, de algún modo, pero sabemos que no es necesario que exista.

Aquino se cuestiona la *ratio debiti*, es decir, los motivos por los que estos contenidos racionales crean el deber de ser obedecidos. Estas realidades no obligan por sí mismas, sino únicamente porque estos contenidos que tenemos contingentemente en nuestra razón han sido ordenados o preceptuados por Dios, de modo que si Dios quisiera podría habernos mandado que mintiéramos, robáramos, como defendió con tanto ardor Fernando Vázquez de Menchaca, el gran iniciador del Derecho Natural de la Edad Moderna, en 1560; él hacía suyo el dicho medieval que expresaba que *Non licere mortalibus scrutare arcana Dei*. Para mantener la *ratio debiti* de estos datos racionales le es necesario explicar que nuestra razón se divide en dos partes o dos dimensiones suyas. Una es la *lex indicans*, por la que sabemos (se trata de

---

de no-contradicción, los de la ley del Amor de Dios, y aquellas conductas que *consonan* con la ley del amor.

<sup>30</sup> “Allegat Gratianus: “Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis hominibus, et vos facite illis”, Matthei 7. Idem dicendum de una vel pluribus uxoribus habendis. Etsi enim non necessario sequatur ex notis lumine naturae”. *Johannis Duns Scoti doctoris subtilis.*, cit., I-II, q. 94, art. 1.

una indicación divina) que mentir es malo moralmente. La otra es la *lex imperans seu praecipiens*, por la que Dios nos manda obedecer lo que nos muestra la *lex indicans*<sup>31</sup>.

El Dios que diseña Duns Scoto tiene mucho de caprichoso, porque nos indica y ordena lo que debemos hacer, pero nos indica lo que Él quiere arbitrariamente, de acuerdo con su voluntad ¿caprichosa, arbitraria? Notemos el terreno peligroso por el que se introduce Duns: para él, adulterar, robar o matar no son conductas malas ‘en sí mismas’, sino que sólo son reprobables moralmente porque así lo ha dispuesto Dios, sin que podamos aportar alguna razón ‘racional’ por la que estas cosas deben estar prohibidas. Las prohibiciones de robar o asesinar son datos de hecho que –privados de su base metafísica- aparecen inmotivadamente ante nosotros.

Guillermo de Ockham llevó hasta sus extremos esta presentación de la voluntad libre de Dios, porque entendió que también los mandatos de la Primera Tabla dependen de la voluntad arbitraria de Dios. Hubo de establecer esta doctrina, atacando toda necesidad metafísica, para poder contradecir a quienes se oponían a las pretensiones de los Franciscanos en el siglo XIV. Pero éste es un tema extenso que ahora es mejor dejar sólo apuntado. Ya está desarrollado en las fuentes citadas antes.

En cuanto a las leyes positivas que creamos los hombres, su *ratio debiti* reside en el consenso de ciudadanos según Duns, un consenso que él supone incluido en “el hecho de la comunidad”<sup>32</sup>. El derecho natural depende de la voluntad de Dios y el

---

<sup>31</sup> Escribe Scoto que “Lex ergo naturae vel inditum lumen intellectus non est proprie lex, quia etsi indicat quae oportet facere, non tamen imperat ... Accedit, quod leges aliquae generalis de operabilibus dictantes, praefixae sunt a voluntate divina, et non ab intellectu, ut praecedat actum voluntatis divinae, quia in illis legibus non invenitur necessitas ex terminis”. I-II, q. 90, art. 1 de la *Suma Theologiae Johannis Duns Scotus... Tomus tertius. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronimus de Montefortino*, obra ya mencionada.

<sup>32</sup> Escribe, a propósito de la usucapio, que “Istud etiam apparet probabile per hoc, quod si quilibet posse suum dominium transferre in alium, tota communitas posset cujuslibet de communitate transferre dominium in quamlibet (quia in facto communitatis suppono inclusi consensu, cujuslibet) ergo illa

derecho positivo depende de la voluntad de los hombres. El hombre ha de obedecer porque él posee una "Potencia para obedecer", la *potentia obedientialis*<sup>33</sup>.

Si plantea de este modo el fundamento último de la moralidad, todo creyente puede estar en su derecho de preguntarse por qué ha de obedecer lo ordenado por Dios en la Segunda Tabla del Decálogo. Recordemos que para Scoto hay dos fuentes de la moral y de la justicia: las exigencias del Amor de Dios, y lo indicado por la *lex indicans*, que es lo preceptuado por la *lex imperans*. En realidad, este tema tenía poca importancia porque en una época cristiana, todas las conductas que vienen expuestas en la Segunda Tabla se oponen también a la ley del Amor. Pero él dejó a la posteridad varias mentalidades que se mostraron discutibles. Una, que la ley natural es sólo una 'ley descendiente' (*lex descendens*) desde Dios a los hombres; otra, que la mayor parte de las reglas morales no tienen ninguna entidad: son únicamente 'modos'; finalmente, que hemos de obedecer a las leyes porque en nosotros hay una 'potencia obediencial'.

Hay un tercer tema que mencionar, a saber, la rigidez que adquirió la doctrina sobre la ley natural. En Tomás de Aquino el hombre es activo y tanto es gobernado como gobierna él su vida. Aquino puede ser calificado de 'metafísico' porque entiende que los preceptos de la Segunda Tabla existen 'justificadamente'. (Dejemos el tema ahora así establecido). Esto implica que el precepto de no matar responde a una 'sustancia' ya que, según él, asesinar es una conducta "en sí y por sí" mala. Pero es un metafísico 'flexible' porque no establece siempre cadenas deductivas que vayan desde

---

communitas habens justum consensum, quasi jam oblatum, in hoc quidem quilibet consentit in leges justas condendas a communitati vel principe, potest per legem justam cujuslibet dominium transferre in quemlibet". *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum quaestiones subtilissimae*. Antwerpiae, 1626, L. IV, distinctio XV, q. 2, 10.

<sup>33</sup> "Et potentia obedientialis ... pertinet ad dependentiam causati ad causam". Duns Scoto, *Super Tertio Sententiarum*, Lyon, 1530, L. III, q. 1, art. 4.

la ley de Dios a los hombres: a veces, ante un problema, si no se trata de una cuestión de principios muy básicos, cada hombre ha de estudiarlo, buscar el principio que mejor se acomoda a los fines que hay que conseguir y, una vez operada esta elección del principio aplicable, obtener la respuesta adecuada al tema planteado. En estas operaciones el hombre ha de ser virtuoso, es decir, dejarse guiar por la virtud de la prudencia, que es la virtud que dirige a todas las demás virtudes: *auriga virtutum*. Como es obvio, la elección de los principios ha de estar guiada en última instancia por los fines últimos o, sencillamente, por el fin último del hombre.

Pero estos nominales no valoran tanto la virtud de la prudencia. Para ellos el ser humano es un *subditus*, un sometido bien a la ley de Amor, bien a esos contenidos racionales que le muestra su razón a través de la *lex indicans*. Y esta última ley ‘obliga’ porque en el hombre anida una ‘potencia para obedecer’. Cuando alguien trata de sacar una empresa –en este caso la empresa de la propia vida- en la doctrina tomista ese hombre posee cierto margen para gobernarse. Pero para los nominales, el hombre sólo puede mirar a los mandatos de Dios. Una cuestión que se agrava cuando considera que esos mandatos son simples ‘modos’ que ‘están’ en nuestra razón y que no responden a ninguna realidad ya constituida anteriormente a ellos. Ante este problema, los nominalistas iniciaron una huida hacia adelante y, para compensar la falta de entidad de estos entes modales acentuaron tanto la precisión en su conocimiento como su absoluta inmutabilidad. La rigidez en la doctrina del derecho natural no vino de Tomás de Aquino, sino de la inmutabilidad que los nominales otorgaron a los contenidos contingentes de nuestra razón; más tarde, a finales del siglo XVI, Vázquez de Belmonte convertiría estas reglas en verdades metafísicas y Francisco Suárez, aun siendo un nominal, acentuó tan fuertemente la inmutabilidad

de lo ordenado por Dios –porque Dios no se contradice- que logró de hecho un orden intelectual similar al de un metafísico más moderno<sup>34</sup>.

Contrastemos otra vez con Aquino esta inmutabilidad de los contenidos éticos. Para él apenas conocemos las cosas, y lo que sabemos de ellas lo hemos conocido a través de sus efectos: su metafísica moral tiene alcance limitado, aunque algunas veces pueda llegar a resultados incontrovertibles.

¿Y si prescindimos de Dios? Mantuvieron que los contenidos morales de la razón seguirían siendo los mismos y, aunque Dios no existiera, un pecado contra lo que nos muestra la razón sería un pecado ‘racional’<sup>35</sup>, de forma que lo bueno es bueno y lo malo es malo “aunque Dios no existiera”: *Etiam si Deus non daretur*<sup>36</sup>. Los orígenes de la secularización comenzaron entre los católicos, no entre los protestantes. Como Hugo Grocio, a la altura de 1625, estableció una doctrina parecida y mantuvo también esta independencia del orden moral respecto de Dios, la opinión usual suele atribuir a Grocio la paternidad de esta idea, viendo en ella la muestra de la secularización del pensamiento ético-jurídico típicamente moderno. Pero fue Samuel Pufendorf quien

---

<sup>34</sup> Reenvío a mi estudio *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*, ya citado.

<sup>35</sup> Juan de Gerson escribía que “Nulla transgressio legis naturalis, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale ... quia lex naturalis est humana, ut tales sunt, non possunt attingere ad cognitionem aeternitatis in poena vel praemio; non ergo seruntur ad finem supernaturalem”. *Liber de vita spirituali*, Lectio IV, Corollarium Primum, columna 38.

Esta forma de pensar la había tomado de Scoto, que escribía que “Quare non intellecto voluntatis imperio adstringentis alios ad servandum legem, quaecumque representarentur contra iudicium rationis, esse reputanda mala, non moralia, vel theologica, sed mala naturae et philosophiae ... Homo faciens contrarium, contra naturam, comitti malum, sed non esse talem malum reputandum demeritorium aut offensa Dei”. *Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Summa Theologica. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymum de Montefortino*, I-II, q. 91, art. 2.

<sup>36</sup> Gabriel Biel, activo en la segunda mitad del siglo XV, escribía que “Nam per se impossibile Deus non esset, qui est ratio divina: aut ratio illa divina esset errans, adhuc si quis ageret contra recta rationem angelicam, vel humanam, vel aliam aliquam, si qua esset, peccaret. Peccatum est voluntaria carentia conformitatis ad rationem rectam debiti voluntati”. *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum libros*, Brixiae, 1574, L. II, Dist. 28, quaestio unica, p. 165-E.

llevó esta doctrina hasta su extremo. Algunos autores recientes han mantenido que los católicos defendieron una doctrina sobre la *participatio* de Dios en el hombre que anulaba los efectos secularizadores del *etiamsi*; pero lo que quedó, entre la gran masa de estudiosos modernos y, posiblemente también entre los católicos, es que existía una ley natural que sería válida, aunque Dios no existiera. Sucedió, más simplemente, que Scoto o Gerson eran hombres con Fe propiamente sobrenatural, al ser católicos; pero también Hugo Grocio, aunque no fuera católico, tenía Fe sobrenatural cristiana.

Cuanta menos entidad concedieron a los mandatos morales, más acentuaron su claridad en conocerlo y su inmutabilidad al aplicarlo, ya que Suárez afirmó que la inmutabilidad de la ley natural se reconoce en mayor medida en la invariabilidad de sus conclusiones concretas<sup>37</sup>. La doctrina de la inmutabilidad de la ley natural no llegó desde las filas tomistas sino desde la de los nominales. No fue creación metafísica, sino nominalista. Y tampoco fue creación protestante, sino católica<sup>38</sup>.

### 3. LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

Cuando la tradición escolástica parecía algo agotada, Francisco de Vitoria comenzó a explicar, en la Universidad de Salamanca, la “Suma teológica” del de Aquino, en el primer tercio del siglo XVI. Este momento era especialmente rico en incitaciones para renovar la filosofía y la teología moral, porque en él confluyen la tradición tomista y la herencia nominalista, que había sido generosamente recordada en el siglo XV por Juan de Gerson, Conrado de Summenhart o Gabriel Biel. Las

---

<sup>37</sup> Suárez escribía que “Imo si proprie loquamur, magis exercetur lex naturalis in his principiis, vel conclusionibus proximis, quam in illis principiis universalibus, quia lex est regula proxima operationibus; ille autem communia principia non sunt regula, nisi quatenus per particularia determinantur ad singulis species actuum, seu virtutum”. *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*. Coimbra, 1612, L. II, cap. 7, § 7.

<sup>38</sup> Vid. Carpintero, “*Etiamsi Deus non daretur*”, *Nominalismo medieval y secularización moderna*, “Persona y Derecho” 82 (2021) 163-202.

aportaciones de Gerson fueron decisivas, y las conocían todos los españoles, del mismo modo que muestran conocer bien a Scoto, Conrado o Biel.

Tras los pasos de Vitoria, la cultura de este momento fue renovada por Soto (quizá el más lúcido de estos escolásticos), y emergieron figuras más secundarias, como fueron Aragón, Salón, Oviedo, Hurtado, Cardillo de Villalpando, Navarrete, etc. El siglo se cerró con tres jesuitas que fueron filósofos y teólogos especialmente importantes: Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez. En el siglo XVII hubo también representantes destacados de esta escolástica, como fueron Leonardo Lessius y Juan de Lugo. En el siglo XVIII sólo pervivió, al modo suareciano, en Ignatius Schwarz, y en un estilo más tocado por el tomismo, en Anselm Desing<sup>39</sup>. Los autores secundarios serían demasiados para enumerarlos ahora.

¿Qué hacer ante esta confluencia de actitudes excluyentes? Según Belda afrontaron los problemas nuevos adaptando adecuadamente la filosofía escolástica. Pero se movieron en un ambiente confuso. Era tal el prestigio de Santo Tomás, que incluso los entonces Estatutos de la Compañía de Jesús imponían a sus miembros seguir la filosofía y teología tomistas. Pero este 'prestigio' fue bastante singular, porque aquellos escolásticos no conocieron bien al de Aquino<sup>40</sup> : por lo general solamente citan su "Suma teológica", como vemos en el "Tratado de las leyes" o en la "Defensio Fidei" de Francisco Suárez. Y todos ellos tienen presentes, junto al de Aquino, a Gerson, Conrado o Biel. A Scoto lo citan directamente en menos medida, y Ockham apenas era mencionado. El único autor que conozco que realmente supo

---

<sup>39</sup> Esta época está poco estudiada por los historiadores del pensamiento jurídico. Sobre ella, vid. Leticia Cabrera, *Modernidad y Neoescolástica: Anselmo Desing*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2001

<sup>40</sup> The complete title is *Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Summa Theologica. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymum de Montefortino*

entender a Tomás fue Conrad Koellin<sup>41</sup>; el hecho de que su nombre no aparezca ni mencionado en los libros de historia de la filosofía, o del pensamiento ético-jurídico, da que pensar. La obra tomista constituyó como un apósito en la cultura escolar que discurre entre los siglos XIII al XVII, y nunca fue enteramente digerida.

El problema planteado ahora era el de la entidad o ‘perseitas’ de la ética. La pregunta de sabor platónico se impuso una y otra vez: ¿Las cosas son buenas porque Dios así lo quiere, o Dios las quiere porque son buenas? Tomás de Aquino había diseñado un cerro que tenía dos laderas: una la de los principios y la otra la de las consecuencias; la cima de este cerro es el fin último del hombre, de forma que el hombre tiene que adaptar lo que implican sus actos a los principios, y estos deben ser adaptados a las consecuencias de sus actos. El siglo XVI ha sido uno de los más conflictivos de nuestra historia porque los Reformados imponían volver a un Cristianismo sencillo, al margen de las especulaciones filosóficas; lo que es bueno o malo lo conocemos como realidades tales por la Revelación, y están de sobra los libros eruditos de teología moral. Obviamente, la doctrina de Tomás de Aquino, plagada de respectos, de *rationes*, de consideración de lo que conviene al último fin humano, era demasiado complicada.

La tarea de volver sencilla la teología moral corrió a cargo de Gabriel Vázquez de Belmonte, que se rebeló expresamente contra el de Aquino y estableció, frente a la doctrina de los fines, la exclusividad de la teoría que conocemos como *ex objecto*<sup>42</sup>. El criterio ‘ex objecto’ lleva hacia una plenitud suicida la doctrina metafísica y entiende que todo lo bueno es bueno por sí mismo, y lo malo es así en y por sí mismo. Lo bueno

---

<sup>41</sup> *Commentaria in Primam Secundae S. Thomas Aquinatis*, Venetiis, 1589.

<sup>42</sup> Una doctrina que se podría condensar en una sentencia suya: “Conclusio est, voluntas discordans a ratione, sive recta, sive errante, semper est mala”. *Commentariorum ac Disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae*. Ingolstadt, 1611, q. 19, art. 6, Disp. 58, pág. 415.

y lo malo constituyen categorías últimas que no se pueden deducir desde otras consideraciones. Vázquez entendió que Tomás, al sentar la ética de los fines, estaba admitiendo que los fines justificaban los medios, y él proponía considerar el valor 'en sí' de las conductas. Porque "siempre será malo adulterar y siempre será bueno ayudar al que está en extrema necesidad". Y atacó fuertemente a Aquino por las bases de su ética.

Algunos años más tarde (hacia 1595) Luis de Molina comenzó a publicar su "De justitia et jure", una obra en la que también hace gala de la más extrema metafísica. Para Molina todo lo que ahora es razonable y justo, será siempre justo por sí mismo. Parece depender en bastante medida de Gabriel Biel. Según Biel, el ser modal que compone la justicia y la moral, es inmodificable, y aún negando la existencia de Dios, todo acto contra este orden racional sigue siendo un pecado porque es 'contra razón'. Contra una razón con contenidos simplemente modales. Algo parecido sostiene Molina, con la diferencia que donde Scoto, Gerson, Conrado o Biel habían situado un ser simplemente modal, él instala un orden metafísico de esencias morales inmutables. De este modo, el pecador peca contra "lo que es". Del mismo modo que Gabriel Vázquez, él también mantiene que no hace falta ninguna *lex imperans*; ya es suficiente pecado que alguien se rebele contra lo que es o existe.

Francisco Suárez reaccionó, de la mano de Scoto y Gerson, contra los que mantenían estas doctrinas metafísicas. Afirmó un ser modal que nos es impuesto por la *lex imperans*, que es una dimensión de la ley natural, puesta o colocada por Dios en nuestra razón. Pero sus compañeros, Gabriel Vázquez y Luis de Molina, le habían puesto las cosas difíciles, porque todos quieren creer que lo que él hace es siempre bueno y lo que hacen otros es siempre malo: la metafísica se adecuaba a este modo de

sentir y de pensar mejor que cualquier otra doctrina filosófica. Y él se encontraba con la tarea de afirmar esto mismo, pero prescindiendo de la metafísica.

Desde el punto de vista de los fundamentos de la ética, Suárez es un autor bastante sincrético y poco original. El camino que encontró ya ha sido mencionado: Dios nos ha infundido contingentemente una ley racional que consta de una *lex indicans*. La ley natural obliga a su cumplimiento sólo porque Dios nos la impone imperativamente: *Quia praeceptum est*. Pero logró éxito allí donde otros habían fracasado, porque –es una cuestión de matices– Gerson o Biel dejaron tras sí la impresión de que toda la ley moral se componía de contenidos contingentes, y Suárez afirmó con tal vehemencia la inmutabilidad de la ley natural que, después de la extensión de sus obras, a todos les quedó claro que esta ley es absolutamente eterna e inmutable.

Suárez creó un mar de confusiones. Si distinguimos entre entender y comprender (los *verstehen* y *erklären* alemanes) todos pueden comprender que el orden moral depende de la voluntad de Dios, pero en principio nadie puede entender que Dios nos obliga simplemente porque Él quiere. Hay que hablar de confusiones porque los autores moderados de la Modernidad aceptaron la doctrina de Suárez como lo que no había sido, ya que vieron en él a un metafísico que mantenía un orden del ser inmutable. ¿Habían leído a este jesuita? Suárez fue sincrético y poco original en su doctrina sobre las leyes y el derecho, pero expuso ordenada y agudamente lo que se encontraba dispersos en otros muchos tratados filosóficos y teológicos.

Queda un tema interesante, que ahora sería el momento de abordar. Al estudiar a Tomás de Aquino vimos que él atiende a ‘todo el hombre’ para fundamentar las reglas de la ética. De ahí que indique que “El orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre” y que es necesario atender a

las exigencias de la misma cosa que se realiza para saber lo que es el justo medio en cada caso, y propuse el ejemplo de una compraventa; a este último criterio lo llamó el *medium rei*. Ahora ha desaparecido todo esto, porque Molina y Suárez han ‘intelectualizado’ la doctrina ética, a la que tienden a considerar ante todo como un orden bien nouménico (Molina), o bien simplemente intelectual (Suárez). Los objetos regulados por la ética dejan de tener voz y voto y su función es ahora simplemente pasiva: son las ‘cosas’ simplemente reguladas por la razón. Suárez explicó, gráficamente, que constituyen simples objetos “regulados por la racionalidad”<sup>43</sup>, ya que ellos únicamente componen *materia contracta* por la razón.

### **III. IMPLICACIONES PARA LA POSTERIDAD**

Permaneció la idea de que la ley o el derecho natural –después de Suárez ya no tenía sentido distinguir estas dos nociones- es una misma realidad con Dios, y goza de su eternidad. Esto sucedía en un ambiente de decaimiento de los estudios escolásticos, cada vez más trivializados hasta llegar al siglo XIX. El vigor de Aquino, o de Scoto, y los centros de enseñanza católicos dispusieron durante la Edad Moderna y buena parte el siglo XX, de unos apuntes de muy poca calidad y que decían representar el pensamiento escolástico; en ellos se formaron bastantes generaciones de seminaristas. Con esta *sacralización* de la ley natural, no tuvo nada de extraño que Luigi Taparelli d’Azeglio (posiblemente el más lúcido de los escolásticos del siglo XIX)

---

<sup>43</sup> . “Quia lex naturalis non reguletur per convenientiam ad naturam sensitivam; sed ad rationalem. Sensitivam autem respicit solum ut contractam, et speciali modo perfectam per differentiam rationalem; ergo illa convenientia generica impertinens est ad distinguendam legem naturalem”. *Tractatus de legibus* L. II, cap. 17, § 6. Sigue a Duns Scoto. Vid. *Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Ordinis Minorum Summa Theologica...*, cit., I-II, q. 94, art. 3. Esto hace reflexionar a Bastit que “La loi concernera d’abord l’homme et son action morale détaché du cosmos. Si l’on a dû ainsi détacher la loi proprement dite des inclinations naturelles, c’est que celles-ci n’ont plus du tout pour Suarez le même sens que pour Saint Thomas, elles sont des états de fait dont ne peut dire qu’ils sont obligatoires”. *Naissance de la loi moderne...*, cit., pág. 313.

mantuviera que el fin de la vida humana era hacer realidad el orden moral: una posibilidad que se había planteado Tomás de Aquino y la había excluido.

Al filo de esta vulgarización, el derecho fue entendido como ley imperativa, de modo que la ciencia del derecho no tenía sentido: la tarea del moralista y del jurista era conocer cognitivamente las leyes y ‘aplicarlas’ a los problemas emergentes, al modo cómo la costurera aplica el patrón al tejido que ha de cortar. Al hacer descansar todo el peso de lo normativo en las normas, el derecho y la justicia pasan de ser estudios sobre las necesidades de los hombres para convertirse en estudios sobre las normas en sí mismas. Una actitud que Hans Kelsen expuso ejemplarmente en el siglo XX una vez que se hubo creado el mito del *Sollen* o Deber-ser autónomo. Para Aquino, las reglas de la ley natural dependían de los primeros principios de la conciencia, de las necesidades o inclinaciones naturales del hombre, y de lo que demanda cada cosa por sí misma. Suárez especialmente corta el lazo entre las normas y las inclinaciones humanas y lo que las cosas son, y hace depender la justicia de las leyes de su emisión por una voluntad superior, de modo que las reglas se transforman en normas. Era el mundo del Deber-ser, de lo puramente normativo, de una razón que gira reiterativamente sobre sí misma sin encontrar apoyo en lo que el hombre es y en lo que las cosas son. Cuando esta actitud cuajó en mayor medida creó una asignatura *académica* nueva, la de la lógica jurídica.

Vuelve a aparecer el problema más de fondo, el de saber por qué cada ser humano ha de cumplir lo dispuesto en la ley natural. Una vez que la doctrina ética ha sido desprovista de su suelo nutricio y sus normas se han emancipado de los motivos por los que existen, la cuestión ética ha sido reducida a temas ingeniosos en los que juegan entre el Ser y el Deber-ser. De ahí la denuncia, que ya hizo Hume, que fue

llamada la *falacia naturalista*: ¿cómo se puede pasar desde el Ser al Deber-ser, desde el *is* al *ought*?

En la progresiva banalización de los estudios de los escolásticos, Taparelli escribía: “Dios manda; pues el hombre ha de obedecer”. No recurrieron a la figura de la ‘potencia obediencial’ que, en este marco de pensamiento, dejaba de tener sentido. Pero cualquiera puede preguntarse que por qué tiene él que obedecer a las leyes. En los autores del siglo XIX, Dios lo es Todo, y el hombre no puede cuestionarse los preceptos divinos. Conforme avanzó más el ateísmo, más se cerraron estos eclesiásticos en sus explicaciones sobre la realidad y la inmutabilidad de las leyes naturales. Se insinúa la sospecha de la presencia de lo que podríamos llamar un cierto ‘espíritu deportivo’: el que quiera llegar hasta Dios tiene que obedecer unas reglas, del mismo modo que el futbolista que introduce un gol válido es el que ha cumplido una serie de reglas.

El problema es demasiado complejo, y es mejor contentarse con dejar apuntados algunos extremos suyos. Lo finalmente cierto es que la Escolástica de los últimos siglos ha legado teorías de poca calidad. Por lo que nos toca rehacer el camino que quedó interrumpido en el siglo XIV, cuando Juan Duns Scoto sustituyó la complejidad por la aparente claridad que arroja toda explicación rotunda.

#### **IV. BIBLIOGRAFÍA**

Aquinas, T. (1992). *Quaestiones disputatae*. Studio Domenicano.

Aquinas, T. (1961). *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu Summa contra Gentiles*. Marietti.

Aquinas, T. (1972). *Librorum de causis Expositio*. Marietti.

Aquinas, T. (1964). *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*. Marietti.

Aquinas, T. (1570). *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*. Opera Omnia.

Aquinas, T. (1978). *Summa Theologiae*. BAC.

Bastit, M. (1990). *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*. PUF.

Belda-Plans, J. (2000). *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC).

Biel, G. (1574). *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum libros*. Brixiae.

Bonuci, A. (1906). *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*. Perugia.

Cabrera, L. (2001). *Modernidad y Neoescolástica: Anselmo Desing*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.

Carpintero, F. (1). El derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos. *Persona Y Derecho*, (8), 33-100. <https://doi.org/10.15581/011.32706>

Carpintero Benítez, F. (1998). Persona humana y prudencia jurídica. *Ars Iuris*, (18), 10-39.

The Fundamental of Ethics, en: A. Masferrer, "Criminal Law and Morality in the Age of Consent".  
Interdisciplinary Perspectives, pp. 171-189.

Carpintero Benítez, F. (2000a). La mutabilidad de la ley natural en Tomás de Aquino.  
*Rivista Internazionale Di Filosofia Del Diritto*, (67), 470–530.

Carpintero Benítez, F. (2002b). Tomás de Aquino ante la ley natural. *Dikaiosyne*, (8),  
11–60.

Carpintero Benítez, F. (2003). Los principios de la justicia en Tomás de Aquino. *Ars  
Juris*, (29). 13–117.

Carpintero Benítez, F. (2003). El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica.  
En: Carpintero Benítez, F., Megías Quirós, J., Rodríguez Puerto, M., De la Mora,  
E. *El derecho subjetivo en su historia* (pp. 35-288). Servicio de Publicaciones de  
la Universidad de Cádiz.

Carpintero Benítez, F. (2004). *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros  
escolásticos*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad  
Complutense.

Carpintero Benítez, F. (2008). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*.  
Encuentro.

Carpintero Benítez, F. (2009). La adaequatio hermeneutica en Tomás de Aquino.  
*Philosophica*, (35), 95–120.

Carpintero Benítez, F. (2011). El carácter no imperativo del derecho en Tomás de  
Aquino. En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Alejandro Guzmán Brito*.  
Edizioni dell'Orso.

Carpintero Benítez, F. (2013). *La ley natural. Historia de una realidad inacabada*. UNAM.

Carpintero Benítez, F. (2010/1). Métodos científicos y método del derecho: una historia superada. *Persona y Derecho*, (62), 20–58.

Carpintero Benítez, F. (2012a). *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*. Thomson Aranzadi.

Carpintero Benítez, F. (2012b). ¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural? *Persona Y Derecho*, 66(67), 315–352.

Carpintero Benítez, F. (2012c). Crisis de la ciencia, crisis del escepticismo ético. *Dikaion*, 11–52.

Carpintero Benítez, F. (2014). Desarrollo histórico de la idea de ley natural (Edad Moderna). En: Contreras, F. (ed.). *El sentido de la libertad*. Stella Maris.

Carpintero Benítez, F. (2017). *Sobre la ley natural. Una historia controvertida*. Ideas y Libros Ediciones.

Carpintero Benítez, F. (2019). *La crisis del derecho en los escolásticos españoles del siglo XVI*. Sindéresis.

Dufour, A. (1972). *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*. PUF.

Duns Scotus, J. (1530). *Super Tertio Sententiarum*. Lyon.

The Fundamental of Ethics, en: A. Masferrer, "Criminal Law and Morality in the Age of Consent".  
Interdisciplinary Perspectives, pp. 171-189.

Duns Scotus, J. (1728). *Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Summa Theologica. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymum de Montefortino*. Roma.

Koellin, K. (1589). *Commentaria in Primam Secundae St. Thomas Aquinatis*. Venetiis.

Massini, C. (1994). *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Abeledo-Perrot.

Massini, C. (2004). *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. Unam.

Ockham, W. (1626). *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum quaestiones subtilissimae*. Antwerpiae.

Ollero, A. (2007). *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM.

St. Hilaire, G. (1962). *Precepts of Natural Law in the text of Sto. Thomas. Unpublished doctoral thesis*, Saint Louis University.

Suárez, F. (1967). *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*. Instituto de Estudios Políticos.

Vázquez de Belmonte, G. (1611). *Commentariorum ac Disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae*. Ingolstadt.

Vigo, R. (2003). *El jusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontaneda.

Weigand, R. (1967). *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. M. Hueber.

Por:

Alberto

Picón Arranz \*

*ACTO ADMINISTRATIVO, NULIDAD DE  
PLENO DERECHO Y DELITO: UN ANÁLISIS  
DEL ART. 10.4 DE LA LPAG*

### Resumen

Tras una breve exposición sobre el *status quaestionis* de la teoría de la invalidez de los actos administrativos en la LPAG, el objetivo principal de este trabajo es realizar un estudio pormenorizado de la causa de nulidad de pleno derecho concerniente a los actos administrativos constitutivos de delito o dictados como consecuencia de éste recogida en el art. 10.4 LPAG. Por un lado, se estudian los requisitos materiales que deben concurrir en el acto y, por otro lado, se examina el papel que puede desempeñar la jurisdicción penal, así como sus límites, a la hora de declarar la nulidad de pleno derecho del acto administrativo por esta causa.

### Abstract

After a brief exposition of the *status quaestionis* of the theory of the invalidity of administrative acts in the LPAG, the main objective of this paper is to carry out a detailed study of the cause of full nullity concerning administrative acts constituting a crime or dictated as a consequence of it, set out in art. 10.4 LPAG. On the one hand, it studies the material requirements that must be met by the act and, on the other hand, it examines the role that criminal jurisdiction can play, as well as its limits, when declaring the full nullity of the administrative act on this ground.

**Palabras clave:** nulidad de pleno derecho, acto administrativo, delito

**Keywords:** nullity, administrative act, crime

\* PDI Postdoctoral en Universidad de Valladolid. Correo electrónico: [alberto.picon@uva.es](mailto:alberto.picon@uva.es)

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

### Sumario

***I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LPAG. II. LA CAUSAL DEL ART. 10.4 LPAG: DOS MOTIVOS DE NULIDAD DIFERENTES. 1. EL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE DELITO. 2. EL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO. III. LA IMPORTANCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LA OPERATIVIDAD DE LA CAUSAL DE NULIDAD POR DELITO DEL ART. 10.4 LPAG. 1. LA DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN PENAL POR SENTENCIA PENAL FIRME: UN PRESUPUESTO, POR NORMA GENERAL, INELUDIBLE. 2. EL INFLUJO DEL PRONUNCIAMIENTO PENAL FIRME EN LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.***

#### ***I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LPAG***

Como es sabido, la atmósfera que gira en torno a la invalidez del acto administrativo ha estado siempre presidida por más dudas que certezas. Buena culpa de ello tiene, quizás, el origen *iusprivatista* de los conceptos propios de la teoría de la invalidez de los actos jurídicos -nulidad, anulabilidad, eficacia...-, pues han pasado a integrar la realidad jurídica del derecho administrativo sin realizar las oportunas adaptaciones dada la especial naturaleza jurídica de la Administración Pública.

Sin ánimo de hacer un exhaustivo análisis teórico sobre la teoría de la invalidez de los actos administrativos<sup>1</sup>, sí consideramos oportuno realizar alguna reflexión sobre la regulación de esta materia en el TUO de la Ley nº 27444 del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

---

<sup>1</sup> Puede encontrarse pormenorizadamente analizada esta cuestión en PICÓN ARRANZ, A., (2022), *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo: configuración legal y aplicación práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Basta realizar una primera lectura de los Capítulos II y III del Título I de la citada norma, relativos a la nulidad y a la eficacia de los actos administrativos, para advertir un parecido evidente con la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que se ocupa de regular estos extremos en España. Sin embargo, llama poderosamente la atención que la norma peruana solo alude a la nulidad de pleno derecho como categoría invalidante de los actos administrativos. Es decir, en derecho administrativo peruano, los actos administrativos o son válidos -incluidos los que incurren en vicios no trascendentes del art. 14 LPAG- o son nulos de plenos derecho.

Podría no tener más importancia esta circunstancia si, como hemos advertido, la norma peruana no estuviera inspirada en la norma española. En efecto, el régimen de la invalidez de los actos administrativos de ambas normas es muy parecido, pero en España -al igual que en Italia<sup>2</sup> o en Portugal, por ejemplo- las categorías invalidantes de los actos son dos: nulidad de pleno derecho y anulabilidad. Esta diferencia es, a nuestro juicio, el origen de la confusión que surge en el Perú a la hora de determinar el régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho.

En España, la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad no son, en puridad, expresiones de la invalidez de los actos administrativos ni tampoco modos de ser del acto administrativo, sino técnicas procedimentales al servicio de quien esté legitimado para solicitar la declaración de invalidez de un acto. Se optará por una y

---

<sup>2</sup> Realiza un análisis comparativo entre el régimen de invalidez de los actos administrativo en España e Italia PICÓN ARRANZ, A. “Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia” en *Nuove Autonomie. Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, 2020, pp. 249-270.

otra técnica en función del vicio que concurra en el acto, pero la finalidad es la misma: la expulsión de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico.

La primera cuestión destacable sobre la división de las causas de invalidez entre las constitutivas de nulidad y las de anulabilidad es la de su carácter tasado o no. En efecto, las causales de nulidad son limitadas y deben establecerse de modo explícito en la norma mientras que la anulabilidad tiene carácter residual pues estará constituida por todas las vulneraciones del ordenamiento jurídico que no encajen ni en un vicio de nulidad ni tampoco en los vicios no trascendentes<sup>3</sup>.

Sin ánimo de entrar en construcciones dogmáticas, parece que el denominador común de los vicios de nulidad es su especial gravedad y su afección al orden público. Los intereses en juego en los vicios de nulidad exceden de la disponibilidad jurídica del individuo y atentan por ello contra el interés general. Además, su gravedad no se debilita con el paso del tiempo, lo que posibilita su revisión en cualquier momento.

Precisamente por el especial peligro que representan los vicios de nulidad para el orden público, el legislador ha diseñado un régimen procedimental más privilegiado para lograr la expulsión del acto administrativo del ordenamiento jurídico, caracterizado principalmente –además de por los recursos administrativos y contenciosos ordinarios- por el procedimiento de revisión de oficio que no se prevé

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común española, en su artículo 47.1 establece que son nulos de pleno derecho los que lesionan derechos fundamentales, la incompetencia manifiesta, el contenido imposible, los actos constitutivos de delito o dictados como consecuencia de éste, los dictados con omisión del procedimiento legalmente establecido o prescindiendo de las reglas esenciales de formación de la voluntad de órganos colegiados o aquellos por los que se adquieren facultades o derechos sin que concurran los requisitos esenciales para su adquisición. Y, en el art. 48 establece que son anulables Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

para vicios de anulabilidad y por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad<sup>4</sup> que permitirá, en principio, impugnar un acto administrativo sin límite temporal alguno.

Por el contrario, el régimen procedimental previsto para los vicios de anulabilidad se limita a los recursos administrativos o, en su caso, contencioso-administrativos y siempre sujetos a los fugaces plazos legalmente previstos para su interposición. Una vez expirado el plazo para recurrir los actos presuntamente anulables éstos devienen inatacables salvo mediante el procedimiento de declaración de lesividad previsto solo para los actos anulables favorables para los interesados y en un plazo de cuatro años desde que el acto fue dictado.

¿Qué ocurre, a nuestro juicio, en el Perú? Que el legislador cuando diseñó la categoría de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de nulidad de pleno derecho sólo tomó el nombre, puesto que el régimen jurídico se asemeja mucho más al de la anulabilidad, provocando -como anticipamos- alguna confusión difícilmente superable. Se nos ocurren, al menos, dos ejemplos:

- En primer lugar, el art. 10.1 LPAG establece que es un vicio de nulidad de pleno derecho del acto administrativo “*la contravención a la Constitución, a las leyes, o a las normas reglamentarias*”. Es evidente que, dada la amplitud de esta causal, no hubiera tenido sentido seguir especificando otros vicios de nulidad de pleno derecho pues todos podrán ser incluidos en el art. 10.1 LPAG.

---

<sup>4</sup> Sobre la acción de nulidad y la revisión de oficio de los actos administrativos, vid. BECERRA GÓMEZ, A. M<sup>a</sup>., (2022), “La denominada “acción de nulidad” contra actos administrativos”, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

- En segundo lugar, el art. 213 LPAG que regula la revisión de oficio de los actos administrativos mezcla constantemente elementos propios de la nulidad y de la anulabilidad. Por un lado, exige que sean actos firmes que incurran en vicios del art. 10 -ya hemos dicho que no son tasados dada la amplitud del art. 10.1- y que atenten contra el interés público o que lesionen derechos fundamentales. Por otro lado, frente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, el legislador impuso un plazo a la propia Administración de dos años desde que quedaron consentidos para declarar la nulidad de oficio.

Esta confusión no ha pasado desapercibida para la doctrina que, sin éxito, ha intentado poner de manifiesto la importancia de tener dos técnicas procedimentales diferenciadas en virtud de la importancia del vicio<sup>5</sup>.

A pesar de la circunstancia descrita en este epígrafe, y para lo que resta de estudio, la causal de nulidad referida a *los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma*, se tratará como una verdadera causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dada su concreción y la indiscutible afcción al orden público que implica dada su conexión con el derecho penal.

---

<sup>5</sup> En este sentido destaca la aportación de BACA ONETO V. S., (2007), “La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano”, en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (coords. DANÓS ORDOÑEZ, J., & otros), Palestra Editores, Lima. El autor, siguiendo el modelo francés, plantea la utilidad que podría tener en el Perú la categoría de la inexistencia del acto administrativo.

## **II. LA CAUSAL DEL ART. 10.4 LPAG: DOS MOTIVOS DE NULIDAD DIFERENTES<sup>6</sup>**

Una de las principales motivaciones de los Estados es eliminar la corrupción en la actuación de los poderes públicos. Ello implica, por un lado, establecer sanciones - penales y administrativas- con el objeto de disuadir a los funcionarios públicos de comportamientos ilícitos y, por otro lado, determinar las consecuencias jurídicas de los actos dictados mediando corrupción. A lo largo del presente trabajo nos centraremos en el estudio de la nulidad prevista en el art. 10.4 LPAG para los “*actos administrativos constitutivos de infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma*”. Es cierto que su ámbito de aplicación puede ser más amplio, pero también es cierto, que esta causal de nulidad se constituye como uno de los mecanismos importantes para corregir actos de corrupción -y sus efectos- que surjan en el seno de la Administración Pública<sup>7</sup>.

Adentrándonos ya en el estudio del supuesto de nulidad recogido en el art. 10.4 LPAG, debemos destacar que, en realidad, no es uno sino dos los motivos de nulidad que se prevén: el acto constitutivo de infracción penal y el acto dictado como consecuencia de una infracción penal. Al margen de estar relacionados con la

---

<sup>6</sup> Esta causa de nulidad coincide exactamente con la causa de nulidad de los actos administrativos recogida en el art. 47.1.d) de la Ley de procedimiento administrativo española (son nulos de pleno derecho los actos administrativos “constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”), razón por la cual se justifica alguna referencia a la doctrina española o a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

<sup>7</sup> No es el único mecanismo tendente a evitar la corrupción en el derecho administrativo. Existen, además de infracciones penales y administrativas que sancionan cualquier conducta corrupta de los funcionarios públicos, por ejemplo, cláusulas anticorrupción en el ámbito de contratos públicos. En este sentido, destaca el trabajo de CHANG CHUYES, G. & VILELA CARBAJAL, K., (2019), “La nulidad del laudo arbitral en contratación pública por actos de corrupción de los árbitros en el Perú” en *Actas de la AEPDA. 20 años de la Ley de lo Contencioso Administrativo* (coords. LÓPEZ RAMÓN, F. & VALERO TORRIJOS, J.) INAP, Madrid, pp. 689 a 698, donde se denuncia la inexistencia de una causal de nulidad de laudos arbitrales paralela a la que constituye el art. 10.4 LPAG y los problemas que genera para declarar la nulidad de laudos arbitrales por corrupción de alguno o todos los árbitros.

comisión de un delito, poco tienen que ver el uno con el otro. Tanto el contenido como el fundamento de ambas causales difieren considerablemente, razón por la cual los pasamos a examinarlas por separado.

### 1. *EL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE DELITO*

Aunque pueda parecer obvio, es razonable comenzar este análisis aclarando que este motivo de nulidad exige que el acto constitutivo de delito sea un acto administrativo -acto jurídico dictado por un órgano de la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa diferente de la potestad reglamentaria, con presunción de validez y capacidad para producir efectos jurídicos-. *A contrario sensu*, si el acto constitutivo de delito lo produce un particular, por mucho que se produzca en el seno de un procedimiento administrativo y tenga efectos jurídico-públicos, nunca podrá declararse su nulidad aplicando el primer inciso del artículo 10.4 LPAG<sup>8</sup>.

Una vez aclarado este particular, nos centramos a continuación en determinar el alcance de este motivo de nulidad. Quizás de todas las causas de nulidad del acto administrativo que recoge la LPAG, la del acto administrativo constitutivo de infracción penal sea la que menos problemas entraña en cuanto a la determinación de su contenido pues su tenor literal no admite interpretaciones de ningún tipo. Serán

---

<sup>8</sup> Traemos a colación un ejemplo español que se produjo en el ámbito tributario. En efecto, el artículo 217.1.d) de la Ley General Tributaria española coincide con el tenor literal del artículo 10.4 LPAG, reconociendo la nulidad de los actos administrativos en materia tributaria que sean constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta. En este contexto se solicitó la nulidad de un acto administrativo de liquidación tributaria basándose en un acto de autoliquidación previamente aportado por el administrado y declarado delictivo en sede penal. El Tribunal Supremo español en la STS de 2 de octubre de 2012, FD 3, (rec. 2151/2009), entiende que el motivo de nulidad que ahora analizamos “ha de referirse, por regla general, a la actuación de la propia Administración Tributaria, a través de los titulares de sus órganos, al incurrir éstos, durante el procedimiento de comprobación, liquidación o inspección, en la comisión de un delito o falta, supuesto que no es el contemplado en el caso que se examina, pues en él, es el administrador de la sociedad el que incurre en la infracción penal”.

nulos los actos administrativos que, por sí mismos, encajen<sup>9</sup> en alguna conducta tipificada como infracción en el Código Penal, incluidas las faltas, pues el legislador no quiso excluirlas y por ello utilizó la expresión más amplia “infracción penal” y no “delito”. Sin necesidad de ejecución ni de ninguna otra actuación administrativa posterior, el contenido del acto debe coincidir con la conducta descrita en el tipo delictivo penal<sup>10</sup>. En principio, encajaría en el supuesto que ahora analizamos cualquier delito del Capítulo II (delitos cometidos por funcionarios públicos) del Título XVIII (delitos contra la Administración Pública) del Código Penal. Sin embargo, destacamos hasta cuatro tipos delictivos que cobran más protagonismo en la aplicación práctica de esta causal de nulidad:

- Nos encontramos ante este tipo de actos en el supuesto en el que un funcionario público emite una licencia o una certificación falsa, pues son conductas encuadrables en el delito de falsificación de documentos que, en el caso de ser públicos, conlleva una agravación de la pena<sup>11</sup>.
- También es común aplicar este motivo de nulidad al delito de abuso de autoridad -y a alguna de sus variantes que se recogen en el Código Penal- que se identifica precisamente con la prevaricación cometida por los funcionarios

---

<sup>9</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1204.

<sup>10</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, p. 352, quién considera que “el elemento penal es coetáneo a la producción del acto”. En el mismo sentido, vid. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, p. 209.

<sup>11</sup> El delito de falsificación de documentos del artículo 427 del Código Penal peruano establece que “el que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento”, agravando la pena en el caso de que se trate de un documento público. Igualmente se sanciona expresamente el uso de un documento falso.

públicos consistente en dictar actos arbitrarios a sabiendas produciendo un perjuicio<sup>12</sup>.

- Igualmente, otro delito que cobra protagonismo en esta causa de nulidad es el delito de nombramiento ilegal de funcionario público<sup>13</sup>. En estos casos el acto administrativo que contiene el nombramiento coincide con el desarrollo de la conducta tipificada como delito.
- Por último, también encajaría en este motivo de nulidad el otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles por funcionario público<sup>14</sup>.

Junto con este tipo de actos delictivos en sí mismos, se ha venido asimilando por la doctrina a la categoría de actos constitutivos de infracción penal los actos administrativos que contengan una orden o mandato para la realización de una conducta delictiva<sup>15</sup>. Pensemos, por ejemplo, en el superior jerárquico que ordena a su subordinado la destrucción de un expediente administrativo previamente solicitado por un juez penal o dictar un acto mediando abuso de autoridad. El contenido de estos actos, aunque requiera su posterior puesta en práctica, es delictivo, y por ello se equiparan jurídicamente a los actos delictivos en sí mismos a efectos de su calificación como nulos de pleno derecho.

---

<sup>12</sup> Concretamente, el art. 376 del Código Penal define el delito de abuso de autoridad como “el funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien”.

<sup>13</sup> El art. 381 del Código Penal determina que “el funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa”.

<sup>14</sup> El art. 376-B del Código Penal tipifica como conducta delictiva la del “funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente”.

<sup>15</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 351, considera que en este grupo de supuestos “el elemento penal se sitúa lógicamente en una fase posterior a la emanación formal del acto”. Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 208.

En conclusión, el acto constitutivo de infracción penal no presenta demasiados problemas desde el punto de vista material dada su grave ilegalidad y su incuestionable afección al orden público, razón por la cual merece su calificación como nulo de pleno derecho por imperativo del artículo 10.4 LPAG.

## 2. *EL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO*

Como se adelantó más arriba, más allá de la relación de estas causales de nulidad con el derecho penal, poco más tiene que ver el acto constitutivo de delito con el acto dictado como consecuencia de un delito. En efecto, la primera circunstancia a destacar sobre este motivo de nulidad tiene que ver con la relación temporal entre la infracción penal y el acto administrativo. En esta ocasión, el elemento delictivo tiene lugar en un momento anterior a la producción del acto. Además, a diferencia del supuesto anterior, en el cual el titular del órgano administrativo era quien ejecutaba o mandaba ejecutar la conducta delictiva, ahora el delito puede llevarse a cabo tanto por la Administración Pública como por una persona privada<sup>16</sup>. El elemento fundamental de este supuesto de nulidad no tiene que ver con el autor de la infracción penal, sino con la relación de causalidad entre el ilícito penal y el acto administrativo posterior.

Lejos del automatismo que existe entre el acto administrativo constitutivo en sí mismo de delito y su nulidad, en los actos dictados como consecuencia de delito habrá que analizar la influencia concreta que la infracción penal ha tenido en el acto administrativo, y sólo si ésta es determinante del contenido del acto procederá su

---

<sup>16</sup> Cfr. MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (dir. GAMERO CASADO, E.), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1953.

nulidad<sup>17</sup>. Puede ocurrir que en un procedimiento administrativo se haya cometido un hecho delictivo -sancionable penalmente en todo caso- y, sin embargo, no afecte a la validez de los actos posteriores pues su contenido hubiera permanecido idéntico si no se hubiese cometido ningún delito.

Indudablemente para conocer el grado de influencia que haya podido tener la infracción penal en el acto administrativo habrá que analizar el caso concreto. No obstante, podemos afirmar que la relación de causalidad, a efectos de poder declarar la nulidad del acto, exige dos circunstancias que deben concurrir necesariamente:

- En primer lugar, la relación de causalidad exige que el acto administrativo haya estado “*decisivamente influido y preparado*”<sup>18</sup> por el delito que le precede temporalmente en el procedimiento administrativo. En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español -aplicable al caso peruano íntegramente a nuestro entender- exige que el contenido del acto administrativo cuya nulidad se cuestiona haya sido “*determinado esencialmente por elementos constitutivos de delito*”<sup>19</sup>.
- En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la rigurosidad predicable del nexo causal ha de ser tal, que, “*sin el delito cometido no se hubiera producido el acto*”<sup>20</sup>. La infracción penal ha de ser, en todo caso, causa directa del acto administrativo, de tal forma que, si éste hubiera existido con idéntico

---

<sup>17</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* p. 357, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 216, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el acto administrativo*, Ed. 3ª, Civitas, Cizur Menor, p. 185, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 673.

<sup>18</sup> STS español de 15 de abril de 2004, FD 3, (rec. 7249/1999).

<sup>19</sup> STS español de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011).

<sup>20</sup> Dictámenes del Consejo de Estado español 176/2015, de 16 de abril, 1742/2011, de 23 de febrero de 2012, 2076/2005, de 9 de febrero de 2006, 2121/2005, de 9 de febrero de 2006, 111/2002, de 7 de febrero, 2543/2002, de 31 de octubre, 4895/1997, de 9 de octubre.

contenido, independientemente del delito, no podrá encuadrarse en la causa de nulidad de pleno derecho que ahora analizamos.

En definitiva, el acto administrativo posterior al delito sólo será nulo de pleno derecho cuando esté decisivamente influido por éste, hasta el punto de que sin el delito previo no se hubiera producido nunca el acto.

De esta interpretación parece deducirse que, consecuencia de la estrecha relación de causalidad entre el delito y el acto administrativo, esta causa de nulidad exige, por último, que el acto no sea conforme con el ordenamiento jurídico<sup>21</sup>. Por coherencia con la teoría de la invalidez del acto administrativo y el principio de conservación de los actos, sería un contrasentido declarar nulo de pleno derecho un acto plenamente legal<sup>22</sup>.

Nos valdremos de algún ejemplo para ilustrar lo anterior. En relación con los actos reglados se generan pocas dudas en este sentido: pensemos en el otorgamiento de una licencia a quien cumple con todos los requisitos exigidos por la ley, pero aun así entrega una cantidad de dinero al funcionario público competente para acelerar el proceso de otorgamiento. Al margen de las responsabilidades penales por un delito de cohecho, en principio, no cabrá declarar la nulidad de la licencia puesto que ésta se hubiera otorgado igualmente al cumplir el solicitante los requisitos legales y, por tanto, el acto sería válido<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. BACA ONETO V. S., (2006), *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, p. 156, GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 216, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1952.

<sup>22</sup> MÉNDEZ VÁSQUEZ, D., (2021), *El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano*, Derecho y Sociedad, Perú, p. 108.

<sup>23</sup> En contra de esta idea, cfr. BELADÍEZ ROJO, M., “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación” en *RAP*, n° 133, 1994, p. 176, quien considera que la licencia debería ser nula de pleno

Misma solución merece un procedimiento competitivo al que solo se presenta un único licitador que comete un delito de cohecho previo, pero que aun así cumple con los requisitos de la licitación y, conforme a la normativa jurídico-administrativa, obtiene la adjudicación del contrato. Al existir un único licitador, lo que debería ser un acto discrecional de adjudicación se convierte prácticamente en un acto reglado toda vez que el licitador cumpla los requisitos normativos<sup>24</sup>.

Sin embargo, se plantean más problemas cuando el acto dictado como consecuencia de un delito sea de carácter plenamente discrecional. Imaginemos un procedimiento de concurrencia competitiva para obtener la adjudicación de un contrato de obra pública al que se presentan varios licitadores. Uno de los licitadores entrega una cantidad de dinero al órgano administrativo encargado de la adjudicación -incurriendo así en un delito de cohecho- y, consigue finalmente que le adjudiquen el contrato de obra. En estos supuestos donde la discrecionalidad administrativa juega un papel decisivo, es muy difícil concluir que el acto discrecional hubiera existido de forma idéntica sin la concurrencia del delito previo. Por ello, consideramos que, al encajar esta circunstancia en el supuesto de hecho del art. 10.4 LPAG, en principio, se habrá de presumir que estamos ante un acto nulo de pleno derecho por haber sido dictado como consecuencia de un delito. Corresponderá a la Administración autora del acto demostrar que éste no ha estado influido por el delito, que es plenamente conforme a Derecho y que, además, hubiese tenido idéntico contenido de no haber concurrido la infracción penal.

---

derecho, aunque sea perfectamente conforme a Derecho puesto que ha sido otorgada como consecuencia de una infracción penal. Entendemos que realmente la licencia no ha sido otorgada como consecuencia de un delito previo, pues si el solicitante cumple los requisitos tasados en la ley para ser merecedor de la licencia, la hubiera obtenido de igual manera, aunque, posiblemente, más tarde.

<sup>24</sup> Cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 217.

De forma sintética, un acto dictado como consecuencia de un delito previo puede plantear tres escenarios diferentes:

- Será nulo de pleno derecho cuando haya existido una estrecha relación de causalidad hasta el punto de que sin la existencia del delito no hubiera tenido lugar el acto administrativo que, además, debe ser contrario al ordenamiento jurídico.
- Será válido cuando la infracción penal no haya influido en el contenido del acto administrativo y, además, éste sea plenamente conforme a derecho. Estamos ante el supuesto de los actos reglados, en cuyo caso se hubiese dictado el mismo acto con o sin la existencia del elemento penal previo.
- Por último, en el caso de actos administrativos discrecionales precedidos de una infracción penal, debe presumirse que son nulos de pleno derecho. Será la Administración la que, en cada caso concreto, deba probar la ausencia total de influencia del delito en el acto administrativo, así como su legalidad, produciéndose una inversión de la carga de la prueba en la presunción de validez de los actos administrativos consagrada en el art. 9 LPAG.

En la práctica, esta causa de nulidad de pleno derecho entra en escena fundamentalmente en relación con dos delitos: la falsedad documental -ya sea pública o privada- y el cohecho.

En lo que al delito de falsedad documental se refiere, como anticipamos más arriba, es indiferente quién sea el autor del delito para la declaración de nulidad del acto administrativo. Tanto si el autor es la Administración Pública, como si es el propio interesado, o incluso un tercero, lo decisivo es, por un lado, que el delito de

falsedad esté declarado por sentencia penal firme y, por otro lado, que esté conectado causalmente con el acto administrativo<sup>25</sup>.

El otro delito con gran trascendencia práctica en esta causa de nulidad es el delito de cohecho, recogido en los artículos 393 -propio- y 394 -impropio- del Código Penal peruano y que se refiere al “*funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas*” -cohecho propio- y al “*funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado*” -cohecho impropio-<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> El delito de falsedad se encuentra tipificado en el art. 427 del Código Penal. Nos remitimos a la nota 10 donde se transcribe su contenido.

Traemos a colación la STS español de 9 de mayo de 2012, FD 2, (rec. 230/2011) que ofrece un ejemplo aplicable a este caso: se califica como nula de pleno derecho una Orden que mandó expedir la Carta de sucesión en el título nobiliario de Marqués, pues para su otorgamiento fue presupuesto necesario la presentación de cinco partidas eclesiásticas declaradas falsas en sede penal. En este caso, la falsificación de la documentación la llevan a cabo los abogados del beneficiario del título nobiliario, hasta el punto de ser éste indemnizado en sede penal como perjudicado. Sin embargo, como la relación de causalidad entre la documentación falsa y el título de Marqués es rigurosa e indudable, se declaró la nulidad de pleno derecho de la Orden.

Por su parte la STS español de 15 de abril de 2004, FFDD 1 y 2, (rec. 7249/1999), de forma análoga, aunque en este caso es el propio interesado el que falsifica la documentación, la presentación de un Título de Bachiller falsificado que era requisito indispensable para la obtención de un certificado que otorga la Dirección General de Tráfico a efectos de poder formar parte de las Escuelas Particulares de Conductores conllevó la nulidad del citado certificado. En este caso tampoco se planteó duda sobre la nulidad del acto administrativo de certificación pues un juez penal condenó a la solicitante como autora de un delito de falsedad en documento público y, además, no había duda alguna en la relación de causalidad pues estar en posesión del título de Bachiller Superior era *conditio sine qua non* para obtener el certificado requerido.

<sup>26</sup> Otro ejemplo español que sería igualmente trasladable al ámbito peruano. La SAN española de 11 de noviembre de 2016, FD 1, (rec. 408/2015) dictada previo Dictamen del Consejo de Estado español 176/2015, de 16 de abril, en el ámbito tributario, declara nulas de pleno derecho las liquidaciones del impuesto de sociedades obtenidas con la omisión de documentación en la investigación debido a la entrega de dádivas por el grupo empresarial a los funcionarios encargados del procedimiento. En efecto,

### **III. LA IMPORTANCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LA OPERATIVIDAD DE LA CAUSAL DE NULIDAD POR DELITO DEL ART. 10.4 LPAG**

A partir de ahora dedicaremos nuestra atención al papel que desempeña o puede desempeñar la jurisdicción penal en la declaración efectiva de esta causa de nulidad, así como a sus relaciones con la Administración Pública o la jurisdicción contencioso-administrativa. Dado que la especialidad de este motivo de nulidad radica en su doble contenido, penal y administrativo, es precisamente en la relación entre ambas jurisdicciones donde surgen las principales controversias o debates doctrinales. Se trata de encontrar respuestas válidas a la cuestión de hasta dónde alcanza la competencia del juez penal en relación con este supuesto, así como la posibilidad o no que tiene de influir en una posterior declaración de nulidad por parte de la Administración o del juez contencioso-administrativo.

#### **1. LA DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN PENAL POR SENTENCIA PENAL FIRME: UN PRESUPUESTO, POR NORMA GENERAL, INELUDIBLE**

A pesar de que existen matices que analizaremos más adelante, la declaración de la existencia de un delito es competencia exclusiva del juez penal. Por lo tanto, para que pueda operar la causa de nulidad relativa al acto constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella va a ser, en principio, presupuesto necesario un pronunciamiento de un juez penal calificando unos hechos como delictivos<sup>27</sup>.

---

los hechos fueron declarados delito de cohecho -entre otros- en sede penal. La entrega de las dádivas se conecta causalmente con la conducta de los funcionarios de no solicitar toda la documentación que hubiera permitido la completa regularización tributaria y, en consecuencia, las actas de liquidación resultantes son nulas pues “como resultado de las omisiones en las comprobaciones efectuadas por dichos actuarios, dejó de ingresar a la Hacienda Pública los altísimos importes que hubieran resultado de la correcta liquidación de los tributos”.

<sup>27</sup> En contra de esta doctrina mayoritaria, vid. PARADA VÁZQUEZ R., (2019), *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 1ª, Dykinson, Madrid, p. 111 o GARCÍA LUENGO, J., (2002), *La nulidad de... op. cit.* p. 210. Ambos autores entienden que para declarar la nulidad de pleno

El fundamento legal de la competencia exclusiva del juez penal para la calificación de unos hechos como delito o falta lo encontramos en el Código Procesal Penal. Concretamente, el art. 17 califica de “*improrrogable*” la jurisdicción penal ordinaria y determina su alcance “*a los delitos y a las faltas*”.

No sólo el delito o la falta deben estar declarados por un juez penal, sino que deberá declararlos mediante sentencia firme pues, como es sabido, sólo la firmeza de las sentencias garantiza que no quepa recurso alguno contra ellas.

Así se deduce también del art. 213.3 LPAG que al regular los plazos para la revisión de oficio determina que “*la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10*”.

---

derecho del acto administrativo no es necesario determinar si existe o no culpabilidad -cuestión que sí es competencia exclusiva del juez penal- sino que será suficiente comprobar la tipicidad y antijuridicidad (elementos objetivos) de la conducta. Precisamente como lo pretendido en este momento es la declaración de nulidad de un acto administrativo, los autores consideran que es perfectamente posible que el juez contencioso-administrativo o la propia Administración, cuando estemos ante hechos especialmente groseros y plenamente acreditados en el procedimiento administrativo o en el proceso contencioso-administrativo, puedan considerar unos hechos como delictivos a efectos de declarar la nulidad del acto administrativo, sin entrar a valorar consecuencias penales. En concreto, PARADA VÁZQUEZ, R., (1999), *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 2ª, Marcial Pons, Madrid, p. 278, entiende que, de lege ferenda, debería admitirse que en los supuestos delictivos que no ofrezcan ninguna duda, pueda la justicia administrativa “estimarlos en razón a su tipicidad penal nulos de pleno derecho” y, sin embargo, no ser esto incompatible con una posterior sentencia absolutoria en sede penal porque falten elementos que deben concurrir en el delito o la persona a quien se le imputa.

No compartimos esta posición, puesto que si el supuesto de nulidad exige que el acto administrativo sea constitutivo de una infracción penal o sea dictado como consecuencia de ésta, y la competencia exclusiva para determinar que conducta es constitutiva de delito la tiene el orden penal según la LOPJ, no podrá invocarse esta causa de nulidad sin el previo pronunciamiento de un juez penal pues de lo contrario se estaría vulnerando el reparto competencial establecido en la LOPJ.

Precisamente por esto, y apoyándonos en la interpretación restrictiva predicable de todas las causas de nulidad de pleno derecho, sólo si existe sentencia penal firme, la Administración o el juez contencioso administrativo podrá declarar la nulidad de un acto por la vía del art. 10.4 LPAG<sup>28</sup>.

Ahora bien, esta regla general se ve quebrantada por una serie de supuestos en los cuales, por haberse extinguido la responsabilidad penal del autor del delito - piénsese en su muerte, por ejemplo-, no va a ser posible en la práctica conseguir una sentencia firme condenatoria del juez penal. Realmente nos encontramos ante supuestos muy excepcionales que, sin embargo, debemos afrontar para tratar de dar una solución jurídica adecuada.

Parece que no es de justicia que si un funcionario falsifica la emisión de un título académico a cambio de una cantidad de dinero que le entrega su destinatario, la solución respecto de la validez de ese título sea diferente si el funcionario muere al día siguiente o si continúa su actividad con normalidad. Es de sentido común que el título académico sea nulo de pleno derecho en ambos casos, pues su emisión se identifica plenamente con varios delitos.

---

<sup>28</sup> No siempre ocurre así. Sin que sea la norma general, se ha llegado a aplicar este criterio de forma aislada en el Perú. Por ejemplo, la Resolución n° 1388-2011-TC-S3 del Tribunal de Contrataciones del Estado declaró la nulidad del acto de otorgamiento de una licitación con fundamento en el art. 10.4 LPAG porque “en efecto, a razón del total de la documentación recabada por la Entidad durante el procedimiento de fiscalización posterior, obran en autos medios probatorios suficientes que corroborarían que los aludidos certificados de trabajo contendrían información inexacta, lo que implica (...) la comisión de un ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 427 del Código Penal, el cual tutela como bien jurídico la fe pública y la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico y trata de evitar perjuicios que afecten la confiabilidad especialmente en las adquisiciones que realiza el Estado”. No existe sentencia penal condenatoria por delito de falsedad documental, pero el órgano administrativo se autoatribuye -de forma ilegal- la facultad de decidir si unos hechos son o no delictivos en función de la documentación que obra en el expediente y, en consecuencia, declara la nulidad del acto.

Por lo tanto, ante estas situaciones, como es del todo imposible obtener una sentencia penal que declare la comisión del delito, no nos queda más remedio que admitir que en los casos de extinción de la responsabilidad penal -y sólo en estos casos- o bien la Administración, o bien el juez de lo contencioso-administrativo, a los solos efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo, puedan declarar que unos hechos determinados tienen carácter delictivo<sup>29</sup>, con independencia de que la responsabilidad penal haya desaparecido.

Esta posibilidad de la Administración o del juez contencioso-administrativo sólo podrá operar, dada la excepcionalidad y especialidad de la cuestión, si se cumplen dos condiciones:

- La primera cuestión a tener en cuenta es el carácter improrrogable de la jurisdicción penal, única facultada para declarar unos hechos como constitutivos de delito o falta según el art. 17 del Código Procesal Penal.

Para salvar esta circunstancia parece recomendable que exista un pronunciamiento de un juez penal -generalmente tendrá forma de auto- que declare precisamente la imposibilidad de abrir un procedimiento penal por concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal<sup>30</sup>.

Una vez que el juez penal ha declarado la imposibilidad de que recaiga sentencia condenatoria firme por concurrir una causa de extinción de responsabilidad, tendrá vía libre la Administración o el juez contencioso-administrativo para, a los

---

<sup>29</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., (1972), *La nulidad de... op. cit.* pp. 359 y 360, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el... op. cit.* p. 186, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., (2020), *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 676.

<sup>30</sup> En este sentido, cfr. MORÓN URBINA, J. C., (2019), *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Tomo I*, 14ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, p. 262, nota 199.

exclusivos efectos de declarar la nulidad del acto, considerar que unos hechos encajan en un tipo penal.

- Y la segunda, que el caso concreto no pueda acogerse a ningún otro supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 10 LPAG. Si el supuesto de hecho encaja de forma natural en otra causa tasada de nulidad, no será necesario plantearse esta vía excepcional para declarar la nulidad vía art. 10.4 LPAG sin sentencia penal condenatoria.

Esta segunda condición puede cobrar mucha importancia en la práctica pues, conscientes del sempiterno retraso que suele sufrir la jurisdicción penal, la declaración de nulidad por este motivo puede llegar demasiado tarde e incluso ser difícil de ejecutar en la práctica. Sin embargo, sobre todo en los actos dictados como consecuencia de una infracción penal, en muchas ocasiones es aplicable la causal del art. 10.3 LPAG referida a *“los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición”*. Es frecuente que, a través, por ejemplo, de una falsificación documental o un delito de cohecho se obtengan permisos o contratos -facultades o derechos, en definitiva- sin tener los requisitos o la documentación esencial para su adquisición. En estos supuestos el requisito de la sentencia penal firme no es exigible y ello agiliza enormemente la posible declaración de nulidad.

Otra solución que parece razonable para impedir más rápidamente la eficacia del acto administrativo relacionado con la comisión de una infracción penal es la adoptar la medida provisional de suspensión de la eficacia del acto cuya validez pueda quedar en entredicho en función de lo que se decida en un proceso penal. Entendemos

que esta medida provisional se podría adoptar en el momento en el que desde la jurisdicción penal se abra un proceso -que se notificará a la Administración autora del acto- por la concurrencia de indicios razonables de delito en el actuar de la Administración Pública. A nuestro juicio, no puede adoptar el juez penal esta medida provisional pues carece de competencia para ello, debe ser la Administración en todo caso. No requerirá más motivación para su adopción que la existencia de un proceso penal que investiga la existencia de un delito relacionado con la actuación administrativa.

En conclusión, como regla general, para la aplicación del artículo 10.4 LPAG será necesaria una sentencia penal firme condenatoria. Por razones de pura justicia esta regla general puede ceder en los casos que, por haberse extinguido la responsabilidad penal del autor del delito, va a ser imposible obtener la sentencia penal condenatoria pese a que los hechos encajen en un tipo penal. En estos supuestos, la Administración o el juez contencioso-administrativo podrán declarar la nulidad del acto por el motivo que ahora estudiamos si el caso concreto no encaja en ninguna otra causa de nulidad de las recogidas en el ordenamiento jurídico administrativo y, además, un juez penal se ha pronunciado sobre la efectiva extinción de la responsabilidad penal del autor, razón por la cual nunca podrá obtenerse una sentencia firme condenatoria<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Frente a esta solución ecléctica, un sector doctrinal considera que la causa de nulidad del acto constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ella sólo podrá entrar en juego si existe una sentencia penal firme condenatoria, sin admitir ninguna excepción. En este sentido, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. & GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2012), *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 5ª, Civitas, Cizur Menor, p. 1204, GALLEGO ANABITARTE, A. & MENÉNDEZ REXACH, A., (2001), *Acto y procedimiento...* op. cit. p. 215, GARRIDO FALLA, F., & FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., (1995), *Régimen jurídico y...* op. cit. p. 188.

## 2. *EL INFLUJO DEL PRONUNCIAMIENTO PENAL FIRME EN LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

La siguiente cuestión objeto de estudio, una vez aclarada la necesidad de sentencia penal firme, es si el pronunciamiento del juez penal influye o no en la validez del acto administrativo. En otras palabras, la razón de ser de este epígrafe es determinar si la sentencia penal puede declarar por sí misma la nulidad de un acto administrativo, o si, por el contrario, se trata de un presupuesto necesario, pero no determinante, pues la declaración de nulidad de un acto administrativo es competencia exclusiva de la Administración o de los tribunales contencioso-administrativos.

Para ello consideramos oportuno volver a diferenciar los dos motivos de nulidad que plantea el art. 10.4 LPAG: por un lado, el acto constitutivo de delito y, por otro lado, el dictado como consecuencia del delito.

En relación con los actos administrativos constitutivos de delito, tanto la infracción penal como el contenido de la causal de nulidad administrativa recaen sobre el mismo objeto -el acto administrativo- y, por ello, parece innecesario un ulterior pronunciamiento en sede administrativa cuando un juez penal ha declarado por sentencia firme que el acto administrativo constituye un hecho delictivo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español también defiende esta postura, dando a entender que el juez penal podrá por sí mismo declarar la nulidad del acto administrativo cuando sea “*una nulidad basada en legislación administrativa*”<sup>32</sup>, es decir, cuando exista una habilitación legal previa que lo permita. Entendemos que esta habilitación existe en los supuestos en los que el acto administrativo es constitutivo

---

<sup>32</sup> STS español (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017).

de delito, pues si sólo el juez penal es competente para declarar un delito, y éste coincide con la actuación administrativa, su nulidad es una consecuencia automática de la ley -ex art. 10.4 LPAG- en la que poco hay que valorar en un posible examen en sede administrativa.

En otras palabras, el Tribunal Supremo español considera que “*los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva*”<sup>33</sup>. No consideramos descabellada esta apreciación pues un acto administrativo constitutivo de delito ha de ser necesariamente nulo de pleno derecho atendiendo al tenor literal del art. 10.4 LPAG<sup>34</sup>, de lo contrario podríamos estar ante el contrasentido de que un acto administrativo constitutivo de delito pueda producir efectos jurídico-administrativos<sup>35</sup>. Si el delito está conceptualizado como la ilegalidad más grave y contraria al orden público que reconoce el ordenamiento jurídico, por coherencia, un acto que constituya por sí mismo un delito no puede tener validez en ningún ámbito. Podría declararse nulo en vía penal y comunicárselo inmediatamente a la Administración autora del acto.

Ahora bien, es igualmente correcto acudir a la vía de la revisión de oficio del art. 213 LPAG, según el cual la Administración Pública puede declarar la nulidad de

---

<sup>33</sup> STS español (Sala de lo Penal) de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992), STS español (Sala de lo Penal), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012), STS español (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017).

<sup>34</sup> En contra, vid. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo...” *op. cit.* p. 7: “es posible encontrar, como venimos diciendo, actos válidos en derecho administrativo y sin embargo constitutivos de delito”. No podemos compartir esta afirmación pues contradice frontalmente el artículo 47.1.d) LPACAP -10.4 LPAG- que declara la nulidad del acto constitutivo de delito.

<sup>35</sup> En otras palabras, la STS español (Sala de lo Penal), de 18 de enero de 1994, FD 1, (rec. 2459/1992), STS español (Sala de lo Penal), de 5 de junio de 2013, FD 3, (rec. 1819/2012) establecen que “podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos”.

los actos administrativos firmes que lesionen el interés público o derechos fundamentales y encajen en alguna causal del art. 10 LPAG. Entendemos que tal opción, siendo plenamente legal, podría resultar contraria al principio de economía procesal. En efecto, abrir un procedimiento de revisión de oficio en los casos de actos constitutivos de delito previamente declarados en sede penal es retrasar aún más su expulsión del mundo jurídico pues la Administración en estos casos no tendría margen de valoración ni podría contradecir al juez penal. En todo caso, y para superar este escollo formal, la declaración de nulidad en vía administrativa se traduciría en un trámite cien por cien reglado que tendrá carácter automático<sup>36</sup>.

Ahora bien, si parece lógica la posibilidad de que el juez penal pudiese declarar la nulidad administrativa del acto constitutivo de delito, hemos de aclarar que, salvo disposición expresa de la ley, las consecuencias administrativas de la nulidad sí deben decidirse en sede administrativa, por la Administración o por el juez contencioso-administrativo. Las consecuencias de la nulidad deberán establecerse para cada caso concreto y garantizando, en todo caso, el desarrollo de un procedimiento administrativo que garantice los derechos de los interesados que han podido estar representados, o no, en el proceso penal. De lo contrario podríamos estar ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Diferente valoración merece los supuestos de nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito. En estos casos, el juez penal se limitará a

---

<sup>36</sup> En el Perú, los jueces no declaran directamente la nulidad del laudo dado que no hay competencias expresas para ello. Consideran que quien debe hacerlo es la propia Administración pública competente, quien muchas veces es parte del proceso penal por intermedio de sus procuradores. Esta es una solución también plenamente legal. Sin embargo, bajo nuestro razonamiento, se podría ahorrar este tiempo dado que la Administración pública competente no podría oponerse a la nulidad.

resolver la cuestión penal mientras que al Administración Pública o el juez contencioso administrativo deberán valorar la conexión causal entre la infracción penal y el acto administrativo a efectos de declarar su nulidad y determinar los efectos de esta declaración. Sin embargo, esta separación jurisdiccional tan clara en teoría, puede no serlo tanto en la práctica. En efecto, no debería ser extraño que los jueces penales, a través de cuestiones prejudiciales, consulten a la jurisdicción contenciosa sobre aspectos técnicos del derecho administrativo que deben concurrir en algún tipo de delito específico<sup>37</sup>.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA para analizar esta situación distingue dos escenarios posibles: si la sentencia penal versa sobre categorías propias y exclusivas del derecho penal (homicidios, robos, hurtos...) no cabe la posibilidad de que los hechos probados puedan ser contradichos por los tribunales de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, cuando el juez penal deba valorar categorías propias del derecho administrativo (en muchos delitos relativos a funcionarios públicos, delitos urbanísticos o medioambientales, o todos aquellos que utilicen la técnica de la norma

---

<sup>37</sup> Traemos a colación en este punto el artículo 5 del Código Procesal Penal que regula la cuestión prejudicial de la siguiente forma:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.

3. En caso de que el proceso extra-penal no haya sido promovido por la persona legitimada para hacerlo, se le notificará y requerirá para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo, el Fiscal Provincial en lo Civil, siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. En uno u otro caso, el Fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.

4. De lo resuelto en la vía extra-penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa”.

penal en blanco remitiéndose a infracciones administrativas), todas las valoraciones del juez penal en este sentido lo serán a título prejudicial y, podrán ser planteadas ulteriormente, a efectos administrativos, al tribunal contencioso-administrativo competente. En este momento, el juez contencioso decidirá sobre la licitud o ilicitud administrativa sin que el pronunciamiento penal en ese sentido tenga efectos de cosa juzgada, pues el juez penal sólo se ha pronunciado a efectos de la represión<sup>38</sup>.

En definitiva, no parece lógico que un juez penal pueda pronunciarse con fuerza de cosa juzgada sobre la legalidad de la actuación administrativa sujeta a derecho administrativo<sup>39</sup>.

Este modo de proceder se adapta perfectamente a la idea que venimos defendiendo sobre la declaración de nulidad de un acto administrativo dictado como consecuencia de un delito. Una vez declarado por sentencia penal firme el delito, corresponde con exclusividad a la Administración o al juez contencioso-administrativo analizar la relación de causalidad entre el delito y el acto dictado como consecuencia de aquel, sin que pueda el juez penal entrar a valorar esa cuestión puramente administrativa<sup>40</sup>. En conclusión, estamos en condiciones de afirmar que el art. 10.4 LPAG no es una remisión directa de la ley administrativa a la sentencia penal<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública: una imperfección normativa* (coords. ORTÍZ BLASCO, J. & MAHILLO GARCÍA, P.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 258 y 259. (Este mismo artículo fue publicado previamente en *REDA*, nº 98, 1998, pp. 321 y ss.).

<sup>39</sup> Cfr. BAUZÁ MARTORELL, F., “El acto administrativo...” *op. cit.* p. 5.

<sup>40</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de...” *op. cit.* p. 247.

<sup>41</sup> La antigua STS español de 24 de enero de 1974 (Ar. 1154, Ponente: J. Becerril y Antón-Miralles), ya entendió que es la jurisdicción contencioso-administrativa, como jurisdicción principal, la competente para decidir si unos hechos declarados delictivos por sentencia penal acarrear o no la invalidez de la

A modo de recapitulación, el papel que juega el juez penal -competente para la declaración de un delito- en la invalidez de los actos administrativos varía en función de si el acto es constitutivo en sí mismo de delito o es dictado como consecuencia de una infracción penal previa:

- Si el acto administrativo es constitutivo en sí mismo de delito, por imperativo del art. 10.4 LPAG y del principio de seguridad jurídica, el juez penal sí podrá declarar su nulidad administrativa pues la correspondencia entre acto administrativo delictivo y nulidad es automática. En el caso de acudir a la vía de la revisión de oficio administrativa –lo cual resulta contrario al principio de economía procesal- la Administración no tendrá margen de valoración y la declaración de nulidad debe ser instantánea.

Ahora bien, corresponderá a la Administración o al juez contencioso-administrativo determinar, en todo caso, las consecuencias jurídico-administrativas de la nulidad.

- Por el contrario, si el acto es dictado como consecuencia de un delito acudiremos a la solución basada en la separación total de jurisdicciones. Es decir, corresponderá al juez penal la declaración delictiva y corresponderá siempre a la Administración o al juez de lo contencioso valorar si procede declarar la nulidad o no. Para ello se precisará que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico como se advirtió en un epígrafe anterior y, además, que

---

actuación administrativa posterior. Este era el caso de la condena penal a todos los concejales de Vigo por un delito de cohecho consistente en la recepción de joyas por parte de la empresa adjudicataria de un contrato. Una vez declarados los hechos como delictivos, el asunto se reanudó en sede contencioso-administrativa para valorar si el delito afectaba o no a la validez del acto administrativo. Y así se ha mantenido la doctrina hasta el día de hoy, buena muestra de ello es la STS español (Sala de lo Penal), de 8 de junio de 2018, FD 15, (rec. 1206/2017) del famoso caso de corrupción Nóos.

exista relación de causalidad entre el delito y el acto, y esto es una cuestión puramente administrativa.

Si llegado el momento, un juez penal declarase la nulidad del acto administrativo dictado como consecuencia de un delito, lo hará a los solos efectos de la represión del ilícito penal, por lo que no tendrá fuerza de cosa juzgada en sede administrativa. Será posible, en definitiva, plantear ante el juez de lo contencioso la nulidad o no del acto administrativo, y éste sólo estará vinculado a los hechos probados constitutivos de delito, pero aplicará plenamente su jurisdicción administrativa en un procedimiento con un sistema probatorio abierto y sin límites<sup>42</sup>.

#### **IV. CONCLUSIONES**

La causal de nulidad recogida en el art. 10.4 LPAG concerniente a los actos administrativos de contenido delictivo contiene, en realidad, tres grupos de actos administrativos susceptibles de ser declarados nulos de pleno derecho. En primer lugar, los actos que en sí mismos constituyan infracción penal -delito o falta-tipificada en el Código Penal. En segundo lugar, los actos administrativos que contengan una orden o mandato para la realización de una conducta delictiva y, por último, los actos dictados como consecuencia de una infracción penal previa.

Por regla general, para la declaración de nulidad de los actos administrativos constitutivos de delito o los dictados como consecuencia de éste será condición necesaria una sentencia penal firme que declare la infracción penal, pero, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito cuando concurra una causa

---

<sup>42</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (2010), “La nulidad de...” *op. cit.* p. 262, BOCANEGRA SIERRA, R., (2006), *Lecciones sobre el...* *op. cit.* p. 185, MELLADO RUÍZ, L., (2017), “Supuestos de nulidad...” *op. cit.* p. 1954.

de extinción de la responsabilidad penal y así lo declare el juez penal en una resolución firme, generalmente con forma de auto. Sólo en estos casos la Administración o el juez de lo contencioso podrán declarar la nulidad del acto administrativo por delito sin sentencia penal firme que lo acredite.

La nulidad de los actos constitutivos de delito podrá ser declarada –además de por la Administración en vía revisión de oficio o por el juez contencioso administrativo- por el propio juez penal que haya conocido de la causa pues la correspondencia entre el acto administrativo constitutivo de delito y la causa de nulidad es automática y la única jurisdicción competente para declarar unos hechos como delictivos es la penal. En todo caso, la determinación de los efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo corresponderá siempre a la Administración o al juez contencioso-administrativo.

La causa de nulidad de los actos dictados como consecuencia de una infracción penal sólo podrá ser declarada por la Administración o el juez contencioso-administrativo previa sentencia penal firme, toda vez que requiere de una valoración doble: por un lado, que el acto administrativo esté decisivamente influenciado por el delito y, por otro lado, que el acto cuya nulidad se pretende no sea conforme a Derecho.

Este motivo de nulidad de los actos administrativos presenta el gran problema del tiempo que puede tardar su aplicación efectiva, pues se requiere generalmente un pronunciamiento penal -con el ya conocido retraso de ese orden jurisdiccional- y, adicionalmente, un proceso administrativo o contencioso que declare la nulidad y los efectos de la declaración de nulidad. Para evitar este retraso, en ocasiones es efectivo acudir a otras causales de nulidad en las que puede encajar el supuesto de hecho. Puede ser útil en este sentido la recogida en el art. 10.3 LPAG que declara nulos los

actos administrativos por los que se adquieren derechos o facultades, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición. Es lógico que puedan encajar en esta causal puesto que el delito suele ser un medio para obtener una ventaja -derecho o facultad- de forma ilegal y se ahorraría el -largo- proceso penal.

## V. **BIBLIOGRAFÍA**

Baca Oneto, V. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Civitas.

Baca Oneto, V. (2007). La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el Derecho Administrativo Peruano, en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (Coords. Danós Ordoñez, J., otros). Palestra Editores.

Bauzá Martorell, F. (2014). El acto administrativo: entre la validez y el delito (La anulación de actos administrativos por el juez penal en *REDA*, (163), 217-251.

Becerra Gómez, A. (2022). *La denominada “acción de nulidad” contra actos administrativos*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Beladiez Rojo, M. (1994). La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación en *RAP*, (133), 155-188.

Bocanegra Sierra, R. (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas.

Chang Chuyes, G., Vilela Carbajal, K. (2019). La nulidad del laudo arbitral en contratación pública por actos de corrupción de los árbitros en el Perú en *Actas de la AEPDA. 20 años de la Ley de lo Contencioso Administrativo* (Coords. López Ramón, F., Valero Torrijos, J.) INAP, 689-698.

- Gallego Anabitarte, A., Menéndez Rexach, A. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Marcial Pons.
- García De Enterría, E. (2010). La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación, en *La responsabilidad penal en la Administración Pública: una imperfección normativa* (Coords. Ortíz Blasco, J., Mahillo García, P.). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- García De Enterría, E., Fernández Rodríguez, T. (2020). *Curso de Derecho administrativo I*. Civitas.
- García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Civitas.
- Garrido Falla, F., Fernández Pastrana, J. (1995). *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*. Civitas.
- González Pérez, J., González Navarro, F. (2012). *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Civitas.
- Mellado Ruíz, L. (2017). Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (Dir. Gamero Casado, E.). Tirant lo Blanch.
- Méndez Vásquez, D. (2021). *El principio de conservación del acto administrativo en el ordenamiento jurídico peruano*. Derecho y Sociedad.

- Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.
- Parada Vázquez R. (2019). *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Dykinson.
- Parada Vázquez, R. (1999). *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. 2ª, Marcial Pons.
- Picón Arranz, A. (2020). Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia en *Nuove Autonomie. Rivista quadrimestrale di Diritto Pubblico*, (1).
- Picón Arranz, A. (2022). *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo: configuración legal y aplicación práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- Santamaría Pastor, J. (1972), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*. Instituto de Estudios Administrativos.

Por:

Erman

Tejada Barbarito\*

*UN ABORDAJE JURISPRUDENCIAL DE LA  
DIGNIDAD HUMANA A PARTIR DE LA  
TEORÍA ONTOLÓGICA Y LA TEORÍA DE LA  
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD*

**Resumen**

El presente artículo tiene por objeto ofrecer un análisis de la dignidad humana a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Se observará que, al menos, existen dos teorías que tratan de definirla, con consecuencias distintas en su aplicación: la teoría de la dignidad ontológica y la teoría de la dignidad fenomenológica o ética. Se vislumbrará que los efectos que se pretenden lograr en cuanto a la determinación de los derechos cambian según a qué concepción se adhiera. Esta diferenciación en cuanto a su uso deja entrever que la dignidad humana se erige como un concepto de uso discrecional debido a su falta de fundamentación por parte de los magistrados. Para realizar el presente análisis se tendrá en cuenta una serie de fallos judiciales vinculados al área de la salud, puesto que involucran derechos de primer orden que permiten realizar un análisis profundo sobre el concepto en cuestión.

**Abstract**

The purpose of this article is to provide an analysis of human dignity based on the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation. It will be observed that there are at least two theories that attempt to define it, with distinct consequences in their application: the theory of ontological dignity and the theory of phenomenological or ethical dignity. It will become apparent that the effects sought in determining rights vary depending on which conception is adhered to. This differentiation in its use suggests that human dignity emerges as a concept of discretionary application due to its lack of foundation by the judges. To carry out this analysis, a series of judicial rulings related to the health sector will be considered, as they involve fundamental rights that allow for an in-depth examination of the concept in question.

---

\* Doctor en derecho, becario post-doctoral del CONICET y profesor adjunto de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Correo electrónico: [etejedabarbarito@gmail.com](mailto:etejedabarbarito@gmail.com)

Recibido: 19 de marzo de 2024

Aceptado: 28 de octubre de 2024

**Palabras clave:** dignidad humana, derechos humanos, fundamentos filosóficos, jurisprudencia

**Keywords:** human dignity, human rights, philosophical foundations, jurisprudence

### Sumario

**I. INTRODUCCIÓN.** 1. *IMPORTANCIA Y PROBLEMA DEL CONCEPTO DE LA DIGNIDAD HUMANA.* **II. DESARROLLO.** 1. *DIGNIDAD ONTOLÓGICA.* A) *Abordaje doctrinal.* B) *Abordaje jurisprudencial: La dignidad ontológica en la CSJN.* 2. *DIGNIDAD FENOMENOLÓGICA O ÉTICA.* A) *Abordaje doctrinal.* B) *Abordaje jurisprudencia: La dignidad ética en la CSJN.* **III. CONCLUSIÓN.** **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1. IMPORTANCIA Y PROBLEMA DEL CONCEPTO DE LA DIGNIDAD HUMANA**

La dignidad humana es considerada el concepto más importante de los sistemas jurídicos contemporáneos. Adquirió tal relevancia después de la Segunda Guerra Mundial como consecuencia del holocausto consumado por el nazismo y el genocidio provocado por el comunismo de Stalin (Santiago, 2022, p. 19). A partir de entonces la dignidad comenzó a ser receptada en distintas constituciones naciones y tratados internacionales, seguramente porque nunca antes estuvo amenazada con tanta vehemencia. En virtud a ello uno de los propósitos de la Comunidad Internacional consistió en elaborar una estructura jurídica que permita propiciar dicho valor y enarbolar los derechos humanos fundamentales. Estos requieren ser respetados para que los individuos puedan convivir en forma ordenada y pacífica en sociedades

marcadas por el pluralismo político, ideológico y religioso (Peces-Barba, 2002, pp. 12-13).

Existen varias razones que fundamentan la importancia del concepto de la dignidad humana:

En primer lugar, es considerado el *fundamento* de los derechos humanos<sup>1</sup>. Así lo entiende el profesor Pedro Serna al tiempo que agrega que en ella se funda la obligatoriedad del respeto de los derechos. Expresa el profesor español: “Los derechos humanos se fundan en la dignidad, o carecen por completo de fundamento alguno, debiendo entonces ser reconocidos exclusivamente como bandera de una lucha política marcada por el signo de la arbitrariedad”. Al tiempo que subraya en cuanto a la dignidad: “Si ésta puede fundamentarse, se habrá logrado una justificación para la obligatoriedad de los derechos; si, por el contrario, no cabe encontrar fundamento sólido a la dignidad, los derechos sólo podrán reivindicarse por motivos no precisamente universalizables” (Serna, 1995, p. 295).

En segundo lugar, también es considerado como un *estándar* que dota de validez a las normas de un sistema jurídico. Si las normas legales vulneran a la dignidad humana estas devienen inválidas (Atienza, 2002, p. 11). El caso más emblemático lo constituyen los Juicios de Nüremberg en donde los magistrados recurrieron a la fórmula de Radbruch para dirimir el conflicto entre la obediencia a las leyes injustas y el respeto a los derechos humanos, a fin de juzgar a los jefes nazis.

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, en fallo “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo” (345:730), la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), explicitó que: “En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la identidad individual está reconocido en relación a las personas humanas (art 52. del Código Civil y Comercial de la Nación); y comprende tanto la identidad estática como la dinámica. Este derecho encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano y fundamento legal como derecho personalísimo”.

Esta fórmula alega que el derecho extremadamente injusto no es derecho, injusticia que reside en vulnerar los derechos fundamentales (contenido *minimun* que las autoridades deben respetar) y, en definitiva, la dignidad humana (Alexy, 2001, pp. 75-76, 81). Explica Spaeman en cuanto a la necesidad de que existe un contenido de derechos obligatorio con prescindencia de la voluntad estatal: “Sin esta prepositividad no tendría ningún sentido hablar de derechos humanos, porque un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merece en absoluto el nombre de derecho” (Spaemann, 1998, pp. 13-14).

En tercer lugar, y en relación con el punto anterior, la dignidad humana es considerada como un *límite* infranqueable que las autoridades políticas deben respetar bajo peligro de que sus decisiones se tornen ilegítimas. Actualmente, este límite no solo se observa con respecto al campo político, sino también con relación al área de la tecnología y las ciencias experimentales (por ejemplo, en lo que concierne al post humanismo y/o transhumanismo), siendo un verdadero desafío establecer hasta qué punto es ético realizar intervenciones quirúrgicas en humanos (Spijkers, 2022).

Desde ya, aceptar que la dignidad humana deviene en el fundamento de los derechos, en un estándar de validez jurídica y en un criterio de legitimidad de las decisiones políticas, conlleva afirmar que el ordenamiento jurídico se encuentra impregnado de una dimensión moral, que exige y orienta cómo el derecho debería ser. Dicha afirmación deviene contraria a la tesis positivista que brega por la separación entre el derecho y la moral (Iñigo, 2005, pp. 354-355).

Sin embargo, a pesar de la relevancia del concepto de la dignidad humana, pueden observarse ciertos problemas que acontecen en el mundo del derecho: es arduo definir con precisión qué se entiende por dignidad humana y cuál es su

fundamento (Atienza, 2022, pp. 17-18). En esta línea, precisa González Pérez: “la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso” (González Pérez, 1986, p. 111). Por consiguiente, no hace falta ir muy lejos para advertir que, incluso en el diccionario de la RAE, pueden encontrarse distintas acepciones que tratan de explicar el significado de dicho concepto, se lo concibe como cualidad de digno, excelencia o realce, cargo honorífico, entre otros.

Dworkin explica dicho problema que afecta al concepto de la dignidad humana indagando en las clases de conceptos existentes (Dworkin, 2014, pp. 198-204)<sup>2</sup>. Según el profesor norteamericano existen conceptos científicos en los que es posible encontrar un criterio para desarrollar una definición, sin que existan desavenencias entre los miembros de una práctica social sobre la mejor forma de entenderlos. Un ejemplo podría ser el concepto de triángulo, el cual es una figura geométrica compuesta por tres lados y tres ángulos interiores cuya suma es de 180 grados. Por otra parte, existen conceptos morales y políticos, que son interpretativos, en virtud a los cuales las personas no se ponen de acuerdo sobre cuál es la definición más apropiada para conceptualizarlos. Un ejemplo es el concepto de justicia, alrededor del cual pueden encontrarse diferentes concepciones. Así, por ejemplo, Calicles, interlocutor en de Sócrates en el *Gorgias* de Platón, consideraba que la justicia consiste en hacer la voluntad del más fuerte, porque en la naturaleza los más fuertes reinan sobre los más débiles. Por su parte, Hans Kelsen, desde su positivismo

---

<sup>2</sup> Los ejemplos ilustrados son de elaboración propia, inspirados en los que plasma Dworkin en su obra *Justicia para Erizos* (Dworkin, 2014, pp. 198-204, 321-322). También es interesante la explicación que efectúa el lingüista Saussure en cuanto a la estructura de los conceptos, formados por un significado (la imagen semántica) y un significante (la imagen fónica), de tal modo que el significado de una palabra puede cambiar sin que cambie su sonido (Saussure, TDF 1986, pp. 97-104).

normativista, precisaba que “La justicia es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden social” (Kelsen, 2008, p. 9). Por último, Justiniano, recopilador de las Pandectas e Institutas del Derecho Romano, entendía a la justicia es *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, es decir, la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo (Avila Mayor, 2008, pp. 151-157). Por consiguiente, no existe un criterio único ni un ADN específico para definir a la justicia en términos inequívocos. Aun cuando podamos coincidir en esta última definición, cuando nos preguntamos qué parámetro debemos utilizar para dar a cada uno lo suyo (si la capacidad individual, el aporte al bien público, la necesidad, etc.), existen diferencias según cuál sea el caso a resolver y la posición ideológica de los sujetos intervinientes (Jürgen, 2000, p. 25)<sup>5</sup>.

Lo que sucede con la justicia también acontece con el concepto de la dignidad humana. La dignidad humana es un concepto denso, interpretativo, y los miembros de la ciencia jurídica difieren en cuál es la concepción más adecuada para definirla. Hay posiciones a favor de la dignidad humana, entre ellas, aquellas que la consideran como un principio, cualidad o valor inherente a la persona humana (Landa Arroyo, 2000, pp. 10, 17). También hay posiciones que la identifican con la autonomía personal y la vinculan con un modo determinado de obrar (Gordillo Álvarez-Valdés, 2008, pp. 238-239; Massini Correas, 2021, p. 21). Por otra parte, pueden encontrarse posturas contrarias al concepto de la dignidad humana que, desde una posición escéptica, la consideran como un concepto fungible, inútil o meramente retórico que se utiliza para edulcorar discursos jurídicos, y también hay quienes la conciben como

---

<sup>5</sup> Explica Jürgen: “la dignidad humana no ha podido crear hasta hoy un marco general consensuado de referencia para el discurso ético” (Jürgen, 2000, p. 25).

un concepto vacío que simplemente sirve para evitar el progreso de la ciencia (Pinker, 2008, pp. 4-5; Macklin, 2003)<sup>4</sup>.

Las posiciones que reconocen un valor positivo a la dignidad humana pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN). Si bien, como sostiene Estela Sacristán, pueden apreciarse diferentes acepciones en el uso del presente concepto y, asimismo, dentro de cada acepción distintos sentidos, es posible observar ciertas tendencias con respecto al uso de determinadas concepciones (la dignidad ontológica y la dignidad ética) (San cristán, 2017, pp. 58-62). No debe ignorarse que estas vicisitudes también se encuentran vinculadas con la composición de la Corte Suprema, puesto que los jueces cambian a lo largo del tiempo y no piensan en forma idéntica. También es importante advertir que, siendo una de las obligaciones de los jueces aplicar las leyes de los legisladores de una manera congruente con la Constitución Nacional, el régimen regulatorio en cuestiones sensibles como salud, estupefacientes y demás áreas afines, vinculadas con la dignidad humana, se modifica según cuál sea paradigma político reinante y las leyes que el partido oficialista logre aprobar.

El orden a seguir será el siguiente. En primer lugar, se abordará la concepción de la dignidad ontológica desde un enfoque doctrinal; acto seguido se indagará en ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia en donde dicha concepción se encuentra receptada. En segundo lugar, se desarrollará la concepción de la dignidad fenomenológica; luego se ahondará en los ciertos casos jurisprudenciales del máximo tribunal argentino en donde se apela a dicha concepción, estas causas también están

---

<sup>4</sup> Para un reconocimiento de las distintas objeciones que existen contra el concepto de la dignidad humana véase el artículo “La soportable levedad de la dignidad” de Mary Ann Glendon (Glendon, 2012, 258-259).

vinculadas al derecho a la vida y la salud. Finalmente, se arribará a una conclusión que permita vislumbrar los desafíos que ambas concepciones originan.

## **2. DESARROLLO**

### **1. DIGNIDAD ONTOLÓGICA**

#### *A) Abordaje doctrinal*

La dignidad ontológica se encuentra vinculada con la existencia o esencia del ser humano. En otras palabras, parte de la afirmación de que el ser humano es digno por el simple hecho de serlo, siendo merecedor de un trato respetuoso conforme a su naturaleza, con prescindencia de cualquier condición, circunstancia, acción o atributo accidental. De allí que Andorno defina a la dignidad ontológica como: “el valor único e incondicional que reconocemos en la existencia de todo individuo, independientemente de cualquier cualidad accesoria” (Andorno, 2001, p. 47). De igual modo, expresa Serna: “la dignidad es una cualidad que se predica del sujeto humano, y que remite, por tanto, a una instancia ontológica, al mundo del ser” (Serna, 1995, p. 295).

En esta línea, se entiende que todo ser humano está dotado de un valor universal (incluso los genocidas y homicidas seriales tienen dignidad), inherente a todos los individuos (no se pueden establecer grados de dignidad según la etapa de desarrollo corporal o cognitivo, así, por ejemplo, los nasciturus son tan dignos como sus progenitores, aun un no nacido que padezca anencefalia). La dignidad también es inalienable (no puede perderse o ser arrebatada, únicamente puede ser lesionada por terceros y, quién no la respeta horada su propia dignidad, esto implica, desde ya, que la dignidad no es atribuida por una autoridad estatal). Paolo Carozza precisa que: “la dignidad humana es, en primer lugar, una afirmación ontológica sobre el estatus de las personas humanas: una afirmación de que todo ser humano tiene un valor moral

igual, inherente, incondicional e inalienable (Carozza, 2024, p. 41). Por eso, también son oportunas las palabras de Sergio Cotta, quien establece que la dignidad requiere un reconocimiento *erga omnes*, esto es, implica reconocer que “el otro es un igual a mí en su capacidad de pretender para sí su propia verdad”, por eso el derecho como forma de coexistencia es una exigencia de la dignidad humana (Cotta, 2000, p. 43).

Ahora bien, en cuando a la pregunta de por qué el ser humano es digno se pueden encontrar distintas respuestas.

Algunos autores sostienen que el fundamento se encuentra en la pertenencia del ser a la especie humana (*homo sapiens*), distinta a las demás especies del reino animal. Expresa Carozza: “el único criterio para que la condición de dignidad humana sea pertinente es el ser, biológica y genéticamente, miembro de la especie humana” (Carozza, 2024, p. 43).

En esta misma línea, Iñigo explica que, desde una perspectiva ontológica, y en virtud a la naturaleza racional del hombre, el interrogante sobre qué es lo que hace digno al ser humano, implica efectuar un juicio de valor, solo realizable por seres racionales capaces de concebir la idea de valor y, por consiguiente, diferenciar lo valioso de lo disvalioso. Advierte que pueden identificarse ciertas cualidades del ser humano que constituyen el fundamento de la dignidad humana, entre ellas: “su capacidad de emitir juicios morales, su libertad para decidir acerca de sus acciones y su intelectualidad, esto es, la posibilidad que tiene de generar conceptos abstractos y de comunicarlos a sus semejantes” (Iñigo, 2005, p. 335). Desde ya, emitir juicios deónticos implica la capacidad de concebir una idea de lo que es el bien y el mal, y valorar los actos en virtud a ello; la libertad conlleva la facultad para elegir guiar la conducta según el juicio de valor producido, sea hacia el bien o hacia el mal, siendo consciente de ello; por último, la intelectualidad consiste en la capacidad para motivar

dicha decisión, esto es, esgrimir razones para decidir sobre el curso de acción elegido (Iñigo, 2005, p. 337). No puede negarse que en lo que respecta a considerar digna a una persona, estas características solo podrían ser exigidas desde la potencialidad de la naturaleza humana, sin que pueda privarse a un individuo de dignidad bajo el argumento de que, debido a su estado de salud, desarrollo corporal o cognitivo, etc., no pueda concretizar los actos mencionados en el plano fáctico<sup>5</sup>.

Otros autores, advierten que no basta con sostener que el hombre es digno por su pertenencia a la especie *homo sapiens*, puesto que esta afirmación no explica por qué la dignidad exige un respeto absoluto. En otras palabras, si la dignidad humana exige un respeto absoluto hacia el ser humano, “el respeto absoluto ha de tener un fundamento absoluto” (Serna, 1998, p. 55). Desde ya, dicho razonamiento exige indagar en una metafísica de la creación. En esta línea, Spaeman sostiene que el fundamento de la dignidad es heterónimo (reside afuera del ser) y, más precisamente, reside en un absoluto. De allí que precisa: “la idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología, es decir, en una filosofía de lo absoluto” (Spaemann, 1998, p. 33).

Por tanto, los criterios para discernir lo que está bien y mal y, en consecuencia, sirven para dirigir la acción de los hombres, parte del reconocimiento de que hay un bien que perfecciona la naturaleza humana. Por ende, la naturaleza es de carácter normativa, y dichos criterios de conducta son establecidos por su Creador, y no por la voluntad propia del hombre (por ejemplo, mediante un pacto). Así, desde el pensamiento del Aquinate, el hombre puede descubrir dichos criterios porque,

---

<sup>5</sup> Precisa Pedro Serna: “La exigencia de respeto a las personas, su dignidad, postula necesariamente una dimensión de reconocimiento que es erga omnes, independiente de las coincidencias o afinidades que puedan establecerse (Serna, 1998, pp. 64-65). Y Spaemann sostiene que el hombre: “tiene una dignidad que debe ser respetada y que no depende de determinadas funciones” (Spaemann, 1988, p. 19).

mediante su razón, puede acceder a la Ley Natural, la cual consiste en la participación de las criaturas racionales en la Ley Eterna, que es el plan que Dios tiene para sus criaturas (Aquino, I-II, q. 91-q. 94). También puede vislumbrar dichas pautas de conducta por medio de lo que se conoce como revelación o verdad revelada (que serían las normas explícitas que Dios dejó a los hombres, como, por ejemplo, las XII tablas o las enseñanzas de los Evangelios)<sup>6</sup>. Por consiguiente, la naturaleza se erige como una restricción de la libertad absoluta (o ilimitada) y, por consiguiente, exige que la libertad se encuentre arraigada en dicha naturaleza o estatuto ontológico, el cual tiene un carácter sacro (*sacra res*) y exige un deber hacer acorde a ella<sup>7</sup>.

Desde ya, un problema que presenta esta noción de la dignidad es que puede ser rechazada por aquellos que niegan la metafísica y, en particular, por quienes consideran que no existe una ontología que imprima en el hombre un deber hacer determinado (de allí, por ejemplo, la llamada falacia naturalista)<sup>8</sup>. No obstante, puede mencionarse el razonamiento que efectúa John Finnis al demostrar que existe un conjunto de bienes humanos básicos, irreductibles, evidentes y premorales, que no se infiere a partir de un concepto metafísico de la naturaleza humana, sino que son

---

<sup>6</sup> En lo concerniente al carácter normativo de la naturaleza humana y su relación con el Creador, véase: Massini Correas, C. I. *La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales*. Sapientia. 1995, 50 (99-105). En cuanto a la Ley Eterna y la Ley Natural, precisa Santo Tomás: “nadie puede conocer la ley eterna como es en sí misma sino Dios y los bienaventurados, que ven a Dios en su misma esencia. Pero toda criatura racional la conoce a través de alguna irradiación, mayor o menor, ya que todo conocimiento de la verdad es una irradiación y participación de la ley eterna (...), al menos en lo que se refiere a los principios generales de la ley natural”. (Aquino, I-II, q. 93 a. 3)

<sup>7</sup> La identificación de la dignidad como un valor esencial y común en todo ser humano, por el simple hecho de serlo, refiere a una rama del conocimiento que se conoce como ontología, que estudia la naturaleza de ser, la cual a su vez pertenece a una rama más amplia del conocimiento que se conoce como metafísica (la cual estudia las causas primeras y últimas de las cosas). Dado que la dignidad humana tiene como fundamento la naturaleza humana, la dignidad es un concepto metafísico y concierne a una realidad trascendental, no deriva de un solapamiento de voluntades o un mero acuerdo entre partes.

<sup>8</sup> En lo que concierne al análisis de la falacia naturalista véase el artículo: “Modernidad y falacia naturalista” del Dr. Juan Cianciardo (Cianciardo, 2004, p. 36).

captados por evidencia, mediante un conocimiento inmediato racional. Por consiguiente, es posible pensar en una ética sin metafísica que imprima un deber ser en el hombre (Serna, 1998, pp. 48-49; Finnis, 2000, pp. 117-121,132-133).

*B) Abordaje jurisprudencial: La dignidad ontológica en la CJN*

Explicada la idea de dignidad ontológica es posible indagar en cómo esta es receptada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular, en fallos en donde se encuentran comprometidos bienes básicos como la vida y la salud (integridad física y psíquica), aunque es menester resaltar que no existe una homogeneidad para todos los casos, aun entre aquellos que aborden las mismas cuestiones. Desde ya, es común que los jueces recurran a la dignidad humana de carácter ontológica no solo para fundamentar los derechos humanos, sino también para lograr diferentes propósitos, como podría ser, restringir libertades para evitar abusos o, también, exigir ciertos comportamientos por parte de terceros a fin de proteger la salud y la vida de los individuos (por ejemplo, mediante la ordenación al Estado o prestadores de servicios de salud -obras sociales y empresas de medicina prepaga- a cubrir ciertos tratamientos médicos, prótesis internacionales, remedios, etc)<sup>9</sup>.

En este aspecto, en materia sanitaria, es posible identificar una serie de fallos que permiten ilustrar la concepción ontológica de la dignidad.

Uno de estos casos es el fallo “B., C. B.”<sup>10</sup>. Aquí los padres de un menor con discapacidad promueven una acción de amparo contra el Instituto de Obra Social de

---

<sup>9</sup> Estos reclamos no se realizan en abstracto, sino bajo el amparo de leyes que regulan las obligaciones de los agentes de salud, como las Leyes 23660 y 23682.

<sup>10</sup> CSJN, B., “C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo”, Fallos: 344:2868, 21 de octubre de 2021.

la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) a fin de que reconozca la cobertura de un jarabe de aceite de cannabis (Charlotte's Web 5000 Everyday Avanced) para tratar a su hijo que padecía epilepsia refractaria. Dicho medicamento había sido recetado por su médico neurólogo, como alternativa terapéutica. El máximo tribunal se expidió a favor de la parte demandante esgrimiendo los siguientes argumentos: 1-el cuadro de salud severo del niño y su necesidad inminente de acceder al fármaco en cuestión; 2-la viabilidad científica del medicamento para contrarrestar los efectos de dicha enfermedad; 3-el reconocimiento legal de dicho fármaco y la especial condición de discapacidad amparada por la ley (el art. 3 inc. D del Decreto 883/2020 reconoce dicha terapia y la Ley 24.901 establece una cobertura integral para personas con discapacidad); 4-el principio de progresividad en la satisfacción plena de los derechos (con base en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional); 4-La interpretación del Programa Médico Obligatorio en forma abierta y flexible, a fin de no descartar la cobertura que deben brindar los agentes de salud por el simple hecho de que no se encuentre incorporada expresamente.

En lo que respecta específicamente a la dignidad humana, la CSJN precisó que: la persona discapacitada, aparte de tener dignidad, la que consideró “intrínseca y constitutiva del ser humano”, también tiene “derecho a la salud y, por su especial condición, derecho a la atención integral orientada a la prevención y su rehabilitación, en la medida de sus posibilidades, aun cuando sean mínimas o ínfimas”. Asimismo, resaltó la importancia de proteger el derecho a la vida bajo el fundamento de que “el individuo es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual

los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”<sup>11</sup>. En virtud a ello, subrayó que las entidades públicas y privadas se encuentran obligadas preservar la salud de los pacientes y, mas aún, cuando se encuentran probados los diagnósticos terapéuticos favorables a partir de la ingesta de aceite de cannabidol en pacientes con epilepsia (reducción de convulsiones, control de esfínteres, interacción con el entorno, etc.).

Desde ya, es de mencionar que el reconocimiento de esta obligación en cabeza de los agentes involucrados en el rubro salud ya había sido establecido en el caso “Campodónico de Beviacqua”. En este precedente la madre del menor A. S. B. reclama al Ministerio de Salud y Acción Social, la Secretaría de Programas de Salud y el referido Banco de Drogas Antineoplásicas, para que siga suministrando en forma gratuita una medicación especial (Neutromax 300), a fin de tratar al niño que padecía la enfermedad de Kostman o neutropenia severa. De allí que se recurra a dicho *leading case* como precedente fundante. En esta causa la CSJN había determinado que la

---

<sup>11</sup> CSJN, “Compodonico de Beviacqua Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos: 323:3229, 24 de octubre de 2000). Dicha afirmación ya había sido explicitada por la CSJN en el caso “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, Fallos 316:479, CSJN, 6 de abril de 1993. En la misma línea la Corte también ha mencionado que: “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional. CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, CSJN, 21 de septiembre de 2004”). Por otra parte, la Corte también considera que “la dignidad humana, raíz de todo sistema decente y ordenado de libertad” (CSJN, “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”, Fallos: 342:1777, 29 de octubre de 2019. Asimismo, también puede apreciarse que en la causa “Rodríguez Pereyra”, la Corte considera a la “dignidad humana como imperativo categórico”, y cita una epístola de Séneca dirigida a Lucilo que establece: “el hombre debe ser algo sagrado para el hombre” (homo res sacra homini)”. CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra -e/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, Fallos: 335:2333, 27 de noviembre de 2012. De igual modo, en la causa “Monteserin” la Corte precisa que “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. CSJN, “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, Fallos: 324:3569, 16 de octubre de 2001.

suspensión de la asistencia sanitaria necesaria para el paciente menor de edad lesionaba los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general protegidos por el preámbulo y por los arts. 33 y 42 de la Constitución Nacional.

Otra causa judicial en donde puede apreciarse la concepción ontológica de la dignidad es “Nuñez de Zanetti”<sup>12</sup>. Este caso es importante porque el Estado impone una obligación de cobertura a un proveedor de salud, a pesar de que el origen de la enfermedad fue consecuencia de un tratamiento ilícito al cual se había sometido la accionante. El desarrollo de los hechos y argumentos se encuentran elaborados, en su gran mayoría, en el voto de la Procuradora Fiscal, al cual adhiere el voto mayoritario del fallo. En esta causa la actora padecía una resección de intestino delgado debido a un cuadro de peritonitis grave, causado por haberse sometido a un aborto clandestino (con médicos no especialistas ni afiliados a la cartilla de la empresa de medicina de la cual era afiliada). Este cuadro redujo su alimentación a una nutrición parenteral y, por consiguiente, la actora decidió accionar contra su agente de salud -Famyl S.A.- para exigirle la cobertura de los gastos que requiere dicha alimentación, la cual compromete su salud.

La CSJN rechazó argumentos esgrimidos por la demandada para evitar cubrir los gastos requeridos. Los argumentos que expuso la accionada refieren al origen ilícito de la enfermedad (producto de una práctica clandestina) y la falta de inclusión expresa de la prestación médica solicitada en el Programa Médico Obligatorio. El máximo tribunal dictaminó que los intereses económicos no pueden obstaculizar la concreción de derechos fundamentales como la vida, esto se debe a que la persona es un fin en sí mismo, que está por encima de cualquier otro interés y, por consiguiente, consideró que debe descalificarse el posicionamiento pragmático de la demandada. La

---

<sup>12</sup> CSJN, “Nuñez de Zanetti c/FAMYL Salud s/Amparo”, Fallos: 331:1987, 9 de septiembre de 2008.

Procuradora Fiscal, señaló que el rechazo de la cobertura del insumo médico por parte de Famy S. A. “importó subalternar la supervivencia de este ser humano -en inminente peligro de muerte, sean cuales fueren los antecedentes de ese desenlace crítico-, a razones de utilidad o conveniencia de la empresa, vinculadas al sacrificio económico que se le imponía”. Asimismo, subrayó que: “las entidades de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social, que está por encima de toda arista comercial”.

En esta línea, la Sra. Procuradora, luego de indicar cuáles son las normas del derecho nacional y del derecho internacional que protegen los derechos a la salud y la vida<sup>15</sup>, y refutar los argumentos de la empresa de medicina prepaga, precisó que su fundamento reside en la dignidad humana y que su carácter es *ontológico*. Explicó “conspicuos autores nos ilustran acerca de que la justificación objetiva de aquel derecho es la *dignidad ontológica* de todo ente humano, valor al que califican como privilegiado enlace cualitativo y médula de los derechos humanos” (el énfasis es propio).

De igual modo, como consecuencia de esta concepción de la dignidad, la Sra. Procuradora también resaltó, que: “el contenido material del llamado derecho a la vida (o derecho a la intangibilidad de la vida, o derecho de vivir), es el bien humano básico de la vida, que reclama ser respetado y, en principio, protegido”. En idéntico sentido, entendió a la dignidad como una frontera inquebrantable que debe protegerse y no puede soslayarse, y subrayó que hay límites que no deben ultrapasarse, como, por

---

<sup>15</sup> Entre las distintas normas que protegen la vida y la salud, fueron citadas las siguientes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -art. 12.1-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 4.1 y 5.1-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 6.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. 1-; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 3-; art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

ejemplo, “los que nacen de la dignidad de la persona, sobre la que se asienta todo el ordenamiento”<sup>14</sup>.

Por último, otro fallo interesante en donde la dignidad ontológica adquiere una importancia especial es el caso “Cesar Baldivieso”<sup>15</sup>. En esta causa paradigmática el actor se encontraba ante un dilema tras haber ingerido cápsulas con clorhidrato de cocaína que estallaron en su aparato digestivo. Por un lado, podía elegir solicitar auxilio médico, salvar su vida y correr el peligro de ir a la cárcel por haber intentado consumir el delito de transporte de estupefacientes regulado en el art. 5 de la Ley 23.737 (puesto que el Estado tiene como deber perseguir los delitos y uno de los deberes de funcionario público es denunciarlo)<sup>16</sup>. O, por el contrario, no acudir al médico y evitar así ser denunciado y llevado a la cárcel, bajo riesgo cierto de fallecer. En otras palabras, debía elegir la cárcel o la muerte. Por consiguiente, existía una colisión de valores entre la vida de Cesar y el interés del Estado en perseguir los delitos.

Cesar Baldivieso decidió solicitar auxilio médico y fue internado en el Hospital San Bernardo de la Ciudad de Salta como consecuencia de su delicado estado de salud. El caso fue resuelto por la CSJN que decidió absolverlo, salvaguardando el derecho a la vida por encima de cualquier otro interés. Fundamentó su posición en diferentes argumentos: 1-el delito no había llegado a concretarse; 2-la garantía de que nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo; 3-solicitar auxilio médico no puede

---

<sup>14</sup> Este razonamiento había sido esgrimido con anterioridad en el voto de los Dres. Boggiano y Cavagna en la causa mencionada ut supra: “Bahamondez, Marcelo”.

<sup>15</sup> CSJN, “Baldivieso Cesar Alejandro s/Causa N°4733”, Fallos: 333:405, 20 de abril de 2010.

<sup>16</sup> En lo que respecta a la obligación de persecución de los delitos por parte del Estado, léase el art. 71, que forma parte del Título II del Libro I, del Código Penal Argentino. Este expresa: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas”.

equipararse a un consentimiento libre, ya que una decisión deriva de la aflicción o tortura que provoca la ingesta de las cápsulas; 4-por ende, la extracción de cápsulas no puede ser utilizada como prueba en contra del actor; 5-la ilegalidad de la prueba así obtenida por las autoridades policiales, dado que fue consecuencia de una necesidad inevitable (la comparecencia del imputado al hospital); 6-la importancia de proteger la intimidad que debe imperar en la relación médico-paciente, la cual permite generar la confianza del paciente para con el médico, lo que se manifiesta en un beneficio a la salud; 6-El deber médico de guardar secreto, que no debe ceder ante la inexistencia de un peligro concreto.

Asimismo, en lo que concierne a la dignidad humana, la CSJN estimó que salvaguardar la salud del imputado también implica proteger la dignidad humana, valor que debe reconocerse en toda persona, aunque haya actuado de una manera inmoral. La CSJN entendió, que: “la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general”. De igual modo, agregó que: “el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado”.

Por consiguiente, en los casos jurisprudenciales mencionados puede apreciarse que existe una consideración especial del ser humano, que merece exige un trato respetuoso, con prescindencia de sus accidentes externos -como de una discapacidad- o la consumación de acciones poco decorosas que forman parte de su biografía personal y se vuelven dañinas en el plano individual -como el consumo de

estupefacientes-. Puede observarse que en estas causas los menores “A. S. B.” y “B., C. B.” no realizaron ninguna acción meritoria por la que los agentes de salud o el Estado deban cubrir sus tratamientos médicos. Asimismo, la conducta de Cesar Baldivieso es contraria a la moral pública y a las buenas costumbres, por lo que no merecen ningún tratamiento honorífico. Sin embargo, todos ellos, en virtud a su condición de persona humana, tienen una dignidad inherente que requiere un deber hacer acorde a ella por parte de terceros. Por consiguiente, en estos casos lo primordial no es la autonomía, el proyecto de vida elegido ni cómo el individuo lo concretiza, sino la existencia del ser humano que es valiosa en sí misma.

## 2. *DIGNIDAD FENOMENOLÓGICA O ÉTICA*

### A) *Abordaje doctrinal*

Esta concepción de la dignidad parte del punto de que el hombre es un ser en acción, que incrementa o aminora su dignidad mediante su obrar. Por consiguiente, la dignidad se adquiere y es graduable, no se posee en forma inherente como sucede con la dignidad ontológica. Esta noción de dignidad parte del punto de que el ser humano es libre de decidir cómo actuar ante las diferentes alternativas que se le presentan en un escenario concreto, aunque sin partir del reconocimiento de una naturaleza humana deóntica (Serna, 1998, pp. 35-37). Esta libertad, propia de las criaturas racionales, constituye la posibilidad para ejercer la autonomía de la voluntad, la cual a su vez consiste en la capacidad que tiene un individuo de darse sus propias leyes y regirse en virtud a ellas. Por consiguiente, el ser humano tiene el señorío sobre su propia vida y debe elegir qué proyecto personal realizará mejor los valores en virtud a los cuales decide proyectarla (Dworkin, 2014, pp. 327-328). Se concibe al hombre, en definitiva, como artífice omnímodo de su propia biografía.

Como se indicó con anterioridad este enfoque concibe a la dignidad desde una dimensión dinámica, vinculada con un obrar. El hombre emite juicios de valor y guía su conducta humana hacia el bien o mal que se le presenta en los casos concreto y, en virtud a ello, aumenta o horada su dignidad. A medida en que actúa forma su conciencia y adquiere mayor criterio para guiar su conducta. La experiencia otorga al hombre la información que necesita para orientar su acción mediante la razón. Precisa Iñigo: “si la persona adopta la línea de acción ajustada a lo que en su juicio moral considera correcto, su valor como sujeto moral se incrementará, mientras que, si actúa en sentido opuesto, su valor moral disminuirá” (Iñigo, 2005, p. 339).

Serna advierte que la concepción de la dignidad identificada con la autonomía de la voluntad puede remontarse a una interpretación tergiversada del pensamiento de Kant. El filósofo alemán, en la obra *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, precisa que la dignidad reside en la capacidad de actuar con moralidad, más precisamente, deriva de la capacidad de actuar conforme a la razón y la ley moral. Es debido a la moralidad que el hombre puede participar en la legislación universal y, por tanto, pertenecer a un reino de fines. Expresa Kant: “La naturaleza racional se exceptúa de las demás por fijarse a sí mismo un fin” (Kant, 2014, p. 55). Y, con respecto a la ley universal, detalla que consiste en “no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal” (Kant, 2014, p. 58). Sin embargo, en la actualidad, lo que acontece es que se vincula a la dignidad con la personalidad moral afectiva, es decir, “con el goce fáctico de la capacidad de ejercitar la razón y la voluntad de un modo autónomo” (Serna, 1998, p. 38), lo que implica desvincular la autonomía de la universalidad. Por eso, subraya Serna, que: “Desde los epígonos de Kant se inicia este proceso, en el que el kantiano «reino de la libertad» -que en el filósofo de Königsberg era «reino de los

finés» y de la racionalidad- dará pie a la consideración progresiva del ser humano como libertad pura, que existe para sí misma, aunque debe respetar a los demás” (Serna, 1998, pp. 38-39).

En línea con lo anterior, una corriente contemporánea que se erige como fundamento de la dignidad ética es el existencialismo de Jean Paul Sartre. El filósofo francés sostiene que los individuos no tienen una esencia predeterminada ni un propósito que derive de su naturaleza. Parte de la idea de que el hombre es arrojado al mundo y que debe definir su esencia por medio de sus acciones y omisiones, por consiguiente, la existencia es contingente y el hombre es consciente de ello. En otras palabras, los hombres deben crear su propia esencia a través de su conducta, desarrollando así una responsabilidad moral, siendo la dignidad consecuencia de la libertad individual (Sartre, 2009, pp. 26-27)<sup>17</sup>.

El peligro de esta noción de dignidad consiste en que parte de la idea de que el ser humano requiere efectuar una inversión personal mediante su obrar para incrementar su dignidad. Por consiguiente, quienes no puedan avanzar en este aspecto, sea por imposibilidades externas o internas del individuo, no serán considerados dignos o, en su defecto, su grado de dignidad será mediocre. Hace varios años atrás Karol Wojtyła advertía sobre la existencia de un conjunto de personas, que no tienen voz para defender por sí mismos sus derechos y que, justamente, ante una noción empobrecida dignidad, quedan al margen de ser tratados como seres valiosos -entre ellos, hijos por nacer, discapacitados, personas en estado terminal, etc.- (Juan

---

<sup>17</sup> También detalla Sartre: “El existencialismo ateo que yo represento es más coherente. Declara que, si Dios no existe, hay por lo menos un ser en el que la existencia precede a la esencia, un ser que existe antes de poder ser definido por ningún concepto, y que este ser es el hombre o, como dice Heidegger, la realidad humana” (Sartre, 2009, pp. 29-30).

Pablo II, 1995, ptos. 18-19)<sup>18</sup>. En el mismo sentido se expresa Serna, al advertir que en el mundo contemporáneo puede apreciarse una paradoja como consecuencia se admitir un concepto de la dignidad reducido a la autonomía de la voluntad. Advierte que, por un lado, se enarbolan los derechos de los que tienen voz y, por el otro, mediante su concreción se vulneran los derechos de aquellos que no pueden defenderse por sí mismos (Serna, 1998, pp. 25-26).

Puede observarse que esta noción de dignidad plantea tres desafíos:

En primer lugar, si la dignidad se incrementa por la realización de actos buenos, es menester discernir en virtud a qué criterio puede determinarse que un acto adquiere dicha cualidad. Desde ya, sin una noción clara de cuál es la naturaleza y el fin último del hombre en sociedad, es complejo discernir cuál es el contenido de la dignidad fenomenológica. Esto se debe a que la noción de bien solo puede desarrollarse a partir de la aceptación de una naturaleza perfectible (un referente ontológico) (Serna, 1998, pp. 47-48). En otras palabras, una acción puede ser considerada buena si se encamina a perfeccionar dicha naturaleza. La autonomía de la voluntad, por sí misma, no puede proveer un criterio limitador y orientador para la praxis humana. En caso de ignorarlo, la opción que resta es partir de que el criterio de los que está bien o mal deriva de un pacto social, aunque se tratará de una dignidad humana relativa, sujeta a un

---

<sup>18</sup> Cfr. Juan Pablo II, *Carta Encíclica Evangelium Vitae*, Libreria Editrice Vaticana, 1995, ptos. 18-19. Explica Juan Pablo II: “La teoría de los derechos humanos se fundamenta precisamente en la consideración del hecho que el hombre, a diferencia de los animales y de las cosas, no puede ser sometido al dominio de nadie. También se debe señalar aquella lógica que tiende a identificar la dignidad personal con la capacidad de comunicación verbal y explícita y, en todo caso, experimentable. Está claro que, con estos presupuestos, no hay espacio en el mundo para quien, como el que ha de nacer o el moribundo, es un sujeto constitutivamente débil, que parece sometido en todo al cuidado de otras personas, dependiendo radicalmente de ellas, y que sólo sabe comunicarse mediante el lenguaje mudo de una profunda simbiosis de afectos” (Juan Pablo II, 1995, pto. 19).

solapamiento de voluntades y que, en la práctica, conducirá a una defensa endeble de los derechos humanos.

En segundo lugar, es necesario discernir si los actos que incrementan la dignidad de una persona son solo los realizados por ella misma o si, por el contrario, también deben tenerse en cuenta los de terceros. Esto implica indagar si por ética debe entenderse una ética individual o una ética social, es decir, se debe determinar si el individuo debe hacer lo que prescribe su conciencia o lo que dicta la sociedad a la cual pertenece. Responder a este interrogante es importante porque los juicios valorativos de las personas difieren entre sí y, por consiguiente, en sociedades cosmopolitas la ética individual no siempre coincide con la ética social (Iñigo, 2005, p. 340).

En tercer lugar, no se puede negar que las circunstancias en donde los actos se desarrollan afectarán la dignidad de las personas, puesto que el obrar es posible si acaecen ciertas circunstancias que permiten forjar un determinado proyecto de vida. Estas circunstancias se encuentran vinculadas con la existencia de una sociedad y sus ideales. Por consiguiente, la concepción ética de la dignidad también exige determinar cuáles son las condiciones mínimas que hacen al bien común y que deben asegurarse para que las personas puedan proyectar su vida de una manera armónica y alcanzar un desarrollo moral, partiendo de la idea de que en una comunidad pluralista estos pueden diferir. De allí la relevancia que tiene el derecho para lograr la vida en conjunto, delimitando la esfera particular de los individuos y estableciendo criterios comunes para regular las conductas de los ciudadanos en la arena pública (Iñigo, 2005, pp. 346-347).

Desde ya, si bien estos son cuestiones que merecen ser abordadas para tener una idea acabada de lo que implica concebir a la dignidad desde un enfoque ético, lo que sí corresponde resaltar es que dicho modo de comprender la dignidad, vinculada

con un obrar, parte del punto de que el hombre es un ser autónomo y, por ende, capaz de darse sus propias normas y actuar en consecuencia, para incrementar o aminorar su valía personal. De allí que se identifique a esta concepción de la dignidad con la autonomía personal y la importancia de diseñar y desarrollar un proyecto de vida.

*B) Abordaje jurisprudencia: La dignidad ética en la CSJN*

Los fallos en los que la CSJN apela a esta concepción de la dignidad se encuentran vinculados a categorías como la intimidad, la libertad de conciencia, la libre disposición sobre el propio cuerpo, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Mediante su invocación se exige por parte de terceros un comportamiento determinado que, por lo general, está asociado a un “dejar hacer”, es decir, a una no obstaculización del ejercicio de los derechos que se reclaman. Pretensión que está acompañada de la defensa de un Estado Liberal en detrimento de un Estado Paternalista. De allí que uno de los artículos constitucionales a los que se recurra para defender dichas libertades sea el art. 19 de la CN que regula el principio de reserva personal.

Una clase de fallos en donde la CSJN aborda el concepto de la dignidad humana, desde un enfoque ético, son aquellos vinculados con la negación de ciertos sujetos de recibir transfusiones de sangre en virtud a sus propias creencias personales. En este aspecto, puede citarse el fallo “Bahamondez”<sup>19</sup>. Dicha causa constituye un precedente en fallos posteriores que abordan casos de rechazo de tratamientos médicos bajo el

---

<sup>19</sup> CSJN, “Caso Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, Fallos 316:479, 6 de Abril de 1993. Es menester resaltar que cuando la CSJN resuelve el presente fallo la causa ya había devenido abstracta porque el paciente ya no se encontraba en peligro.

fundamento de la protección de la autonomía de la voluntad (como podría ser, el caso “Albarracini”<sup>20</sup>)

En el caso “Bahamondez”, el actor había sido internado en el Hospital Regional de Ushuaia como consecuencia de una hemorragia digestiva, con melena y anemia, lo que hacía peligrar su vida. Como testigo de Jehová, se negó a recibir transfusiones de sangre, por ser una práctica contraria a sus creencias. En dicho caso puede observarse un conflicto de intereses. Por un lado, el valor vida y el consecuente deber de los médicos de un hospital público de salvaguardarla y, por el otro, la libertad religiosa que práctica el paciente y su convicción de honrarla a todo precio. La CSJN se expide a favor de respetar la voluntad de Bahamondez, es decir, acata su negativa a recibir transfusiones de sangre en virtud a los siguientes argumentos: 1-la mayoría de edad y el consentimiento maduro de Bahamondez para discernir cuáles son los riesgos que podría generar su negativa a recibir transfusiones de sangre; 2-el respeto a su libertad religiosa, con base en el art. 14 de la Constitución Nacional, en donde se entiende que la libertad de culto debe salvaguardarse<sup>21</sup>. 3-La obligación de los médicos tratantes de respetar la decisión del paciente, con base en el art. 19 de la Ley 17.132 de Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, que regula en forma categórica que los profesionales que ejercen el arte de la medicina tienen la obligación de “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”;

---

<sup>20</sup> En este caso el Sr. Jorge Albarracini, padre del paciente internado mayor de edad, solicita a la CSJN que autorice a los médicos tratantes a practicarle transfusiones de sangre como consecuencia de un intento de robo que había sufrido y en virtud de ello su cuadro clínico era grave (padecía un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundario). La CSJN niega este pedido porque el enfermo era Testigo de Jehová y había brindado directivas anticipadas, declarando en forma escrita con certificación de escribano, que no acepta transfusiones de sangre, aunque peligró su vida. CSJN, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, Fallos 316:479, 1 de junio de 2012.

<sup>21</sup> Este derecho ya había sido defendido en “Glaser, Benjamín Abel s/ int. recurso de inaplicabilidad de la ley s/ exc. Militar”, CSJN, 265:336, 23 de septiembre de 1966.

4- La falta de amenaza de un posible daño contra la moral, el orden público y las buenas costumbres de la sociedad; 5-el mandato del art. 19 de la Constitución Nacional que establece que las acciones que no perjudiquen al orden público quedan reservada solo a Dios y al margen de la voluntad de los jueces, al tiempo que agrega que dicha manda: “concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida de cuanto le es propio”<sup>22</sup>.

En este caso se observa que se priva a las autoridades publicar de inferir en la esfera personal, puesto que podría implicar que el individuo se vea obligado a efectuar elecciones forzadas, vulnerando así su conciencia. De allí que la Corte relacione el ámbito de inmunidad de coacción con la autonomía de la persona humana. Expresa en cuanto a la libertad de conciencia: “En su faz positiva, constituye un ámbito de autonomía jurídica que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común”<sup>23</sup>.

En relación al derecho a la libertad religiosa, la CSJN apeló al precedente judicial “Agüero” y precisó que esta supone la libertad de conciencia, consistente en “no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales”. Asimismo, la Corte también apeló a la doctrina del caso “Ekmekdjian”, en donde determinó que los sentimientos

---

<sup>22</sup> Esta causa también se encuentra vinculada con el fallo “Agüero, Carlos Antonio c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 214:139, 1949, en donde se sostuvo que: “se sostuvo que la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales”

<sup>23</sup> En relación a los límites del orden público véase el precedente: “Lopardo, Fernando Gabriel s/ insubordinación”, 304:1524, CSJN, 26 de octubre, 1982. Esta causa es mencionada en el fallo analizado.

religiosos constituyen parte integrante del sistema pluralista de creencias adoptado por la Constitución Nacional<sup>24</sup>.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que, en aras a concretizar la voluntad del Sr. Bahamondez, y evitar conjeturas desviadas, como podría ser la permisión de la eutanasia, la CSJN diferenció esta última figura del rechazo a recibir transfusiones de sangre teniendo en cuenta los móviles que mueven a cada una de dichas peticiones. El máximo tribunal sostuvo que: “Existe, entonces, una importante diferencia entre el contenido de la acción desplegada por el promotor o el cómplice de la eutanasia y el de la conducta del objetor de conciencia”. Y, en virtud a este último precisó quien ejerce la objeción de conciencia “no busca el suicidio, tal como insistentemente se expresa en el recurso extraordinario, sin que se observen razones para dudar de la sinceridad de esta alegación. Tan solo pretende mantener incólumes las ideas religiosas que profesa”. Asimismo, en virtud a dicha diferencia resaltó: “Por ello, la dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanguínea”. En la misma línea, y en aras a rechazar la eutanasia y subrayar, agregó que: “En estos supuestos *-los de eutanasia-*, no existe óbice constitucional para el castigo tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues constituyen manifestaciones de una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no son susceptibles de tutela ni tolerancia jurídicas”<sup>25</sup> (el énfasis es propio).

Por último, un aspecto importante a considerar es que la doctrina de la autonomía de la voluntad en virtud de la cual se reconoce una serie de libertades personales como propias de la esfera personal, tiene como precedente inaugural el

---

<sup>24</sup> “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”, 315:1492, CSJN, 7 de julio de 1992.

<sup>25</sup> “Caso Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, Fallos 316:479, CSJN, 6 de abril de 1993. [Link](#)

caso de la CSJN titulado “Ponzetti Balbín”<sup>26</sup>. En esta causa, una persona (figura política) se encontraba internada en una situación delicada de salud, y una Editorial obtiene y publica fotografías íntimas de su situación en terapia intensiva. Allí el máximo tribunal explicitó que la esfera de intimidad (protegida por el art. 19 CN) se encuentra constituida por “sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo”. Asimismo, resaltó que: “el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”. Por esta razón, resaltó que “nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no estimadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión”. En este aspecto, la Corte entendió que la excepciones se encuentran vinculadas con la existencia de “un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.

A modo fortalecer su decisión a favor salvaguardar la voluntad de Bahamondez y resaltar obligación médica de proceder de igual modo, la CSJN apeló a un fallo de la jurisprudencia alemana que sostiene la antijuricidad de las intervenciones quirúrgicas cuando están exentas del consentimiento del paciente. En dichos autos puede vislumbrarse la relación que existe entre la autonomía de la voluntad y la dignidad humana. Precisa: "Nadie puede asumir el papel de juez para decidir bajo cuáles

---

<sup>26</sup> “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 306:1892, CSJN, 11 de diciembre de 1994. [Link](#)

circunstancias otra persona estaría razonablemente dispuesta a renunciar a su inviolabilidad corporal con el objeto de curarse. Este principio también es vinculante para el médico”. En este aspecto, en cuanto a la dignidad humana, agregó que: “Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico -aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico- realizase, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél”. Esto se debe a que “aun un enfermo en peligro de muerte puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia”.

Otra clase de fallos que ilustra la concepción de la dignidad fenomenológica son los que abordan causas de consumo personal de estupefacientes. Un fallo que puede citarse es “S. M. D.”<sup>27</sup>. En dicho caso el sujeto imputado se encontraba privado de su libertad en un establecimiento penal y el personal carcelario encontró en su poder cantidades pequeñas de estupefacientes. Aquí entran en conflicto distintos intereses que comprometen la dignidad del sujeto actor, por una parte, la libertad de consumir estupefacientes (a pesar de que pueda generar un daño a la propia salud y pueden amenazar el bien jurídico salud pública); y, por otra, el deber del Estado de punir la tenencia y comercialización de drogas.

Ya, con anterioridad, Fayt, exjuez de la CSJN, en una causa similar de consumo de estupefacientes, había expresado: “lo que se encuentra en juego a la hora de tratar el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal -a ello y sólo a

---

<sup>27</sup> “S. M. D. s/ incidente de recurso extraordinario”, CSJN, 30 de agosto de 2022, - MJ-JU-M-138259-AR - 30 de agosto de 2022. Véase fallo en [link](#) (último acceso 13-08-2024).

ello se circunscribe el presente recurso- es la "adecuada protección de la dignidad (...), los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad"<sup>28</sup> (Caso Arriola)

En dicha causa la CSJN dictaminó que, la tenencia de estupefacientes para consumo personal, siempre que sea en cantidades pequeñas, no debe ser penada. De allí que declaró la inconstitucionalidad del art. 14 Ley 23.737 que castiga dicho delito. Fundamentó esta decisión en diferentes argumentos (algunos de los cuales ya fueron precisados en la causa "Bahamondez"), entre ellos: 1-en el principio de reserva del art. 19 de la CN que protege el derecho a la privacidad, que queda exento de la autoridad de los órganos estatales, aunque bajo la condición de que no afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres; 2-el principio de lesividad según el cual, si no se encuentran realmente afectados los bienes jurídicos que la normativa salvaguarda -como, por ejemplo, la salud pública, seguridad pública o combate al narcotráfico-, no debe haber castigo alguno; 3-la necesidad de evitar la intromisión indebida del Estado en el ámbito personal de libertad del imputado, siendo que el derecho a la privacidad está garantizado por la Carta Magna; 4-la subsistencia de ciertos derechos de los presos, que no se pierden por el hecho de estar privado de la libertad; 5- el respeto de la esfera de autodeterminación que debe garantizarse en un Estado de Derecho; 6- la falta de fundamentación de la pena en virtud a "delitos abstractos" o por la mera posibilidad de evitar delitos a futuro; 7-el rol de víctima de los pequeños tenedores de estupefacientes (individuos adictos y vulnerables), puesto que se encuentran a merced de los narcotraficantes que comercializan drogas en

---

<sup>28</sup> "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080", CSJN; 25 de agosto de 2009, Fallos: 332:1963.

grandes cantidades y hacen de ella un negocio, constituyendo un verdadero peligro para la sociedad.

Desde ya, esta doctrina, a favor del consumo de estupefacientes para uso personal, fue sostenida en precedentes judiciales anteriores como en “Bazterrica” y “Capalbo. Sin embargo, corresponde mencionar que esta doctrina, a favor de la tenencia y el consumo personal, no es homogénea en la jurisprudencia de la CSJN. También pueden encontrarse causas adversas como “Montalvo” que estableció que es legítima la pena privativa de la libertad por tenencia de estupefacientes para consumo personal. Y, en la misma línea, puede citarse el caso “Colavini”<sup>29</sup>.

Una causa semejante a “S. M. D.” que merece ser destacada es el fallo “Arriola” (aunque no pertenece a un contexto de encierro) en donde puede observarse un análisis jurisprudencial de la CSJN más profundo. Allí, la CSJN resaltó la importancia del principio de reserva (art. 19) que protege un ámbito libre de injerencia estatal y, asimismo, subrayó que la vulneración de la autonomía de voluntad, como consecuencia de prohibir el consumo de estupefaciente, denigra la dignidad humana. Expresó el juez Lorenzetti: “El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata solo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea”. En el mismo sentido, el Juez Fayt advirtió, que: “Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso

---

<sup>29</sup> “Gustavo Mario Bazterrica s/ tenencia de estupefacientes”, 308:1392, 29 de agosto de 1986, CSJN. “Capalbo Alejandro Carlos s/tenencia de estupefacientes”, Fallos: 308:1392, 29 de agosto de 1986, CSJN.

penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece, así como la afectación a su dignidad”<sup>30</sup>.

Puede observarse que esta posición sobre el consumo de estupefacientes y la dignidad humana exige un rol determinado del Estado. La Corte rechazó la postura paternalista del Estado y consideró que esta acontece en un doble sentido: 1-en un sentido negativo, cuando el Estado impide que el individuo pueda elegir y desarrollar su propio proyecto de vida según los valores que considera adecuado, por ejemplo, castigando dichas elecciones mediante la coacción y vulnerando el ámbito de libertad moral. De allí que precise: “La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización”. 2-En un sentido positivo: cuando establece, impone o promueve una moral determinada sobre la manera adecuada de comportarte, prefiriendo ciertos proyectos de vida en detrimento de otros, a partir de casos en donde no existe peligro para terceros, la moral pública y las buenas costumbres. De allí que explicita la necesidad de promover un Estado Liberal y separar el derecho de la moral individual<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Véase que en el fallo parece que convergen las dos nociones de dignidad humana: la ontológica y la ética. Pues, en ciertos considerando, habla de un valor inherente a la persona, pero al mismo tiempo destaca que la dignidad se encuentra vinculada con la “elección de un estilo de vida personal”, libre de impedimentos estatales. “Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ Infracción de la Ley 20.771”, 313:1333, 11 de diciembre de 1990, CSJN. “Colavini, Ariel Omar s/Infracción Ley 20.771, 300:254, 23 de marzo de 1978, CSJN.

<sup>31</sup> El fallo cita al prócer Juan Manuel Estrada: “El mismo Estrada es quien señala que el artículo 19 consagra con claridad la separación del derecho y la moral individual, decidiendo de una vez y para siempre, entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona: a la primera actitud la califica de “pagana y socialista” y a la segunda de “cristiana y liberal” (loc. cit.)”. También expresa en cuanto al Estado, que: “Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil”, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues “aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo

En este aspecto, en cuanto al rol del Estado, la Corte hizo referencia al caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que criticó la postura paternalista del Estado por ser lesiva a la autonomía de la voluntad. Expresó: “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen”<sup>32</sup>.

Asimismo, corresponde mencionar que dicha tesitura a favor de la autonomía de la voluntad como límite a la coacción estatal también fue aducida en el caso “Gramajo”, en donde la CSJN ahonda en el concepto de “peligrosidad”, categoría sospechosa que a veces el Estado utiliza para ejercer su coacción y salvaguardar el orden público. Allí, el máximo tribunal dictaminó, que: “En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo,

---

que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor (Locke, John, “Segundo Tratado sobre el gobierno civil”, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990)”.

<sup>32</sup> “Ximenes Lopes vs. República Federativa del Brasil”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006. Serie C N°. 149.

sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad”<sup>33</sup>.

Por consiguiente, la Corte entiende que la garantía del principio de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional es un baluarte fundamental elaborado a partir de “la pluma de los hombres de espíritu liberal”, y que su importancia reside en que garantiza un ámbito de acción en el cual todo individuo pueda elegir y sostener un proyecto de vida propio. Por consiguiente, la idea de libertad y de “proyecto personal” se erigen como propósitos fundamentales que hacen a la dignidad humana. Por eso, la CSJN también esgrimió que “toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional), salvo, claro está, que “constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”.

En conclusión, en virtud a los fallos abordados con antelación, puede observarse que, en la negativa de Bahamondez de recibir tratamientos médicos, la persona privilegia su elección, aunque haga peligrar su vida. Lo mismo sucede en la causa “S. M. D.” y “Arriola” en donde los imputados eligen consumir estupefacientes, poniendo en riesgo su salud. En estos casos se considera a la dignidad desde un enfoque fenomenológico, y es entendida como el valor que tiene una persona de elegir qué proyecto de vida desea para sí, y cómo materializarlo, sin la intromisión de terceros, la cual se encuentra por encima de cualquier otro valor. La dignidad humana no descansa en el reconocimiento de una naturaleza humana normativa que exija un deber determinado de comportarse y, por tanto, oriente a la libertad (esto queda a merced del sujeto que actúa bajo el único límite de no dañar a terceros ni vulnerar el

---

<sup>33</sup> “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa N° 1573C-”, 5 de septiembre de 2006, CSJN, 329:3680.

bien común). Por tanto, son los sujetos quienes deciden a qué ética adherir, de allí que se propicie un estado liberal. Por esta razón la Corte identifica a la dignidad humana con la autonomía de la voluntad, y sostiene que lo que es inviolable y primordial, es el señorío sobre el propio cuerpo. Desde ya, no puede negarse que en estas causas el *hacer o dejar hacer*, prima sobre la salvaguarda del *ser*.

### **3. CONCLUSIÓN**

En conclusión, como puede advertir, la dignidad humana es un concepto complejo, que admite distintas conceptualizaciones, sea que se lo entienda como un valor inherente en la persona o como autonomía de la voluntad. De allí que Ronald Dworkin la entienda como un concepto interpretativo sobre el cual existen desacuerdos para definirla entre los partícipes de una práctica social.

Dichas formas de comprender a la dignidad humana son utilizadas por la Corte Suprema de Justicia con diferentes propósitos. Si bien se han tratado de elegir casos que sean lo más “puros posibles” en cuanto a cómo los jueces utilizan o apelan a la dignidad humana. Lo cierto es que, en muy pocos casos los magistrados especifican a qué concepción de la dignidad están haciendo referencia cuando se recurren a ella, al punto que a veces sus usos se confunden. Tampoco se advierte un esmero loable por identificar cuál es el fundamento que descansa en una u otra concepción de la dignidad humana, lo que complejiza aun más discernir a qué acepción se están refiriendo. Por esta razón se comenzó el siguiente artículo explicando, desde la doctrina, las concepciones ontológica y ética de la dignidad humana.

En este artículo se partió de la idea de que, la forma de identificar el concepto de la dignidad humana, es tratando de dilucidar qué se entiende por ella, si, por ejemplo, se la concibe como un valor que exige la protección de un proyecto de vida

personal que salvaguarda una esfera de libertad de la intromisión de terceros para actuar libremente y erigir el propio futuro, aunque ocasionar daños a la salud o la vida de la persona (como decidir consumir estupefacientes o negarse a recibir transfusiones de sangre). O, por el contrario, si se la entiende como un principio intrínseco de la naturaleza humana que requiere un trato respetuoso por parte de terceros, para que la persona pueda seguir subsistiendo cuando su vida o salud se encuentren comprometidas (como, por ejemplo, cuando la cobertura de asistencia médica, sea de un medicamento o una terapia determinada esté siendo amenazada). Estos son casos en donde la persona no realiza ninguna acción meritoria o heroica para exigir un obrar determinado por parte del otro, simplemente su cuadro de salud o situación en la que se encuentra requiere un trato acorde acorde a la naturaleza humana, puesto que se la considera de un carácter normativo (exige del otro una forma determinada de proceder).

Por consiguiente, el primer paso consiste en reconocer que la dignidad es valiosa a diferencia de lo que postulan corrientes iusfilosóficas escépticas. La dignidad humana constituye un concepto importante en el mundo jurídico que deviene en el fundamento de los derechos y, cuando se trata de argumentar a favor o en contra de un derecho subjetivo determinado, se recurre a ella para otorgarle fuerza y congruencia a la posición defendida.

Lo que queda como desafío, con respecto a la dignidad ontológica, es discernir qué comportamientos exige por parte de terceros el reconocimiento de que una persona, por el simple hecho de ser humano, tiene un valor en sí mismo que debe ser respetado. Desde ya, esto implica preguntarse por cuál es la causa origen y la causa final del hombre, en otras palabras, por qué recurre al principio de la dignidad y para qué. Por su parte, con respecto a la dignidad ética, el desafío no solo consiste en

discernir qué proyectos de vida hacen que sean más valiosos que otros y, en consecuencia, por qué el Estado o terceros deberían proteger unos y rechazar otros. La línea entre las acciones que quedan protegidas por la esfera de reserva personal, libre de toda intromisión ajena, que exige la autonomía de la voluntad, y el deber del Estado de proteger el orden público, es difusa, y se necesitan criterios razonables y precisos para delimitarlo.

Desde ya, como expresa Zambrano, más allá de estas diferencias en cuanto a las distintas concepciones de la dignidad, es necesario pensar en un analogado principal de la dignidad humana que pueda ayudar a discernir qué usos de la dignidad son correctos y que otros incorrectos. Caso contrario, el riesgo de licuar el concepto de la dignidad de toda referencia con respecto a una persona es elevado y, por ende, la ininteligibilidad y desinterés por la dignidad humana devienen patentes (Zambrano, 2022, p. 336). No es atinado exigirles a los jueces que sean expertos en filosofía, pero sí que conozcan los problemas filosóficos que subyacen respecto al concepto de la dignidad humana, los cuales tienen que ver con su vínculo con la realidad y, en virtud a ello, con su capacidad para fundamentar los derechos humanos y delimitarlos (Dworkin, 2010, pp. 25-26).

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

##### *1. LIBROS*

Aquino, T. (2001). *Suma de Teología, 4° ed, Trad. José Martorell Capó*, Biblioteca de Autores Cristianos.

Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*, Editorial Trotta.

Cordero Gordillo, V. (2011). *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch.

Cotta, S. (2000). *¿Qué es el derecho?*, Trad. José Joaquín Blasco, Ediciones RIALP.

Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*, trad. por Cristóbal Orrego, Abeledo-Perrot.

González Pérez, J. (1986). *La dignidad de la persona*, Civitas.

Kant, E. (2014). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres - Crítica de la razón práctica - Hacia la paz perpetua*, trad. Roberto R. Aramayo, Editorial Gredos.

Kelsen, H. (2008), *¿Qué es la justicia?*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara.

Peces-Barba, G. (2002). *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Editorial Dykinson.

Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Editorial Ábaco.

Sartre, J., P. (2009). *El existencialismo es un humanismo*, Trad. Victoria Praci de Fernández. Editorial Edhasa.

Saussure, F. (1986). *Curso de lingüística general*, trad. Amado Alonso, Losada.

## 2. ARTÍCULOS

Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (5), 75-95.

- Andorno, R. (2001). La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el genoma humano. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, (14), 41-54.
- Avila Mayor, A. (2008). ¿Qué es la Justicia?: de Hans Kelsen. *Frónesis*, 15(3), 151-157.
- Carozza, P. (2024). La dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el caso «Beatriz y otros vs. El Salvador», en: Ranieri de Cechini, D., Calderone, S. (Dirs.). Traverso, L. M. (Coord.). *El aborto ante la Corte IDH: a propósito del caso “Beatriz Vs. El Salvador”*, El Derecho.
- Cianciardo, J. (2004). Modernidad y falacia naturalista. *Revista Dikaion*, (13), 27-42.
- Correas Massini, C. (2021). Dignidad humana, gobierno del derecho y razón práctica. *Revista Jurídica Austral*, 2(1), 7-31.
- Dworkin, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿Pueden ser filósofos? *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, (32), 7-30.
- Glendon, M. (2012). La soportable levedad de la dignidad. *Persona y Derecho*, (67), 253-262.
- Gordillo Álvarez-Valdés, L. (2008). ¿La autonomía, fundamento de la dignidad humana? *Cuadernos de Bioética*, XIX(2), 237-256.
- Iñigo, M. (2005). La dignidad humana, fundamento del Derecho. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (27), 325-356.
- Juan Pablo II. (1995). *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Libreria Editrice Vaticana.
- Jürgen, S. (2000). La dignidad del hombre como principio regulador en Bioética. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (13), 25-42.

- Landa Arroyo, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et Veritatis*, (21), 10-25.
- Macklin, R. (2003). Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*.
- Massini Correas, C. I (1995). La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales. *Sapientia*. (50), 99-105.
- Pinker, S. (2008). The Stupidity of Dignity. *The New Republic*.
- Sacristán, E. (2017). El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Prudentia Iuris*, (84), 41-72.
- Serna, P. (1995). La dignidad de la persona como principio de Derecho Público. *En Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 2(4), 287-306.
- Serna, P. (1998). El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo. En Massini Correas, C. y Serna, P. (Eds.), *El derecho a la vida*, (23-79), EUNSA.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Revista Persona y Derecho*, (19), 13-33.
- Spijkers, O. (2022). “New” Human Rights and Human Dignity. *Cambridge Core Blog*.
- Zambrano, P. (2022). La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de la dignidad en la argumentación judicial. *Prudentia Iuris*, (94), 309-344.

### 3. JURISPRUDENCIA

- CSJN, “Agüero, Carlos Antonio c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos: 214:139, 1949.

CSJN, “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”, Fallos: 345:730, 23 de agosto de 2022.

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, CSJN, 21 de septiembre de 2004.

CSJN, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, 1 de junio de 2012, Fallos 316:479.

CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, 25 de agosto de 2009, Fallos: 332:1963.

CSJN, “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”, Fallos: 345:730, 23 de agosto de 2022.

CSJN, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Fallos 316:479, 6 de abril de 1993.

CSJN, “Baldivieso Cesar Alejandro s/ Causa N°4733”, Fallos: 333:405, 20 de abril de 2010.

CSJN, “Bazterrica Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”, Fallos: 308:1392, 29 de agosto de 1986.

CSJN, “B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo”, 21 de octubre de 2021, Fallos: 344:2868.

CSJN. “Capalbo Alejandro Carlos s/ tenencia de estupefacientes”, Fallos: 308:1392, 29 de agosto de 1986.

CSJN. “Colavini, Ariel Omar s/Infracción Ley 20.771, Fallo: 300:254, 23 de marzo de 1978.

CSJN, “Compodonico de Beviacqua Ana Carina C/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos: 323:3229, 24 de octubre de 2000.

CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492, 7 de julio de 1992.

CSJN, “Glaser, Benjamín Abel s/ int. recurso de inaplicabilidad de la ley s/ exc. Militar”, 265:336, 23 de septiembre de 1966.

CSJN. “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa N° 1573C-”, 5 de septiembre de 2006, Fallos: 329:3680.

CSJN, “Lopardo, Fernando Gabriel s/ insubordinación”, Fallos: 304:1524, 26 de octubre, 1982.

CSJN, “Nuñez de Zanetti c/FAMILYL Salud s/Amparo”, Fallos: 331:1987, CSJN, 9 de septiembre de 2008.

CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios”, Fallos: 306:1892, 11 de diciembre de 1994.

CSJN, “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”, 342:1777, 29 de octubre de 2019.

CSJN, “Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ Infracción de la Ley 20.771”, Fallos: 313:1333, 11 de diciembre de 1990.

CSJN, “Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, Fallos: 324:3569, 16 de octubre de 2001.

CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra e/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, Fallos: 335:2333, CSJN, 27 de noviembre de 2012.

CSJN, “S. M. D. s/ incidente de recurso extraordinario”, 30 de agosto de 2022, MJ-JU-M-138259-AR.

CIDH, “Ximenes Lopes vs. República Federativa del Brasil”, 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Por:

Milagros

Maraví Sumar\*

Sheyla

Llaczá Romero\*\*

*LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE  
ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS  
CUANDO SE ENCUENTRA EN TRÁMITE UN  
PROCESO JUDICIAL: A PROPÓSITO DEL  
CUESTIONAMIENTO RELATIVO A LA  
PROHIBICIÓN DE UTILIZAR LA TERCERIZACIÓN  
LABORAL PARA LAS ACTIVIDADES QUE  
COMPRENDE EL “NÚCLEO DE NEGOCIO”*

**Resumen**

Este artículo analiza la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial, teniendo como referencia el procedimiento por medio del cual se cuestiona la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”. De esta manera, se explica las razones por las cuales se considera que la sola existencia de un proceso judicial en trámite no debería justificar la suspensión del procedimiento, siempre y cuando la autoridad administrativa cuente con elementos que permitan evidenciar que, independientemente de lo que se resuelva en la vía jurisdiccional, se ha constituido una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad que requiere ser inaplicada a favor de los administrados y agentes económicos en el país.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, socia que lidera el Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio, Leguía, Normand. Máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, con estudios en la Maestría de Gestión Pública de la Universidad Continental y Certificación en Asociaciones Público Privados en Perú: Experiencias, Normativa y Pautas para impulsar su desarrollo. Directora de la Corporación Financiera de Desarrollo - COFIDE. Correo electrónico: [mmaravi@rubio.pe](mailto:mmaravi@rubio.pe)

\*\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, asociada senior del Área de Derecho Administrativo del Estudio Rubio, Leguía, Normand. Máster en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid. Tiene Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Especialización en Derecho Administrativo por la Universidad ESAN. Integrante del Consejo de Apoyo Institucional de la Asociación Civil Derecho & Sociedad. Correo electrónico: [shey.llacza@gmail.com](mailto:shey.llacza@gmail.com)

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

### Abstract

The authors analyze the suspension of the procedure for the elimination of bureaucratic barriers when a judicial process is pending, taking as a reference the administrative procedure through which the prohibition of using outsourcing for activities that make up the "core business" is questioned. In this regard, they explain the reasons why it is considered that the mere existence of a pending judicial process should not justify the suspension of the administrative procedure, provided that the administrative authority has elements that allow it to prove that, regardless of what is resolved in judicial proceeding, an illegal and/or unreasonable bureaucratic barrier has been established that must be disapplied in favor of citizens and economic agents in the country.

**Palabras clave:** Decreto Supremo N° 001-2022-TR, tercerización laboral, barreras burocráticas, suspensión de procedimiento, proceso judicial.

**Keywords:** Supreme Decree N° 001-2022-TR, labor outsourcing, bureaucratic barriers, suspension of administrative procedure, judicial process.

### Sumario

***I. INTRODUCCIÓN. II. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS SEDES JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVA, RESPETANDO EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. III. LA EXCEPCIONALIDAD COMO FUNDAMENTO PARA SUSPENDER EL TRÁMITE DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y, EN ESPECÍFICO, DE UN PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS. 1. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ACUERDO CON LA NORMATIVA GENERAL. 2. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS. A) Suspensión del procedimiento administrativo de acuerdo con la LOF. a) Suspensión del procedimiento administrativo de acuerdo con la Ley. b) La sola presentación de una acción judicial no implica la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.***

**IV. PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL DECRETO SUPREMO N°001-2022-TR. V. INTERPOSICIÓN DE ACCIONES POPULARES Y DENUNCIAS DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS CONTRA EL DECRETO SUPREMO N°001-2022-TR. 1. INTERPOSICIÓN DE ACCIONES POPULARES ANTE EL PODER JUDICIAL. 2. INTERPOSICIÓN DE DENUNCIAS DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS ANTE EL INDECOPI. VI. ANÁLISIS DE LA SUSPENSIÓN DEL PRIMER PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS CONTRA EL DECRETO SUPREMO N°001-2022-TR. 1. POSICIÓN DE LA CEB Y LA SEL. 2. ¿ERA APLICABLE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO? VII. LA NO TRASCENDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DEL PRIMER PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS CONTRA EL DECRETO SUPREMO N°001-2022-TR. 1. LA CEB NO SE ENCUENTRA EN LA OBLIGACIÓN DE SUSPENDER LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE ENCUENTRAN SIENDO EVALUADOS EN PRIMERA INSTANCIA. 2. NO SE SUSPENDEN, AUTOMÁTICAMENTE, LOS DEMÁS PROCEDIMIENTOS PRINCIPALES DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS EN PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA. 3. NO SE QUEDAN SIN EFECTO Y/O SUSPENDEN LAS MEDIDAS CAUTELARES OTORGADAS POR LA CEB Y/O CONFIRMADAS POR LA SEL. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tiene por finalidad eliminar barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restringen u obstaculizan el acceso o la permanencia de los administrados y agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

No obstante, no es inusual que, durante la tramitación de este procedimiento, se interpongan acciones ante el órgano jurisdiccional (por ejemplo, un amparo o acción popular), con el objeto de cuestionar la validez de aquello que a su vez materializa la barrera burocrática. Dado que las materias que son evaluadas en las sedes jurisdiccional y administrativa tienen diferente finalidad y efectos, la sola existencia de un proceso judicial no debería justificar la suspensión del procedimiento hasta que se cuente con una sentencia con calidad de cosa juzgada.

De esta manera, el objetivo del presente artículo es analizar la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial, teniendo como referencia el procedimiento por medio del cual se cuestiona la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”. Así, se sustenta que, independientemente de lo que se resuelva en la vía jurisdiccional, si la autoridad administrativa cuenta con elementos para determinar que se ha constituido una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, entonces debería declararla e inaplicarla a favor de los administrados y agentes económicos en el país.

Para ello, explicaremos sobre la resolución de controversias en las sedes jurisdiccional y administrativa, respetando el principio de separación de poderes y el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional; la excepcionalidad como fundamento para suspender el trámite de un procedimiento administrativo y, en específico, de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas; las principales disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, normas que regulan los servicios de tercerización (en adelante, el “Decreto Supremo N° 001-2022-TR”); la interposición de acciones

populares y denuncias de eliminación de barreras burocráticas contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR; el análisis de la suspensión del primer procedimiento de eliminación de barreras burocráticas contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR; y, la no trascendencia de la suspensión del primer procedimiento de eliminación de barreras burocráticas contra dicha norma.

**II. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS SEDES JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVA, RESPETANDO EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

El Perú es un Estado Constitucional de Derecho, por lo que se rige por el principio de separación de poderes, de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la “Constitución”). Dicho artículo dispone que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana; el Estado es uno e indivisible; así como su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

A saber, el Tribunal Constitucional ha afirmado que este principio posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. Ello debido a que, entre otros, en nuestro ordenamiento, también es aplicable el principio de balance entre poderes, el cual se refiere a la existencia de mecanismos de coordinación, control recíproco y equilibrio entre poderes (STC, Expediente N° 0006-2019-CC/TC).

En la misma línea, el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional la independencia en el ejercicio jurisdiccional; ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones<sup>1</sup>. En razón este principio, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en alegar que *“el referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial (STC, Expediente N°00514-2021-PA/TC).”*

De ahí que, en el marco de los principios de separación de poderes e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, los órganos jurisdiccionales y determinadas entidades de la Administración Pública puedan conocer y resolver controversias entre, respectivamente, privados y administrados. Inclusive, en el ámbito administrativo, una entidad pública puede resolver una controversia entre un administrado y otra entidad pública.

En relación a lo último, la doctrina afirma que *“la actividad administrativa es la actividad primaria; la actividad jurisdiccional es actividad secundaria, y (...) sustitutiva”* (Rocco, 1981, p. 81). Lo anterior significa que *“mientras con la actividad jurisdiccional, el Estado persigue una finalidad indirecta y secundaria: la de procurar la satisfacción de los intereses, individuales y colectivos, privados o públicos, tutelados por el Derecho, que*

---

<sup>1</sup> La Constitución dispone lo siguiente:

**“Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno (...).”*

*no pueden ser satisfechos por la falta de certeza o la inobservancia de la norma que los tutela; (...) mediante la actividad administrativa, el Estado persigue finalidades directas y primarias” (Morón, 2017, p. 507).*

Por lo mencionado, nuestro Estado se rige por el principio de separación de poderes, el cual permite que los órganos jurisdiccionales y determinadas entidades de la Administración Pública puedan resolver controversias. Mientras que, en la sede jurisdiccional, dichos órganos se encuentran facultados para conocer y resolver sobre controversias de las personas en materia de derecho privado; en la sede administrativa, determinadas entidades públicas tendrán competencias otorgadas por ley para resolver controversias entre dos (2) o más administrados y/u otra entidad pública, a efectos de tutelar y garantizar el interés público implicado.

### ***III. LA EXCEPCIONALIDAD COMO FUNDAMENTO PARA SUSPENDER EL TRÁMITE DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y, EN ESPECÍFICO, DE UN PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS***

Teniendo en consideración que, en el marco de sus respectivas competencias, los órganos jurisdiccionales y entidades de la Administración Pública pueden conocer y resolver controversias, a continuación, procederemos a explicar las causas excepcionales por las cuales se puede sustentar la suspensión del trámite de un procedimiento administrativo. Asimismo, para efectos del presente artículo, detallaremos las causales de suspensión previstas para el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

### *1. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ACUERDO CON LA NORMATIVA GENERAL*

Como marco general, el artículo III del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el “TUO de la LPAG”), establece que esta norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. En ese sentido, el artículo II del mismo título dispone que el TUO de la LPAG contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales<sup>2</sup>.

De esta manera, los numerales 75.1 y 75.2 del artículo 75 del TUO de la LPAG establecen que, para suspender un procedimiento administrativo, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) una cuestión litigiosa en sede jurisdiccional entre dos (2) administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado; (ii) dicha cuestión litigiosa precisa ser esclarecida previamente al pronunciamiento administrativo; y,

---

<sup>2</sup> El TUO de la LPAG establece lo siguiente:

**“Artículo II.- Contenido**

*1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales (...).*

**Artículo III.- Finalidad**

*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.”*

(iii) existe una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre aquello alegado en las sedes jurisdiccional y administrativa<sup>3</sup>.

Al respecto, la normativa general prevista para el ámbito administrativo no es ajena al artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, el cual prevé la suspensión del procedimiento administrativo cuando emerja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento judicial previo y que este resulte determinante para que se resuelva el asunto por parte de la autoridad administrativa competente<sup>4</sup>. Lo anterior implica que el principal elemento para que opere dicha suspensión, es la cuestión litigiosa que debe ser previamente resuelta en sede jurisdiccional a efectos de que se resuelva, posteriormente, la controversia en sede administrativa.

---

<sup>3</sup> El TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

**“Artículo 75.- Conflicto con la función jurisdiccional**

75.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

75.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.”

<sup>4</sup> El Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, dispone lo siguiente:

**“Artículo 13.-** Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso.”

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

A partir de ambas normas, se puede evidenciar que nuestro ordenamiento jurídico tiene por objetivo evitar que existan pronunciamientos contradictorios entre las sedes jurisdiccional y administrativa; o, dicho en otras palabras, la finalidad es conseguir coherencia entre las decisiones de ambas sedes.

Para mayor detalle, el artículo 75 del TUO de la LPAG es aplicable cuando durante la tramitación de un procedimiento administrativo, se suscita una cuestión litigiosa entre dos (2) administrados sobre materias de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al procedimiento administrativo; en este supuesto, la Administración Pública deberá inhibirse del conocimiento del procedimiento, por lo que deberá suspenderlo y transferir el asunto al Poder Judicial (Morón, 2017, p. 509 y 510). Además, cuando se resuelva el conflicto de interés en el Poder Judicial, la Administración Pública tendrá que reasumir el procedimiento, así como deberá resolver considerando el criterio de la irrevisibilidad en sede administrativa respecto de los actos confirmados por el Poder Judicial (Morón, 2017, p. 510).

En efecto, en la doctrina, se afirma que *“ante el hecho de que la Administración que instruye el expediente (...) pueda estar conociendo sobre cuestiones cuya competencia corresponda al orden jurisdiccional social, se opta por suspender el mencionado procedimiento administrativo sancionador y se remite al órgano judicial lo actuado para que sea él el que primero se pronuncie sobre las cuestiones centrales del procedimiento”* (Monereo, José Luis, 2012, p. 339).

Sin embargo, la disposición del TUO de la LPAG puede resultar insuficiente en algunos supuestos; esto es, en aquellos casos en los cuales el fundamento puede ser parcialmente diferente (por ejemplo, solicitud de pensión ante una entidad pública y proceso de nulidad de matrimonio por bigamia) o la cuestión litigiosa no se dé entre dos (2) administrados sobre relaciones de derecho privado, sino que participe una

entidad de la Administración Pública en el marco de normas de derecho público. Así, en algunos casos será necesario suspender la tramitación del procedimiento, pero es importante tomar en consideración que será siempre una medida excepcional, en tanto implica que la Administración Pública no ejerza su competencia.

En relación a la excepcionalidad de la suspensión del trámite de un procedimiento, Huamán afirma que, aun cuando la sumilla del artículo 75 del TUO de la LPAG enfatiza la presencia de un conflicto con la actividad jurisdiccional en el curso del procedimiento, no es a este escenario, en esencia, al que se refiere el legislador *“sino a hechos o sucesos que se presentan en el tránsito de un procedimiento que se tornan controversiales encontrándose ventilados ante autoridades no administrativas que podrían generar una eventual interferencia en el ejercicio de competencias administrativas (...) llevando a que (...) los órganos jurídico-públicos deban necesariamente conocer de dichos eventos para constatar si es que deben continuar con el trámite o si resulta adecuado procederse a la paralización del mismo”* (2019, p. 754 y 755) (Subrayado nuestro).

En ese mismo orden de ideas, Morón explica que aplica el artículo 75 del TUO de la LPAG cuando, anticipadamente a la resolución administrativa, resulta necesario obtener la decisión en la vía jurisdiccional sobre la cuestión litigiosa o contenciosa que es de competencia del órgano jurisdiccional (2017, p. 509).

Adicionalmente, Castillo Freyre y Sabroso alegan que la referida disposición regula una facultad discrecional de la autoridad administrativa, dado que ella estimará necesario que las controversias materia del juicio se deban resolver previamente al procedimiento administrativo (2011, p. 168)

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

Inclusive, la excepcionalidad de la suspensión del trámite del procedimiento administrativo se corrobora con el segundo párrafo del numeral 75.2 del artículo 75 del TUO de la LPAG, al disponer que la resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación; si es confirmada la resolución inhibitoria, es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso. Es decir, ordenar la suspensión del trámite de un procedimiento es de tal relevancia (en tanto genera efectos en los administrados por no obtener una resolución administrativa en el plazo previsto en la norma aplicable) que necesita ser confirmada para que la misma opere.

Consecuentemente, la suspensión del trámite de un procedimiento administrativo se suscitará cuando se necesite, previamente a la resolución administrativa, conocer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto de una cuestión litigiosa entre dos (2) administrados sobre materias de derecho privado. Para ello, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) una cuestión litigiosa en sede jurisdiccional entre dos (2) administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado; (ii) dicha cuestión litigiosa precisa ser esclarecida previamente al pronunciamiento administrativo; y, (iii) existe una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre aquello alegado en las sedes jurisdiccional y administrativa. Sin embargo, dado que la suspensión implicará que la autoridad administrativa no ejerza su competencia, la misma será aplicada de manera excepcional.

## 2. *SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS*

En el ámbito de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la “CEB”), y la Sala Especializada de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la “SEL”) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el “INDECOPI”) aplican la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo N° 807 (en adelante, la “LOF”), y la Ley de prevención y eliminación de Barreras Burocráticas, aprobado por Decreto Legislativo N° 1256 (en adelante, la “Ley”). Por ello, procederemos a detallar cómo se encuentra regulada la suspensión del procedimiento administrativo conforme a estas normas.

### *A) Suspensión del procedimiento administrativo de acuerdo con la LOF*

La LOF establece la normativa general para todos los órganos del INDECOPI, entre los cuales se encuentran la CEB y la SEL; dicha regulación no puede contravenir el TUO de la LPAG.

A saber, en relación a la suspensión del procedimiento administrativo, el artículo 65 de la LOF establece lo siguiente:

***“Artículo 65.- Los órganos funcionales de INDECOPI suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la***

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

*Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, **precise de un pronunciamiento previo** sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi”.*(Resaltado y subrayado nuestros)

Como se puede evidenciar, este artículo dispone que la suspensión del procedimiento administrativo se suscita en dos (2) casos; estos son, (i) con anterioridad al inicio del procedimiento se inició un proceso judicial que versa sobre la misma materia; y, (ii) cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del INDECOPI, precisa de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante esta entidad.

En diversos pronunciamientos, se constata que el INDECOPI tiene por objetivo evitar que surjan pronunciamientos contrarios al interior del ordenamiento jurídico y contribuir a una mejor definición de los derechos reconocidos a los particulares. Así, la CEB tendría la posición de que el primer supuesto del citado artículo 65 regula una facultad reglada de la autoridad administrativa para suspender; mientras que el segundo supuesto, en tanto su ejercicio queda a criterio de la CEB o la SEL, es discrecional (Resolución N° 0292-2013/CEB-INDECOPI).

Igualmente, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (actualmente, SEL) afirmó que, además de que el proceso judicial haya iniciado de manera previa al procedimiento administrativo, se exige identidad en la materia (Resoluciones N° 2310-2010/SC1-INDECOPI y N° 0565-2011/SC1-INDECOPI), lo cual implica que se requiere identidad en los sujetos, el pedido (*petitum*) y los fundamentos de la petición (*causa petendi*).

Respecto al segundo supuesto de suspensión, la norma no exige expresamente la triple identidad aludida en el supuesto anterior, pero normalmente ha sido también requerida. Por ejemplo, en un caso evaluado por la CEB, se puede constatar que una acción popular había sido interpuesta de manera posterior a la interposición de la denuncia ante el INDECOPI. En el mismo, se entendió que no era necesario esperar al pronunciamiento judicial, ni para determinar la legalidad ni la razonabilidad de la barrera burocrática, precisándose *que “la identidad de materias entre un proceso judicial y uno administrativo sobre eliminación de barreras burocráticas no constituye por sí mismo un supuesto de abstención de competencias de esta Comisión, salvo que el Poder Judicial haya tomado conocimiento de manera previa de una demanda con este tipo de identidad”* (Resolución N° 0423-2014/CEB-INDECOPI). De este modo, se entiende que, para la CEB, el estándar exigible para la configuración del segundo supuesto de suspensión es más riguroso en comparación con el primero.

Sin embargo, más recientemente, el INDECOPI habría variado la posición previa, admitiendo que en ocasiones pueda suspenderse el procedimiento sin necesidad de que exista la triple identidad. Al respecto, esta ampliación del criterio podría explicarse en tanto la norma únicamente exige la mencionada identidad para el primer supuesto, dejando más abierto el segundo. De ahí que, lo que podría ser materia de debate es el criterio empleado para realizar dicha justificación, especialmente cuando se ha entendido que debe suspenderse cuando la resolución judicial resulte “relevante” para el procedimiento, o cuando tenga “incidencia” en este, de modo que se eviten resoluciones contradictorias (Baca, 2022, p. 13).

Así, podría alegarse que el solo riesgo de contradicción entre la resolución judicial y la administrativa no debería ser suficiente para suspender el procedimiento, sino que es necesario que en el proceso judicial se estén discutiendo algo que sea

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

necesario para la decisión de la administración. Si bien es cierto que se deben evitar pronunciamientos contradictorios, este criterio sería especialmente relevante cuando se cuestionan “hechos” y no “interpretaciones” o “valoraciones”, respecto de las cuales una entidad administrativa puede tener autonomía para realizarlas, conforme a sus competencias (Baca, 2022, p. 13).

a) Suspensión del procedimiento administrativo de acuerdo con la Ley

En el artículo 31 de la Ley, se establecen dos (2) supuestos excepcionales para la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

El primer supuesto de suspensión es el siguiente:

**“Artículo 31.- Supuestos excepcionales para la suspensión de procedimientos**

Solo procede la suspensión de procedimientos seguidos ante la Comisión o la Sala, de ser el caso, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

31.1. Cuando con anterioridad al inicio del procedimiento, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia. Esto último implica que en el proceso judicial la parte denunciante esté cuestionando de manera conjunta la misma disposición y/o acto administrativo y/o actuación material de la entidad denunciada, a través de los mismos argumentos de legalidad y/o razonabilidad (...).”

Este inciso hace referencia a que se inició un proceso judicial de manera previa a la interposición de la denuncia ante el INDECOPI; además, la parte denunciante en el procedimiento está cuestionando la misma disposición y/o acto administrativo y/o actuación material de la entidad denunciada y con los mismos argumentos de legalidad y/o razonabilidad.

Al respecto, en diversos procedimientos de la CEB y la SEL, se evidencia casos en los cuales se han suspendido los procedimientos administrativos porque estaba en trámite una acción popular (Resoluciones N° 0385-2018/CEB-INDECOPI, N° 0386-2018/CEB-INDECOPI y N° 0004-2019/SEL-INDECOPI). También, en resoluciones de la SEL, se relata que los procesos judiciales habían iniciado con anterioridad a los procedimientos, y en los cuales los correspondientes denunciantes habían cuestionado la validez de los actos administrativos que materializan las barreras burocráticas denunciadas, bajo similares fundamentos expuestos en los procedimientos (Resoluciones N° 0105-2020/SEL-INDECOPI y N° 0237-2021/SEL-INDECOPI).

A partir de lo anterior, la ley, a diferencia del criterio establecido en la LOF, únicamente exige, para acreditar la identidad en la materia, que se cuestione el mismo acto a través de los mismos argumentos; es decir, no se refiere a la identidad de partes o del petitorio.

Por otro lado, el segundo supuesto de suspensión es el siguiente:

***“Artículo 31.- Supuestos excepcionales para la suspensión de procedimientos***

*Solo procede la suspensión de procedimientos seguidos ante la Comisión o la Sala, de ser el caso, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: (...)*

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

*31.2. Cuando surja una cuestión contenciosa, en sede judicial o administrativa, que, a criterio de la Comisión o la Sala, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no pueda ser resuelto el asunto que se tramita.”*

Conforme a este supuesto, la CEB y la SEL tienen la facultad discrecional para declarar la suspensión del procedimiento cuando sea necesario que se emita un pronunciamiento judicial en el marco de la cuestión contenciosa para resolver el asunto bajo su competencia. El criterio que establezca estas autoridades administrativas debe ser objetivo, habiendo recurrido generalmente a la identidad de sujetos, petitorio y fundamentos, pero esto no excluye el uso de otros criterios que puedan ser pertinentes.

Se debe resaltar que existen decisiones de la SEL que introducen como un factor para evaluar la necesidad de la suspensión la “incidencia” que el pronunciamiento judicial pueda tener sobre la resolución administrativa. En concreto, en un pronunciamiento, se relata que se suspendió un procedimiento porque la resolución que materializaba la barrera burocrática había sido cuestionada judicialmente; ante ello, la SEL consideró “*necesario analizar si existe una incidencia adicional del proceso contencioso administrativo en el procedimiento bajo análisis por otro motivo*” (Resolución N° 0047-2022/SEL-INDECOPI).

A partir de lo mencionado, se puede evidenciar que el INDECOPI ha sostenido que el solo riesgo de contradicción entre la resolución judicial y la administrativa no debería ser suficiente para suspender el procedimiento, sino que es necesario que, en el proceso judicial, se esté discutiendo algo que sea necesario para la decisión de la Administración Pública. Por ejemplo, la CEB indica que “(...) *de acuerdo con lo establecido en el segundo supuesto del artículo 65° del Decreto Legislativo N° 807, es*

*necesario que el pronunciamiento previo que emita el órgano judicial sea indispensable para que la Comisión pueda resolver (...). Una interpretación distinta implicaría que cada vez que se interponga una demanda en sede judicial que verse sobre una materia relacionada con la denuncia presentada ante la Comisión, esta tenga que dejar de ejercer sus competencias, lo cual contravenir la naturaleza del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas” (Resolución N° 0429-2014/CEB-INDECOPI).*

- b) La sola presentación de una acción judicial no implica la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

El artículo 1 de la Ley dispone que esta norma tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública<sup>5</sup>.

En la misma línea, la doctrina afirma que la Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico para la protección de los derechos de participación en el desarrollo

---

<sup>5</sup> La Ley dispone lo siguiente:

**“Artículo 1.- Finalidades de la ley**

*La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.”*

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

económico mediante (i) la prevención del establecimiento de barreras burocráticas que impidan o limiten el acceso y la permanencia en el mercado, y (ii) la eliminación -forzosa- de aquellas barreras que las propias entidades públicas no hayan desmontado como consecuencia de la labor de prevención (Tirado, 2018, p. 8).

Así pues, en el Perú, la CEB y la SEL tienen la competencia para conocer y resolver procedimientos de eliminación de barreras burocráticas cuya materialización se encuentra, por ejemplo, en un acto administrativo y/o disposición administrativa, los cuales, a su vez, son materia de cuestionamiento en el Poder Judicial. Por eso, no debería entenderse que la sola presentación de la acción judicial es un supuesto de suspensión, ya que estaría reduciendo la competencia de la CEB y/o la SEL a únicamente esperar que el órgano jurisdiccional resuelva la controversia, para que, posteriormente, determine la existencia o no de una barrera burocrática. En efecto, dado que las acciones judiciales y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tienen finalidades distantes, el procedimiento mencionado no puede ser entendido como vía previa o alternativa a la judicial.

En ese mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha reconocido enfáticamente que la inaplicación de una barrera burocrática por parte del INDECOPI no es lo mismo que el control de constitucionalidad (STC, Expediente N° 00014-2009-PI/TC):

*“25. (...) en este caso este Colegiado debe puntualizar, a partir de lo expresado en los fundamentos anteriores, que **la CEB, cuando “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad.** (...). **Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal***

**aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución.**

26. El ejercicio de la CEB se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico. Así, **no resulta argumentable que en el ejercicio de la autonomía municipal y regional se contravengan normas de alcance nacional, como por ejemplo la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, en virtud de una ordenanza municipal o regional.**”

(Resaltado y subrayado agregados)

También, en la siguiente cita, el Tribunal Constitucional ha afirmado que es legalmente posible que una disposición administrativa pueda ser cuestionada en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas y una acción popular; en efecto, en el referido procedimiento, se obtendrá la inaplicación de la barrera burocrática, mientras que, en una acción popular, se pretenderá la expulsión de una norma infra legal del ordenamiento jurídico por contravenir la Constitución (STC, Expediente N° 00014-2009-PI/TC):

“29. (...) contrariamente a lo argumentado por el demandante, **este Tribunal no encuentra en la normativa cuestionada que se confiera a la CEB -o al INDECOPI en general- facultad para expulsar del ordenamiento jurídico una**

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

***normativa de rango legal o infra legal.** La norma claramente expone que se otorga la facultad de “inaplicar” al caso en concreto una normativa que contravenga la Constitución. **Y en caso la CEB actúe de oficio, podrá interponer demanda de acción popular a fin de solicitar que la normativa de rango infralegal sea expulsada del ordenamiento jurídico,** o en caso la barrera burocrática esté contenida en una norma de rango de ley, podrá acudir a la Defensoría del Pueblo, que como ya se expresó en la STC 023-2008-PI/TC, podrá - si lo estima pertinente- interponer una demanda de inconstitucionalidad.*

(Resaltado y subrayado agregados)

En ese sentido, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, la finalidad es la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. De este modo, la CEB y la SEL se encuentran facultadas para conocer y resolver procedimientos de eliminación de barreras burocráticas aun cuando la forma de materialización (por ejemplo, un acto administrativo y/o disposición administrativa) sea parte de cuestionamiento en sede jurisdiccional; claro está, lo anterior no será aplicable siempre y cuando apliquen los supuestos de suspensión previstos en el artículo 75 del TUO de la LPAG, el artículo 65 de la LOF y el artículo 31 de la Ley.

#### ***IV. PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR***

Para efectos del presente artículo, es importante tener en consideración las principales disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

A saber, el 23 de febrero de 2022, esta norma fue publicada en la Edición Extraordinaria del Diario Oficial El Peruano. Igualmente, las principales disposiciones que han sido incorporadas por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR son las siguientes:

##### ***1. NUEVA DEFINICIÓN DE ACTIVIDADES ESPECIALIZADAS U OBRAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE TERCERIZACIÓN***

Se considera actividades especializadas a aquellas vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra a la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.

##### ***2. INCORPORACIÓN DEL TÉRMINO NÚCLEO DEL NEGOCIO***

Es definido como parte de la actividad principal de la empresa, pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento. Para identificar el núcleo del negocio, se debe considerar:

- El objeto social de la empresa.
- Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
- El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

- La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
- La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.
- Otros aspectos.

### 3. *PROHIBICIÓN DE TERCERIZAR ACTIVIDADES DEL NÚCLEO DEL NEGOCIO E INCORPORACIÓN DE NUEVOS SUPUESTOS DE DESNATURALIZACIÓN VINCULADOS A ELLO*

Se prohíbe la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.

Asimismo, se dispone que la tercerización de actividades especializadas u obras tampoco pueden tener por objeto el núcleo del negocio.

Cualquier contrato de tercerización que aborde las actividades antes mencionadas incurrirá en una causal de desnaturalización, generando que los trabajadores de la empresa contratista sean reconocidos como propios de la empresa principal desde el inicio de su desplazamiento, salvo que se pruebe el momento en que se produjo la causal de desnaturalización.

### 4. *PLAZO DE ADECUACIÓN*

Se concedió un plazo de 180 días calendario, contados a partir del 24 de febrero de 2022, para que se adecúen los contratos existentes a las disposiciones del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, durante el cual, además, las empresas tercerizadoras no podían resolver los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados para atender actividades vinculadas al núcleo del negocio, por motivos relacionados a la adecuación al Decreto Supremo N° 001-2022-TR, salvo que sean incorporados a la empresa principal. Este plazo venció el 22 de agosto de 2022.

**V. INTERPOSICIÓN DE ACCIONES POPULARES Y DENUNCIAS DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS CONTRA EL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR**

Los privados que serían afectados por aplicación del Decreto Supremo 001-2022-TR optaron, principalmente, por dos (2) vías para obtener protección; estas son, la acción popular y la denuncia de eliminación de barreras burocráticas<sup>6</sup>.

Por ello, en el presente apartado, procederemos a explicar sobre dichas acciones legales.

**1. INTERPOSICIÓN DE ACCIONES POPULARES ANTE EL PODER JUDICIAL**

En el siguiente cuadro, se encuentran los diversos procesos de acción popular interpuestos contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR:

| N° | Expediente  | Demandante                         | Órgano jurisdiccional a cargo del proceso  |
|----|---|------------------------------------|--|
| 1  | 417-2022-0-1801-SP-DC-02<br>(acumulado al expediente N.º756-2022) | Asociación Civil por la Integridad | Acumulado en la Tercera Sala Constitucional<br>(Origen: Segunda Sala Constitucional) |
| 2  | 420-2022-0-1801-SP-DC-02<br>(acumulado al expediente N.º756-2022) | Mauricio Valdez Villalobos         | Acumulado en la Tercera Sala Constitucional<br>(Origen: Segunda Sala Constitucional) |

---

<sup>6</sup> Un número importante de empresas también interpusieron demandas de amparo contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

| N° | Expediente   | Demandante  | Órgano jurisdiccional a cargo del proceso   |
|----|--|---|---|
| 3  | 514-2022-0-1801-SP-DC-02(acumulado al expediente N.º 756-2022) | Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias y Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. | Acumulado en la Tercera Sala Constitucional (Origen: Segunda Sala Constitucional) |
| 4  | 756-2022-0-1801-SP-DC-03                                       | Servicio de Agua Potable y Alcantarillado – SEDAPAL   | Tercera Sala Constitucional   |
| 5  | 128-2022-0-1801-SP-LA-60                                       | Adriana Lévano Diaz   | Séptima Sala Laboral  |
| 6  | 96-2022-0-1801-SP-LA-01  | Asociación de Empresas de Trabajo Temporal del Perú   | Tercera Sala Laboral  |
| 7  | 1170-2022-0-1801-SP-DC-03                                      | Asociación de Clínicas Particulares del Perú  | Tercera Sala Constitucional   |

Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2022). Oficio N° 217-2022-JUS/PGE-PPEMC, de fecha 3 de noviembre de 2022.

Como se puede evidenciar, la mayoría de estas acciones populares fueron acumuladas en el Expediente 756-2022-0-1801-SPDC-03.

Al respecto, la finalidad de interponer una acción popular es la defensa del principio de jerarquía normativa, buscando la expulsión de la norma del sistema jurídico, puesto que genera afectaciones concretas a los derechos fundamentales de los individuos. El Tribunal Constitucional explica que el control del Poder Judicial en la acción popular, luego de haber declarado la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma, podrá declarar la nulidad, con efecto retroactivo, de la norma impugnada (STC, Expediente N° 0025-2010-PI/TC).

En ese sentido, las acciones populares contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR tienen como finalidad declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma en general. El análisis de fondo en el proceso es determinar que no haya existido incompatibilidad con otras leyes, respetando la jerarquía normativa (en el caso particular, que no contravenga la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización). Por tanto, la declaratoria de inconstitucionalidad en el procedimiento de acción popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR tiene como consecuencia su nulidad y retrotraer los efectos hasta antes de su publicación.

## *2. INTERPOSICIÓN DE DENUNCIAS DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS ANTE EL INDECOPI*

Aproximadamente, se han interpuesto más de quinientas (500) denuncias de eliminación de barreras burocráticas contra aquellas barreras que estarían materializadas en las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> El número aproximado se ha obtenido a partir de la búsqueda en “Consulta de Expedientes” de la página web del INDECOPI. Fecha de revisión: 26 de junio de 2023. Link: <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalsAE/Personas/denunciadoCEB.jsp?pListar=SI&pTipoPersoneria=I&pApellido=MINIST.DE%20TRABAJO%20Y%20PROMOCION%20DEL%20EMPLEO&pNombre=&pIdTipoPersonaMenu=10&pIdAreaMenu=4>.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

A diferencia de la acción popular, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tiene por objetivo analizar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de las barreras burocráticas; es decir, tiene como parámetros el cumplimiento de los principios legalidad y razonabilidad. Sobre el particular, en un precedente de observancia obligatoria, el INDECOPI ha afirmado lo siguiente:

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no tiene como finalidad defender la jerarquía normativa de la Constitución (...), sino controlar la legalidad y razonabilidad de las normas. Este procedimiento ha sido creado para facilitar el desarrollo de las actividades económicas de los agentes en el mercado, brindándoles para ello una vía expeditiva para cuestionar actuaciones ilegales o arbitrarias de la administración (Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI).

Para efectos del presente artículo, importa la primera denuncia interpuesta contra las barreras burocráticas que impedirían que las empresas continúen tercerizando las actividades del núcleo de negocio. De este modo, el 4 de abril de 2022, Cosapi Minería S.A.C. (en adelante, “Cosapi Minería”), una empresa que se dedica básicamente a otorgar servicios de tercerización laboral en el sector de minería, presentó la primera denuncia de eliminación de barreras burocráticas contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, el “MTPE”) ante la CEB del INDECOPI, a efectos de que las siguientes medidas sean declaradas como barreras burocráticas ilegales y/o

carentes de razonabilidad y, en consecuencia, se obtenga su inaplicación con efectos generales y/o al caso en concreto<sup>8</sup>:

- (i) La prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo de negocio de una empresa.
- (ii) La exigencia de que se considere como desnaturalización de la tercerización cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.

Igualmente, Cosapi Minería presentó la primera solicitud de medida cautelar a fin de que las medidas cuestionadas le sean inaplicables mientras dure el procedimiento administrativo.

Hasta antes de que el procedimiento principal sea evaluado por la SEL del INDECOPI, Cosapi Minería había obtenido muy buenos resultados para sí misma como

---

<sup>8</sup> Con fecha 30 de mayo de 2023, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, la Ley N° 31755, la cual modifica, entre otros, el artículo 9 de la Ley. Este artículo establece que, en los procedimientos iniciados de oficio en los que se declare la carencia de razonabilidad de barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas, la CEB o la SEL, de ser el caso, dispone su inaplicación con efectos generales y ordena la publicación de un extracto de la resolución en el Diario Oficial El Peruano.” Al respecto, en el año 2018, nuestra autora Sheyla Llacza Romero realizó la investigación titulada “La inaplicación con efectos generales para las barreras burocráticas carentes de razonabilidad contenidas en disposiciones administrativas”, por medio de la cual postula, como su título menciona, que las barreras burocráticas carentes de razonabilidad materializadas en disposiciones administrativas sean inaplicables con efectos generales debido a que, entre otros, la carencia de razonabilidad estará en la disposición administrativa misma, independientemente del caso concreto del administrado. Llama poderosamente la atención que si bien el actual artículo 9 de la Ley ha implementado la propuesta, ello haya ocurrido de manera parcial, toda vez que la inaplicación con efectos generales únicamente será ordenado en un procedimiento de oficio. ¿Tiene alguna relevancia diferenciar que el procedimiento se inicie de oficio o de parte? A todas luces, la respuesta será negativa, ya que la carencia de razonabilidad estará en la disposición administrativa cuestionada, mas no en el tipo de procedimiento administrativo. *Link* de investigación: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/22011>

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

para los demás administrados y agentes económicos del país. A continuación, resumimos dichos resultados:

- (i) En el marco del procedimiento principal, la CEB admitió a trámite la denuncia y se incorporó a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, la “SUNAFIL”) como tercero administrado. Ello se sustenta en la medida de que esta autoridad es la competente para supervisar el cumplimiento de las normas laborales, así como para sancionar su incumplimiento (Resolución N° 0179-2022/CEB).

En la misma línea, al emitir la resolución de primera instancia, la CEB declaró fundada la denuncia y, en consecuencia, dispuso la inaplicación de las barreras burocráticas denunciadas al caso concreto de Cosapi Minería; también, dispuso la inaplicación de las mismas con efectos generales a favor de todos los administrados y agentes económicos del país, en atención del artículo 8 de la Ley (Resolución N° 289-2022/CEB-INDECOPI). No obstante, para obtener la inaplicación con efectos generales, era necesario que la resolución mencionada cuente con el carácter de firme; dado que el MTPE, interpuso recurso de apelación, los efectos de la resolución se suspendieron hasta que la SEL, en su calidad de superior jerárquico, resuelva el procedimiento en segunda instancia.

- (ii) En el marco del procedimiento cautelar, la CEB otorgó la medida cautelar solicitada. Gracias a esta, Cosapi Minería puede continuar permaneciendo en el mercado, toda vez que puede prestar los servicios de tercerización laboral de las actividades del núcleo de negocio mientras dure la tramitación del procedimiento (Resolución N° 0179-2022/CEB).

Además, la SEL confirmó la medida cautelar otorgada por la CEB y emitió una medida cautelar de oficio con el objeto de ordenar que la SUNAFIL se abstenga de

aplicar las medidas objeto de controversia a cualquier administrado involucrado en su alcance, por la observancia de protocolos y/o reglamentos aprobados para efectos de inspeccionar y/o sancionar conductas relacionadas con tales medidas, hasta que se emita un pronunciamiento definitivo en el procedimiento principal seguido por Cosapi Minería (Resolución N° 355-2022/SEL).

De esta manera, Cosapi Minería no solo había obtenido grandes resultados para su propia empresa sino también para cualquier otro administrado y/o agente económico que emplea y/u otorga los servicios de tercerización laboral de actividades del núcleo de negocio.

No obstante, las buenas noticias culminaron el 6 de marzo de 2023. Como mencionamos, el MTPE interpuso recurso de apelación, de modo que la controversia debía ser evaluada y resuelta por la SEL, en su calidad de superior jerárquico. Pese a ello, esta autoridad notificó **una resolución de trámite**, por medio de la cual declaró la suspensión del procedimiento principal hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular, el cual se encuentra en trámite bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SPDC-03 (Resolución N° 0072-2023/SEL-INDECOPI).

Así, de acuerdo con la SEL, el fundamento de la decisión es que se ha verificado que, en dicho proceso, el órgano jurisdiccional competente determinará la legalidad de distintas medidas contenidas en el Decreto Supremo 001-2022-TR, incluidas las que han sido cuestionadas como barreras burocráticas en el procedimiento. Por tanto, la controversia planteada a nivel jurisdiccional constituiría una cuestión contenciosa cuyo pronunciamiento resulta relevante para resolver el presente procedimiento administrativo. En consecuencia, a criterio de la SEL, se ha configurado el segundo supuesto de suspensión contemplado en el artículo 65 de la LOF y el numeral 2 del artículo 31 de la Ley.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

## **VI. ANÁLISIS DE LA SUSPENSIÓN DEL PRIMER PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS CONTRA EL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR**

### **1. POSICIÓN DE LA CEB Y LA SEL**

En el caso que nos ocupa, la CEB ya se había pronunciado sobre la no aplicación de la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas (Resolución N° 0289-2022-CEB/INDECOPI). Así, la autoridad entendió que no concurría el supuesto de suspensión regulado en el artículo 31.1 de la Ley, debido a que, si bien Cosapi Minería había interpuesto una demanda de amparo ante el Poder Judicial, ello había ocurrido de manera posterior a la interposición de su denuncia ante el INDECOPI.

En relación con la existencia de una identidad de materias, la CEB sostuvo que resulta necesario analizar si *“la pretensión invocada por la demandante o denunciante (el efecto jurídico perseguido) en el proceso judicial y en el procedimiento administrativo coinciden, esto es, si es que el pedido concreto en ambas sedes; y, los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan lo solicitado, guardan coincidencia”*. Al respecto, la primera instancia afirmó que no existe dicha identidad, en la medida que las pretensiones son distintas (proteger derechos fundamentales e inaplicar la totalidad de la norma en un caso; e inaplicar una prohibición y una exigencia en particular en el otro, en caso se declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de la norma). Además, la CEB determinó que los argumentos empleados, en la demanda de amparo y la denuncia de eliminación de barreras burocráticas, eran diferentes entre sí.

Por otro lado, con relación a la existencia de diversos procesos de acción popular contra la norma, planteados por sujetos distintos a Cosapi Minería, la resolución de primera instancia establece las diferencias entre la acción popular y el

procedimiento que se tramita ante el INDECOPI. De esta manera, las acciones populares pretenden la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR en su totalidad, mientras que la denuncia ante el INDECOPI pretende que se declaren ilegales o carentes de razonabilidad ciertas medidas (en este caso, determinadas disposiciones administrativas de aquella norma). Además, mientras que la acción popular pretende la declaración de ilegalidad con efectos retroactivos de la norma, el procedimiento ante INDECOPI únicamente busca la inaplicación de las barreras burocráticas en caso sean declaradas ilegales o carentes de razonabilidad. Finalmente, mientras que, en un caso, se analizará la constitucionalidad de la norma, en el otro el análisis se limitará a la legalidad o razonabilidad (Resolución N° 0289-2022-CEB/INDECOPI).

Pese a lo anterior, por medio de una resolución de trámite, la SEL presentó una postura diferente a la CEB. En concreto, declaró la suspensión del procedimiento seguido por Cosapi Minería hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular, el cual se encuentra en trámite bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SPDC-03. Así, según dicha autoridad administrativa, la suspensión se sustenta en lo siguiente:

*“El fundamento de la decisión es que se ha verificado que, en dicho proceso, **el órgano jurisdiccional competente determinará la legalidad de distintas medidas contenidas en el Decreto Supremo 001-2022-TR** que modifica el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, incluidas las que han sido cuestionadas como barreras burocráticas en el presente procedimiento. Por tanto, la controversia planteada a nivel jurisdiccional constituye una cuestión*

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

*contenciosa cuyo pronunciamiento resulta relevante para resolver el presente procedimiento administrativo.*

*En consecuencia, a criterio de este Colegiado, se ha configurado el segundo supuesto de suspensión contemplado en el artículo 65 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, así como, en el numeral 2 del artículo 31 del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (Resolución N° 0072-2023/SEL-INDECOPI).” (Resaltado y subrayado agregados)*

Como se puede evidenciar, la CEB y la SEL presentaron posiciones diferentes respecto de si debiera suspenderse el primer procedimiento de eliminación de barreras burocráticas contra las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. No obstante, como procederemos a evaluar más adelante, consideramos que el análisis de la SEL es erróneo, por lo que no correspondía suspender dicho procedimiento.

## *2. ¿ERA APLICABLE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO?*

En este caso, ¿era imprescindible para que la SEL se pronuncie que se emita sentencia final de la acción popular? A todas luces, la respuesta es negativa.

En primer lugar, es necesario tener en consideración que, de acuerdo con la metodología de análisis de barreras burocráticas, prevista en el Capítulo II de la Ley, para determinar la existencia de una barrera burocrática, se realiza un análisis de legalidad y, únicamente superado este, se procederá con un análisis de razonabilidad.

Respecto del análisis de legalidad, el artículo 14 de la Ley dispone que el mismo comprende, entre otros, el análisis de legalidad de forma; esto es, si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática<sup>9</sup>.

Respecto al análisis de legalidad de forma, es contundente que la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR no cumplió con todas las formalidades que exige el marco legal vigente. Nos explicamos, el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS establece que las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial “El Peruano”, en sus portales electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales; asimismo, dichas

---

<sup>9</sup> La Ley establece lo siguiente:

**“Artículo 14.- Análisis de legalidad**

*14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:*

*a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.*

*b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.*

*c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.*

*14.2. Si la Comisión o la Sala, de ser el caso, determina la ilegalidad de la barrera burocrática por la razón señalada en el literal a. puede declarar fundada la denuncia o el procedimiento iniciado de oficio según sea el caso, sin que sea necesario evaluar los aspectos indicados en los literales b. y c.; y así sucesivamente.*

*14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la Sala continúe con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la Sala desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo 15.”*

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas<sup>10</sup>.

Además, el inciso 3.2 del numeral 3 del mismo artículo prevé que se exceptúa la publicación de los proyectos de normas de carácter general cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.

Pese a lo anterior, el proyecto de Decreto Supremo N° 001-2022-TR no fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, los portales electrónicos del MTPE y/u otros medios. Por ello, correspondía que el MTPE justifique, en el proyecto de norma, por qué la prepublicación era impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público. Sin embargo, (i) el proyecto de norma del Decreto Supremo N° 001-2022-TR (que está previsto en el Informe N° 032-2022-MTPE/2/14.1 del MTPE, de fecha 8 de febrero de 2022), (ii) los considerandos del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, y (iii) la Exposición de Motivos de esta norma, no evalúan en ninguna parte por qué la prepublicación era impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.

---

<sup>10</sup> El Decreto Supremo N° 001-2009-JUS dispone lo siguiente:

**“Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general**

1.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas (...).

3.- Se exceptúa de la aplicación del presente artículo: (...)

3.2. Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.”

Lo anterior tiene como consecuencia que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR -y por tanto, las disposiciones administrativas que materializan las barreras burocráticas denunciadas- haya trasgredido el principio de legalidad, previsto en el numeral 1.1. del apartado 1 del artículo IV del TUO de la LPAG, el cual ordena que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas<sup>11</sup>.

Por consiguiente, las barreras burocráticas denunciadas no superan el análisis de legalidad de forma, debido a que el MTPE trasgredió el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, al no pre publicar el proyecto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a efectos de recibir los comentarios de los ciudadanos y empresas.

A partir de lo anterior, se puede evidenciar que la no pre publicación de la norma implica la constitución de una barrera burocrática tan clara y objetivamente demostrable que no es necesario que culmine la acción popular. En efecto, independientemente de lo que determine el órgano jurisdiccional en la acción popular, la realidad es que el MTPE no cumplió con el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, por lo que las barreras burocráticas que materializan las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR

---

<sup>11</sup> El TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

**“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

**1.1. Principio de legalidad.** - *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas (...).”*

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

continuarán sin superar el análisis de legalidad de forma, previsto en el artículo 14 de la Ley.

Además, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, se evaluará el análisis de razonabilidad de las barreras burocráticas denunciadas en los términos del artículo 18 de la Ley<sup>12</sup>. Por el contrario, en la acción popular, se realizará el análisis de razonabilidad en los términos de la diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, sin que se refiera si quiera al mencionado artículo de la Ley.

Por tanto, incluso si existieran algunos argumentos coincidentes entre la acción popular y la denuncia en eliminación de barreras burocráticas, en tanto existan aspectos que podrían llevar a la declaración de ilegalidad de la medida por razones que no serán analizadas en sede judicial, no debería suspenderse el procedimiento ante el INDECOPI, porque el pronunciamiento judicial previo no es necesario. En este

---

<sup>12</sup> La Ley establece lo siguiente:

**“Artículo 18.- Análisis de razonabilidad**

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

a. Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:

1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.

2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.

3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

b. Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:

1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.

2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.

3. Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

18.2. En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.”

sentido, es preciso razonar si el pronunciamiento judicial previo es necesario para la resolución administrativa.

Ahora bien, como hemos visto, la normativa aplicable a los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas establece una serie de supuestos en los que, excepcionalmente, es posible la suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. En aplicación de estas normas, tanto la CEB y la SEL han suspendido procedimientos, especialmente en los últimos años<sup>15</sup>.

Conforme a la posición más reciente de la SEL, la suspensión se declarará cuando se presenten dos (2) supuestos concurrentes: (i) que surja una cuestión contenciosa, en cualquier fuero, durante la tramitación del procedimiento; y, (ii) a

---

<sup>15</sup> A continuación, ejemplos en los cuales el INDECOPI decidió suspender la tramitación de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas:

| Nº de Resolución       | Año  | Denunciante                   | Denunciada   | Resolución  |
|------------------------|------|-------------------------------|--|---|
| 0105-2020/SEL-INDECOPI | 2020 | IQF del Perú S.A.             | Autoridad Nacional del Agua                              | Suspender el procedimiento administrativo seguido por IQF del Perú S.A. contra la Autoridad Nacional del Agua (...) hasta que los procesos judiciales seguidos por las mismas partes sean resueltos de manera definitiva por el Poder Judicial. |
| 0201-2020/SEL-INDECOPI | 2021 | Andean Telecom Partners S.R.L | Municipalidad Distrital de José Luís Bustamante y Rivero | Suspender el procedimiento administrativo (...) hasta que resuelva de manera definitiva el proceso judicial que siguen ambas partes.  |
| 0212-2020/CEB-INDECOPI | 2020 | Instituto Quimioterápico S.A  | Municipalidad Metropolitana de Lima                      | Suspender la tramitación del presente procedimiento hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso contencioso administrativo seguido por Instituto Quimioterápico S.A en contra del Servicio de Parques de Lima                         |

Fuente: Elaboración propia.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

criterio de la CEB o la SEL, sea necesario que se emita un pronunciamiento en el marco de la cuestión contenciosa para resolver el asunto bajo su competencia.

Como hemos mencionado anteriormente, algunas decisiones de la SEL introducen como un factor para evaluar la necesidad de la suspensión la “incidencia” que el pronunciamiento judicial pueda tener sobre la resolución administrativa. Es más, en ocasiones se ha usado adicionalmente como argumento la prohibición de avocación a causas judiciales, prevista en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS.

Por tanto, lo que podría ser materia de debate es el criterio empleado para sustentar la suspensión del procedimiento, especialmente cuando se ha entendido que debe suspenderse cuando la resolución judicial resulte “relevante” para el procedimiento, o cuando tenga “incidencia” en éste, de modo que se eviten resoluciones contradictorias.

Así, como lo ha sostenido el propio INDECOPI en casos anteriores, podría alegarse que el solo riesgo de contradicción entre la resolución judicial y la administrativa no debería ser suficiente para suspender el procedimiento, sino que es necesario que en el proceso judicial se esté discutiendo algo que sea necesario para la decisión de la administración; ello a fin de cumplir con la regulación prevista en la LOF y la Ley. De ahí que, si bien es cierto que se deben evitar pronunciamientos contradictorios, este criterio sería especialmente relevante cuando se cuestionan “hechos” y no “interpretaciones” o “valoraciones”, respecto de las cuales una entidad administrativa puede tener autonomía para realizarlas, conforme a sus competencias.

Es evidente entonces que la preocupación que genera el aumento de porcentaje de casos de suspensión es el hecho que se podría vaciar de contenido el sistema de

eliminación de barreras burocráticas, al exigir que se consientan las decisiones administrativas, normativas o no, que imponen las barreras para poder cuestionarlas ante el INDECOPI. Esto podría llegar a ser, paradójicamente, una barrera en sí misma para acudir al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas; y, reiteramos, la suspensión de los procedimientos sin contar con una base legal o un mandato judicial es, precisamente, una barrera burocrática ilegal.

En consecuencia, en el caso de Cosapi Minería, la acción popular no tiene incidencia en el procedimiento administrativo. En efecto, la no pre publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR implica la constitución de una barrera burocrática tan clara y objetivamente demostrable que no es necesario que culmine la acción popular. Independientemente de lo que determine el órgano jurisdiccional, la realidad es que el MTPE no cumplió con el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, por lo que las barreras burocráticas que materializan las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR continuarán sin superar el análisis de legalidad de forma, previsto en el artículo 14 de la Ley. También, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, no se evaluará el análisis de razonabilidad de las barreras burocráticas denunciadas en los términos del artículo 18 de la Ley. De ahí que, no correspondía suspender el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

**VII. LA NO TRASCENDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DEL PRIMER PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS CONTRA EL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR**

Si bien la SEL dispuso suspender el primer procedimiento de eliminación de barreras burocráticas que cuestiona la prohibición de tercerizar las actividades del núcleo de negocio; ello no implica que (i) la CEB tenga la obligación de tomar la misma

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

posición respecto de los procedimientos que se encuentran siendo evaluados en primera instancia, (ii) se suspendan, automáticamente, los demás procedimientos siendo evaluados en primera o segunda instancia, y (iii) menos aún, se queden sin efecto y/o suspendan las medidas cautelares otorgadas por la CEB y/o confirmadas por la SEL.

En ese sentido, a continuación, procederemos a explicar las razones por las cuales la suspensión dispuesta por la SEL no tiene mayor trascendencia para los diferentes administrados y/u agentes económicos que utilizan y/u otorgan los servicios de tercerización laboral de las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”.

#### *1. LA CEB NO SE ENCUENTRA EN LA OBLIGACIÓN DE SUSPENDER LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE ENCUENTRAN SIENDO EVALUADOS EN PRIMERA INSTANCIA*

La CEB es la autoridad administrativa para, de acuerdo con el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley, conocer, en primera instancia, los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Por su lado, la SEL es la autoridad competente para conocer lo mencionado anteriormente en segunda instancia, en su calidad de superior jerárquico<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> La Ley establece lo siguiente:

**“Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas**  
**6.1. De la Comisión y la Sala**

*La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse*

De esta manera, si bien ambas autoridades pertenecen al INDECOPI, ambas son independientes entre sí, por lo que la CEB podría no compartir el mismo análisis jurídico de la SEL.

Efectivamente, ello ha ocurrido en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas en los cuales se cuestiona la prohibición de tercerizar las actividades que conforman el núcleo de negocio.

Por consiguiente, pese a que la SEL tendría la posición de que los procedimientos sobre la materia deberían ser suspendidos hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular, el cual se encuentra en trámite bajo el Expediente N° 756-2022-0-1801-SPDC-03; la CEB tiene la posición de que no se ha configurado ninguna de las causales de suspensión del procedimiento, por lo que ha continuado admitiendo a trámite las denuncias y emitiendo resoluciones finales, declarando fundadas dichas denuncias.

De ahí que, si bien los administrados pueden continuar presentando nuevas denuncias de eliminación de barreras burocráticas, es posible que las mismas sean declaradas fundadas en primera instancia, pero suspendidas en segunda instancia.

---

*estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley. La Sala es la única autoridad administrativa que puede conocer y resolver las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión, conforme a los supuestos señalados en el artículo 32 de la presente ley, salvo en el procedimiento sancionador por incumplimiento de mandato regulado en el artículo 34, en cuyo caso la Comisión se constituye como instancia única en sede administrativa. Mediante resolución la Comisión o la Sala, de ser el caso, ordena la inaplicación de las barreras burocráticas a las que hace referencia la presente ley.”*

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

*2. NO SE SUSPENDEN, AUTOMÁTICAMENTE, LOS DEMÁS PROCEDIMIENTOS PRINCIPALES DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS EN PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA*

Cada procedimiento de eliminación de barreras burocráticas implica una evaluación del caso en concreto del denunciante, a efectos de emitir un acto administrativo. De ahí que, si bien la SEL suspendió el procedimiento, la CEB se encuentre habilitada para continuar tramitando y resolviendo procedimientos en primera instancia, sin que se suspendan, automáticamente, los mismos.

No obstante, no sería raro que, una vez que dichos procedimientos sean elevados a la SEL, esta autoridad administrativa disponga su suspensión a efectos de mantener su posición.

*3. NO SE QUEDAN SIN EFECTO Y/O SUSPENDEN LAS MEDIDAS CAUTELARES OTORGADAS POR LA CEB Y/O CONFIRMADAS POR LA SEL*

De acuerdo con el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley, en caso de que la medida cautelar haya sido dictada por la CEB o su secretaría técnica, el efecto de la misma permanece hasta que la SEL emita pronunciamiento final o la revoque al declarar fundada una apelación en su contra<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> La Ley dispone lo siguiente:

**“Artículo 23.- Medidas cautelares**

23.1. En cualquier etapa del procedimiento, la Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, puede dictar, de oficio o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte, una medida cautelar con el objeto de que la entidad denunciada se abstenga de aplicar o imponer la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad a ser evaluada, de manera previa a la emisión de la resolución final. La medida cautelar dictada por la Secretaría Técnica se otorga con cargo a dar cuenta a la Comisión.

23.2. En caso de que la medida cautelar haya sido dictada por la Comisión o su Secretaría Técnica, el efecto de la misma permanece hasta que la Sala emita pronunciamiento final o la revoque al declarar fundada una apelación en su contra.”

A partir de lo anterior, se puede evidenciar que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se pueden suspender los efectos de una medida cautelar otorgada y/o confirmada, por el solo hecho de que se suspenda el procedimiento principal. Así pues, aunque este procedimiento esté suspendido por años en el INDECOPI, el administrado estará protegido por su medida cautelar dichos años.

De este modo, aquellos administrados que cuentan con medidas cautelares para que no se les aplique, provisionalmente, las medidas denunciadas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR; estarán protegidos por las mismas independientemente de la resolución de trámite de la SEL que dispuso la suspensión del procedimiento de Cosapi Minería y la eventual decisión de la SEL de suspender los demás procedimientos principales.

Inclusive, nuestro análisis sería compartido por la misma SEL, debido a que no ha dejado sin efecto la medida cautelar de oficio que ordena a la SUNAFIL que se abstenga de aplicar las medidas objeto de controversia a cualquier administrado involucrado en su alcance, por la observancia de protocolos y/o reglamentos aprobados para efectos de inspeccionar y/o sancionar conductas relacionadas con tales medidas, hasta que se emita un pronunciamiento definitivo en el procedimiento principal seguido por Cosapi Minería (Resolución N° 355-2022/SEL).

En ese sentido, si bien los procedimientos principales podrían ser, eventualmente, suspendidos por la SEL, los administrados que cuentan con medidas cautelares continuarán protegidos por sus medidas cautelares.

Por tanto, la SEL tendría la posición de suspender los procedimientos principales que tienen por objeto cuestionar las barreras burocráticas materializadas en las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Sin

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

embargo, dicha posición no tendría que ser compartida por la CEB; no se suspenden, automáticamente, los demás procedimientos principales de eliminación de barreras burocráticas en primera o segunda instancia; y, no se quedan sin efecto y/o suspenden las medidas cautelares otorgadas por la CEB y/o confirmadas por la SEL.

### **VIII. CONCLUSIONES**

Nuestro Estado se rige por el principio de separación de poderes, el cual permite que los órganos jurisdiccionales y determinadas entidades de la Administración Pública puedan resolver controversias. Mientras que, en la sede jurisdiccional, dichos órganos se encuentran facultados para conocer y resolver sobre controversias de las personas en materia de derecho privado; en la sede administrativa, determinadas entidades públicas tendrán competencias otorgadas por ley para resolver controversias entre dos (2) o más administrados y/u otra entidad pública, a efectos de tutelar y garantizar el interés público implicado.

Teniendo en consideración el artículo 75 del TUO de la LPAG, la suspensión del trámite de un procedimiento administrativo se suscitará cuando se necesite, previamente a la resolución administrativa, conocer el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto de una cuestión litigiosa entre dos (2) administrados sobre materias de derecho privado. Para ello, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) una cuestión litigiosa en sede jurisdiccional entre dos (2) administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado; (ii) dicha cuestión litigiosa precisa ser esclarecida previamente al pronunciamiento administrativo; y, (iii) existe una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre aquello alegado en las sedes jurisdiccional y administrativa. Sin embargo, dado que la suspensión implicará que la autoridad administrativa no ejerza su competencia, la misma será aplicada de manera excepcional.

En la misma línea, atendiendo al artículo 65 de la LOF y el artículo 31 de la Ley, el INDECOPI ha sostenido que el solo riesgo de contradicción entre la resolución judicial y la administrativa no debería ser suficiente para suspender el procedimiento, sino que es necesario que, en el proceso judicial, se esté discutiendo algo que sea necesario para la decisión de la Administración Pública.

La CEB y la SEL se encuentran facultadas para conocer y resolver procedimientos de eliminación de barreras burocráticas aun cuando la forma de materialización (por ejemplo, un acto administrativo y/o disposición administrativa) sea parte de cuestionamiento en sede jurisdiccional; claro está, lo anterior no será aplicable siempre y cuando apliquen los supuestos de suspensión previstos en el artículo 75 del TUO de la LPAG, el artículo 65 de la LOF y el artículo 31 de la Ley. Por eso, no debería entenderse que la sola presentación de la acción judicial es un supuesto de suspensión, ya que estaría reduciendo la competencia de la CEB y/o la SEL a únicamente esperar que el órgano jurisdiccional resuelva la controversia, para que, posteriormente, determine la existencia o no de una barrera burocrática.

Las acciones populares contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR tienen como finalidad declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma en general. El análisis de fondo en el proceso es determinar que no haya existido incompatibilidad con otras leyes, respetando la jerarquía normativa (en el caso particular, que no contravenga la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización). Por tanto, la declaratoria de inconstitucionalidad en el procedimiento de acción popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR tiene como consecuencia su nulidad y retrotraer los efectos hasta antes de su publicación.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

En el caso de Cosapi Minería, la acción popular no tiene incidencia en el procedimiento administrativo. En efecto, la no pre publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR implica la constitución de una barrera burocrática tan clara y objetivamente demostrable que no es necesario que culmine la acción popular. Independientemente de lo que determine el órgano jurisdiccional, la realidad es que el MTPE no cumplió con el numeral 14.1 del artículo 14 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, por lo que las barreras burocráticas que materializan las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR continuarán sin superar el análisis de legalidad de forma, previsto en el artículo 14 de la Ley. También, en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, se evaluará el análisis de razonabilidad de las barreras burocráticas denunciadas en los términos del artículo 18 de la Ley. De ahí que, no correspondía suspender el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

La SEL tendría la posición de suspender los procedimientos principales que tienen por objeto cuestionar las barreras burocráticas materializadas en las disposiciones administrativas del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Sin embargo, dicha posición no tendría que ser compartida por la CEB; no se suspenden, automáticamente, los demás procedimientos principales de eliminación de barreras burocráticas en primera o segunda instancia; y, no se quedan sin efecto y/o suspenden las medidas cautelares otorgadas por la CEB y/o confirmadas por la SEL.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

Baca, V. (2022). *Informe legal sobre suspensión del procedimiento seguido ante la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas*. INDECOPI.

Castillo, M., Sabroso, R. (2011). *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Palestra Editores.

- Huamán, L. (2019). *Procedimiento Administrativo General comentado*. Jurista Editores.
- Monereo, J. (2012). *Manual de Derecho Administrativo Laboral*. Tecnos.
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Gaceta Jurídica.
- Rocco, U. (1981). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Temis.
- Tirado, J. (2018). *Eliminación de Barreras Burocráticas. Análisis del Decreto Legislativo N° 1256 que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas*. Gaceta Jurídica.

#### 1. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Perú. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 289-2022/CEB-INDECOPI (18/08/2022). Quesada Oré, L.R., Solís Salazar, V.M., y Sánchez Povich, L.
- Perú. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0179-2022/CEB (20/05/2022). Quesada Oré, L.R., y Mendoza Gutiérrez, C.E. Solís Salazar, V.M. (disc.)
- Perú. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0385-2018/CEB-INDECOPI (22/11/2018). Del Águila Ruiz De Somocurcio, P., Mendoza Antonioli, D., Quesada Oré, L.R., y Vera Tudela Wither, R. A.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

- Perú. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0429-2014/CEB-INDECOPI (14/10/2014). Del Aguila Ruiz De Somocurcio, P., y Novoa Tello, J. F. Vera Tudela Wither, R. A. (disc.).
- Perú. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0423-2014/CEB-INDECOPI (14/10/2014). Del Aguila Ruiz De Somocurcio, P., Novoa Tello, J. F., y Vera Tudela Wither, R. A.
- Perú. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0292-2013/CEB-INDECOPI (24/07/2013). Chávez Álvarez, J., Mendiola Cabrera, A., y Sardón De Taboada, J. L.,
- Perú. Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0072-2023/SEL-INDECOPI (24/02/2023). Cáceres Valderrama, A. L. A., Mendoza Antonioli, D. J., Paredes Castro, G. R., y Vignolo Cueva, O.
- Perú. Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 355-2022/SEL (30/09/2022). Cáceres Valderrama, A. L. A., Del Águila Ruiz De Somocurcio, P., Paredes Castro, G. R., y Vignolo Cueva, O.
- Perú. Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad

- Intelectual. Resolución N° 0047-2022/SEL-INDECOPI (01/02/2022). Ampuero Miranda, A. A., Cáceres Valderrama, A. L. A., Del Águila Ruiz De Somocurcio, P., Paredes Castro, y G. R., Vignolo Cueva, O.
- Perú. Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0237-2021/SEL-INDECOPI (18/03/2021). Ampuero Miranda, A. A., Cáceres Valderrama, A. L. A., Paredes Castro, G. R., y Vignolo Cueva, O.
- Perú. Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0105-2020/SEL-INDECOPI (25/06/2020). Ampuero Miranda, A. A., Baca Oneto, V. S., Cáceres Valderrama, A. L. A., Paredes Castro, G. R., y Vignolo Cueva, O.
- Perú. Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0004-2019/SEL-INDECOPI (10/01/2019). Ampuero Miranda, A. A., Cáceres Valderrama, A. L. A., Diez Canseco, G. F., y Paredes Castro, G. R.
- Perú. Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0565-2011/SC1-INDECOPI (03/03/2011). Andrade Ciudad, R. F., Avendaño Valdez, J. L., Candela Gómez De La Torre, J. A., Ferrero Diez Canseco, A., y Tapia Cano, H.

La suspensión del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas cuando se encuentra en trámite un proceso judicial: A propósito del cuestionamiento relativo a la prohibición de utilizar la tercerización laboral para las actividades que comprenden el “núcleo de negocio”

Perú. Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 2310-2010/SC1-INDECOPI (17/08/2010). Andrade Ciudad, R. F., Avendaño Valdez, J. L., Candela Gómez De La Torre, J. A., Ferrero Diez Canseco, A., y Tapia Cano, H.

Perú. Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1535-2010/SC1-INDECOPI (03/05/2010). Andrade Ciudad, R. F., Avendaño Valdez, J. L., Candela Gómez De La Torre, J. A., Ferrero Diez Canseco, A., y Tapia Cano, H.

Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia bajo el Expediente N°00514-2021-PA/TC (13/05/2021). Blume Fortini, E., Ferrero Costa, A., Ledesma Narváez, M., y Sardón De Taboada, J.L.

Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia bajo el Expediente N° 0006-2019-CC/TC (14/01/2020). Espinosa-Saldaña Barrera, E., Ledesma Narváez, M., Miranda Canales, M.J., y Ramos Núñez, C.

Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia bajo el Expediente N° 0025-2010-PI/TC (21/06/2011). Álvarez Miranda, E., Beaumont Callirgos, R., Calle Hayen, F., Eto Cruz, G., Mesía Ramírez, C., y Urviola Hani, O.

Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia bajo el Expediente N° 00014-2009-PI/TC (25/08/2010). Álvarez Miranda, E., Beaumont Callirgos, R., Calle Hayen, F., Eto Cruz, G., Mesía Ramírez, C., y Urviola Hani, O.

Por:

Ernesto José

Saavedra Bazán\*

*SIMPLES “DEMORAS” VS. “INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”: NOTAS PARA EL ESTUDIO CONCEPTUAL DE LOS PLAZOS MÁXIMOS DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y SU INCUMPLIMIENTO\*\**

### Resumen

El autor aborda las notas principales para un estudio conceptual del ‘plazo legal’ y el ‘plazo razonable’ en los procedimientos administrativos de evaluación previa, a efectos de asociarlos con los conceptos de simples ‘demoras’ e ‘inactividad administrativa’. Se identifica una serie de oportunidades para mejoras legislativas a la normativa administrativa general nacional, así como para un cambio de paradigmas sobre el procedimiento administrativo mismo.

### Abstract

The author addresses key ideas for a conceptual study of the 'legal term' and the 'reasonable term' in prior-evaluation administrative proceedings, to associate them with the concepts of mere 'delays' and 'administrative inactivity'. A series of opportunities for legislative improvements to the national general administrative regulations as well as for a shift of paradigms regarding the administrative proceeding itself are identified.

**Palabras clave:** Administración pública, procedimiento administrativo, plazo legal, plazo razonable, inactividad administrativa

**Keywords:** Public Administration, administrative proceeding, legal term, reasonable term, administrative inactivity

---

\* Abogado por la Universidad de Piura. Correo electrónico: [ej.saavedrabazan@gmail.com](mailto:ej.saavedrabazan@gmail.com)

\*\* El presente artículo se origina en y contiene pasajes del trabajo de fin de grado elaborado por el autor para su licenciatura, bajo la dirección del Dr. Orlando Vignolo Cueva y defendido con fecha 2.11.2023.

Recibido: 24 de abril de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

## Sumario

**I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 1. BREVE APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 2. REGULACIÓN EN EL TUO LPAG, A PROPÓSITO DE LA INEXISTENCIA DE UNA “ESTRUCTURA GENERAL” DEL PROCEDIMIENTO, PER SE. 3. ARISTAS DE PROTECCIÓN DEL ‘PLAZO LEGAL’ Y ‘PLAZO RAZONABLE’ EN EL ORDENAMIENTO PERUANO. III. LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: UNA DISTINCIÓN ENTRE EL ‘PLAZO LEGAL’ Y EL ‘PLAZO RAZONABLE’. 1. OBLIGATORIEDAD Y GENERALIDADES DE LOS PLAZOS Y TÉRMINOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 2. EL ‘PLAZO LEGAL’ DESDE UNA MIRADA A LOS DIFERENTES PLAZOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS. 3. EL ‘PLAZO RAZONABLE’ Y LA JUSTIFICACIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR. A) Aproximación al plazo razonable. B) Criterios generales para el análisis de la justificación en el ‘plazo razonable’, a partir de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los últimos años. a. Complejidad del asunto. b. Conducta procedimental de las autoridades administrativas. c. Conducta procedimental del administrado. d. Consecuencias de la dilación en la situación jurídica del interesado. C) Concreciones sobre el ‘plazo razonable’ y las distancias que lo separan del ‘plazo legal’. IV. SIMPLES ‘DEMORAS’ VS. ‘INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA’, A PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ‘PLAZO LEGAL’ Y EL ‘PLAZO RAZONABLE’. 1. ‘DEMORAS’ COMO MEROS INCUMPLIMIENTOS DEL ‘PLAZO LEGAL’. 2. ‘INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA’ Y SU CORRESPONDENCIA A INCUMPLIMIENTOS DEL ‘PLAZO RAZONABLE’. A) Delimitación conceptual. a. Ausencia de una actuación administrativa, jurídica o material. b. Incumplimiento de un deber legal de actuar. c. Posibilidad de atender o cumplir el deber legal de actuar. B) Clasificación de la inactividad. a. Inactividad formal de la Administración Pública. b. Inactividad material de la Administración Pública. 3. ‘DEMORAS’ VS. ‘INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA’, A MANERA DE CONCLUSIÓN. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.**

## ***I. INTRODUCCIÓN***

Muchas de las grandes necesidades sociales encuentran concreción en dinámicas más bien cotidianas, con actividades de las más sencillas por parte del poder público. Aquello puede constatarse importantemente con los pronunciamientos que es posible obtener de la Administración pública. Más aún, en vista de la cantidad de veces que dichas actividades se repiten, sobre un número de ciudadanos, su tramitación y la eficiencia en ella adquieren la mayor relevancia. No hay duda de que varios de los grandes derechos del ciudadano encuentran tantas veces su apoteosis en el cotidiano actuar de la autoridad.

Con ello, es indispensable una Administración pública diligente y oportuna en la resolución de las cuestiones que frente a ella se colocan. Así, reviste de cardinal importancia que la decisión de los procedimientos por las autoridades se haga dentro de los plazos previstos para ella. En otras palabras, se habla de los pilares fundamentales de una ‘buena administración’, cuya importancia se vuelve aún mayor al entrar en contacto con bienes humanos de los más básicos. Por lo tanto, contar con una Administración pública a la altura de dichas demandas no es un privilegio, sino una necesidad.

Pese a ello, nuestra Administración pública todavía afronta muchos retos que le impiden ostentar una ‘buena’ administración en los espacios en los que interviene. Como expresión de dichos retos, en los procedimientos bajo estudio se identifican deficiencias que llevan a que se resuelvan de forma tardía o incluso no lleguen a término, patología en perjuicio de los administrados que –pese a su gran relevancia–

no ha sido muy abordada<sup>1</sup>. En vista de ello, es objetivo de esta investigación abordar las notas básicas de un estudio conceptual sobre dos diferentes plazos máximos de duración de los procedimientos administrativos, como son el ‘plazo legal’ y el ‘plazo razonable’, a efectos de abordar las diferencias de su incumplimiento, traducido respectivamente en simples ‘demoras’ y la patología de la ‘inactividad administrativa’ propiamente dicha.

## **II. FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

### **1. BREVE APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Explica J. A. SANTAMARÍA PASTOR que el análisis de la actividad administrativa de las últimas décadas gravita con mayor fuerza en la dirección de un estudio abstracto y transversal, con objeto de construir y definir los contenidos y formas jurídicas genéricas de que la Administración pública hace mano; o, en otras palabras, desde una perspectiva de los instrumentos formales de que se vale (Santamaría Pastor, 2009, 19). En ese sentido, el autor identifica, además de la potestad reglamentaria, instrumentos formales como los contratos y los actos administrativos. Estos derivan, respectivamente, en auténticas actividades reglamentaria –o normativa–, convencional y procedimental, a las que se añade, además y por contraposición, la actividad material. Atendiendo al objeto de esta investigación, el análisis se centra en la ‘actividad formal procedimental’ de la Administración pública, la que se despliega en el desarrollo de los procedimientos administrativos.

---

<sup>1</sup> Para el caso de España, afirma M. GÓMEZ PUENTE con relación a la ‘mala administración’ y la inactividad de la Administración pública que no han recibido atención particular de la doctrina o la jurisprudencia (Gómez Puente, 2011, 67).

En el Perú, la materia ha sido aún menos abordada, como recuerdan R. HUAPAYA y L. SÁNCHEZ POVIS en doctrina de los últimos años (Huapaya Tapia y Sánchez Povis, 2020, 252).

El procedimiento administrativo, desde una perspectiva general y amplia, es una institución compleja, transversal y esencial del Derecho Administrativo que trasciende a la vida cotidiana de los administrados. Una aproximación al procedimiento administrativo, útil para los efectos de esta investigación, es la de su caracterización paradigmática como uno inspirado en el proceso judicial, decisorio, secuenciado con soluciones y criterios tomados del modelo de la práctica procesal, reservado para las decisiones formalizadas de la Administración pública (cfr. Barnes, 2011). Es este el procedimiento que se ve ampliamente regulado y que ocupa la atención de la doctrina, al punto de reservarse a él la expresión misma de ‘procedimiento administrativo’ (Barnes, 2011, 82). Estos procedimientos se caracterizan por constituir ante todo un instrumento o mecanismo para la correcta aplicación del Derecho, especialmente diseñado para el dictado de actos administrativos singulares y que cumple una función instrumental al servicio de su mejor aplicación; que en su estructura se informa de una visión procesalista constituyendo, en fin, un proceso decisorio y, en definitiva, uno de estructura lineal<sup>2</sup>, secuencial y sucesiva (Barnes, 2011, 83-85).

Sobre este procedimiento decisorio, lineal e instrumental a la aplicación del Derecho, es posible anotar que es una institución fundamental del Derecho Público actual, por razones de legitimidad como por razones de eficacia, en el contexto del Estado Social de Derecho (García de Enterría y Fernández, 2002b, 447). Aunque la doctrina jurídica es fecunda en definiciones, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ definen al procedimiento administrativo como un complejo de actos, tanto del administrado como de la Administración pública, de diverso valor todos

---

<sup>2</sup> Sobre la linealidad del procedimiento administrativo ‘de primera generación’, cfr. lo desarrollado por J. BARNES (Barnes, 2011, 102) y, en la misma línea, lo desarrollado por F. GONZÁLEZ NAVARRO (González Navarro, 1981, 432).

ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final (García de Enterría y Fernández, 2002b, 448); que establece una relación jurídica con los administrados –desde su inicio y hasta su conclusión, en las diferentes fases que comprenda– de naturaleza dinámica y evolutiva, y que se desarrolla en una serie de derechos, obligaciones y cargas (García de Enterría y Fernández, 2002a, 560).

## 2. REGULACIÓN EN EL TUO LPAG, A PROPÓSITO DE LA INEXISTENCIA DE UNA “ESTRUCTURA GENERAL” DEL PROCEDIMIENTO, PER SE

Revisada –si bien a grandes rasgos– la complejidad de una institución como la del procedimiento administrativo, huelga detenerse en la cuestión de su ‘generalidad’, a efectos de entender el rol que cumple nuestra norma administrativa general –es decir, la LPAG, reordenada hoy en el TUO LPAG<sup>3</sup>– en el diseño y tramitación de los respectivos procedimientos. Sobre la tipología de procedimientos, una primera diferenciación que se practica es la del procedimiento ‘general’ frente a los procedimientos ‘especiales’. No obstante, F. GONZÁLEZ NAVARRO practica una clasificación que puede tenerse como anterior, pues diferencia entre aquellos procedimientos con tramitación establecida –o ‘formalizados’– y procedimientos en que se deja libertad al instructor para fijar la tramitación –o ‘no formalizados’–, en los cuales el elemento diferenciador es patente: en unos casos se sigue un cauce ritual diseñado y preestablecido por el legislador, mientras que, en los otros, no (González Navarro, 1981, 415-418). Con ello, se aprecia la utilidad de las herramientas previstas

---

<sup>3</sup> A la que, en adelante y para mayor facilidad en la exposición, nos referiremos simplemente como ‘TUO LPAG’ y su articulado. Valga evitar cualquier confusión y recordar que un texto único ordenado tiene como finalidad presentar en un solo texto integral la norma en cuestión, reordenada y sistematizada, a efectos de facilitar su lectura y devolverle la coherencia sistemática que de ella pudiera haberse visto disminuida a raíz de los cambios que sufriera a lo largo de su existencia.

en la norma administrativa general y su rol en el diseño y tramitación de los procedimientos. Así, a los primeros sirve de referencia el diseño que la norma administrativa general haga de cada instrumento procedimental, mientras que a los segundos sirve de “*depósito instrumental jurídico*” en el que la autoridad pueda encontrar siempre la herramienta que necesite (González Navarro, 1981, 415-418).

En vista de ello, corresponde preguntarse, entonces, cuál es el rol del TUO LPAG como norma del ‘procedimiento administrativo general’ en el país y, finalmente, qué es aquello que regula. Debe considerarse, con F. GONZÁLEZ NAVARRO, que también en nuestro país “[...] *no existe ese pretendido procedimiento común o general, procedimiento tipo, al que habría que referirse para calificar a otros de especiales [...]*” (González Navarro, 1981, 419), siendo entonces que no puede hablarse de un ‘procedimiento general’ *per se*, modelo a ser replicado por el ordenamiento, sino que más bien se aprecia una pluralidad de procedimientos formalizados diseñados con las herramientas provistas en la norma administrativa general e informados por sus principios generales aplicables a todos ellos, como norma común. Por dicha razón, el autor ha afirmado que “[...] *no solo es que legalmente resulte insostenible la existencia de ese procedimiento común único y modélico, sino que tampoco doctrinalmente es posible imaginarlo [...]*” y que “[...] *es sencillamente imposible, por tanto, concebir un único procedimiento general—que abarque la mayor parte de los casos—*”, volviéndose necesario “[...] *parcelar los campos, considerar aisladamente los distintos fines a realizar. Y así surgen, por sectores, los distintos procedimientos formalizados*” (González Navarro, 1981, 420).

En ese contexto, la norma general se presenta con un conjunto de herramientas procedimentales necesarias para el desarrollo del procedimiento y la consecuente obtención de los fines perseguidos por la Administración pública. Al respecto, y por su

parte, la legislación peruana se decanta por una definición que identifica al procedimiento como una serie de actos y diligencias que conducen a la emisión de un acto administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 del TUO LPAG.

Si bien, como se ha visto, la definición y tipología de procedimientos puede ser mucho más compleja y matizada que la clasificación prevista en el TUO LPAG, en el procedimiento lineal regulado por ella se reconocen dos fases, como son (i) la fase de conocimiento, aquella dirigida a obtener la decisión administrativa misma; y (ii) la fase de ejecución, aquella dirigida a hacer efectivo el contenido material de lo decidido (Morón Urbina, 2018b, 698). Asimismo, por su parte, el artículo 32 del TUO LPAG distingue dos tipos de procedimientos: (i) de evaluación previa, sobre el que gravita esta investigación y que se encuentra comprendido dentro del concepto de procedimiento lineal a que se ha hecho referencia hasta el momento; y (ii) de aprobación automática.

El artículo 155 del TUO LPAG establece que, salvo determinadas excepciones, los procedimientos se llevan a cabo de forma sencilla y sin fases procedimentales o momentos rígidos para desarrollar determinadas actuaciones o dar respuesta a ellas. Ello supone entender al procedimiento, principalmente aquel de evaluación previa en su fase de conocimiento en lo que a esta investigación concierne, como uno sin etapas o fases rígidas y más bien ordenado según el criterio de unidad de vista. Sin perjuicio de ello, importante doctrina reconoce tres grandes hitos del procedimiento en su fase de conocimiento, como son los de (i) iniciación, (ii) instrucción, y (iii) resolución (García de Enterría y Fernández, 2002b, 485-511). Si bien no se trata de un esquema estático, unitario, ni mucho menos preclusivo (Morón Urbina, 2018a, 331), este esquema es también replicado en el TUO LPAG. En efecto, la norma administrativa prevé una regulación básica para los procedimientos a lo largo de su Título II, “Del

procedimiento administrativo”; y –especialmente– dentro de él, el Capítulo III, “Iniciación del procedimiento”, y siguientes.

Con ello, se distingue, dentro de la ‘actividad formal procedimental’, aquella que se desarrolla en el inicio, en la instrucción o en la resolución –o finalización– de los procedimientos; siendo posible deconstruirla en actividad formal procedimental de inicio, de instrucción o de resolución –o finalización– de los procedimientos, según el hito o *momento* del procedimiento en que se encuentre. En línea con los objetivos de la investigación, los supuestos que incidan sobre el procedimiento en su inicio o etapas intermedias no son objeto de análisis en esta oportunidad. Es objeto de este análisis más bien la consecuencia, el incumplimiento mismo de dictar la resolución en el máximo plazo legalmente establecido pues, como también explica M. GÓMEZ PUENTE, este incumplimiento termina absorbiendo los de los estados intermedios, resultando de particular interés (Gómez Puente, 2011, 627).

### 3. *ARISTAS DE PROTECCIÓN DEL ‘PLAZO LEGAL’ Y ‘PLAZO RAZONABLE’ EN EL ORDENAMIENTO PERUANO*

Una revisión de los fundamentos del procedimiento administrativo permite identificar cuatro aristas de protección por el ordenamiento que inciden en la materia bajo estudio –esto es, los diferentes plazos máximos del procedimiento–. Son listadas a continuación sin ningún orden de preeminencia en particular, más allá de las diferencias entre ellas que la naturaleza de cada una sugiere, de acuerdo con lo siguiente:

Reconocimiento constitucional del derecho de los administrados de obtener una decisión por escrito y dentro del ‘plazo legal’, derecho que es directamente reconocido en el artículo 2.20 de la Constitución del Perú para sus pedidos, pero que

alcanza lógicamente también a los procedimientos iniciados de oficio, en atención de las garantías y herramientas que provee el TUO LPAG para todos los procedimientos. Este derecho supone unos consecuentes ‘deber’ y ‘obligación’ de resolver por parte de la Administración pública, con específicas consecuencias sobre la obligatoriedad de los plazos y términos de los procedimientos.

En ese sentido, si bien en nuestro ordenamiento el procedimiento administrativo no ha sido abordado como tal por el texto constitucional, vemos el ‘deber de resolver’ de la Administración pública como un deber abstracto y fundamental de resolver en todos los casos, fundamentado en el papel que cumple en el Estado Social de Derecho. En el contexto del procedimiento, en cuyo marco –como vimos ya– se generan reales obligaciones y derechos para las partes, dicho ‘deber de resolver’ genera la obligación capital para la autoridad en tal contexto, como es, justamente, la ‘obligación de resolver’ –concreta y exigible por el administrado– las materias del procedimiento. Dichos deber y obligación son, en primer lugar, colocados sobre la Administración pública para ser cumplidos dentro del ‘plazo legal’ el que, en pocas palabras, es el definido por la normativa. Ahora bien, en un orden de ideas conexo, pero ciertamente diferenciable, se identifica –como se verá– el reconocimiento y protección de un ‘plazo razonable’.

Ahora bien, superada la cuestión constitucional sobre el reconocimiento del ‘plazo legal’ corresponde detenerse brevemente en las tres siguientes aristas, sobre los principios del procedimiento. Siendo que el estudio detallado de una realidad axiológica tan compleja como son los principios del Derecho –e incluso los del Derecho Administrativo– escapa los límites de esta investigación, únicamente se mencionarán aquellos principios que se resultan directamente relevantes al objeto bajo estudio, para una aproximación inicial. Asimismo, si bien la lista que provee el

TUO LPAG es enunciativa y no taxativa, únicamente consideraremos aquellos formalmente reconocidos por él:

Formalización legal –reconocimiento legal expreso, esto es– de los principios de garantía sobre la conducción del procedimiento y obtención de una decisión en ‘plazo razonable’ –en el principio de debido procedimiento en el artículo IV.1.1.2 del TUO LPAG– y ‘tiempo razonable’ –en el principio de celeridad en el artículo IV.1.1.9 del TUO LPAG.

Formalización legal de una serie de principios con pautas para la correcta y oportuna conducción, así como diseño legal, de los procedimientos por parte de la Administración pública, los que inciden en un mejor aprovechamiento del tiempo y buscan reducir las ineficiencias en los mismos.

Garantía de responsabilidad de la Administración pública por su mal funcionamiento y de sus funcionarios por su actuación ilícita, los que incluyen el incumplimiento injustificado de los plazos previstos para las correspondientes actuaciones, previstos tanto en el principio de responsabilidad en el artículo IV.1.1.18 del TUO LPAG como en las disposiciones sobre responsabilidad por incumplimiento *injustificado* de plazos, en el artículo 154 de la misma norma.

### **III. LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: UNA DISTINCIÓN ENTRE EL ‘PLAZO LEGAL’ Y EL ‘PLAZO RAZONABLE’**

#### **1. OBLIGATORIEDAD Y GENERALIDADES DE LOS PLAZOS Y TÉRMINOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Desde su rol como norma común del procedimiento administrativo, el TUO LPAG regula, además de los plazos y términos más generales y de referencia, las reglas generales para su cómputo y su preceptiva obligatoriedad. Así, los plazos y términos

son regulados como máximos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142 del TUO LPAG. Con ello, se establece que obligan por igual, y sin necesidad de apremio alguno, tanto a la Administración pública como a los administrados, en lo que a cada uno concierne.

No obstante, es pertinente hacerse una pregunta más bien provocadora: ¿sufren de la misma forma por los incumplimientos de plazos tanto la Administración pública como los administrados? y, por lo tanto, ¿son realmente obligatorios, por igual, para ambos? La respuesta debería ser negativa: atendiendo a las muy diferentes posiciones en que se encuentran ambos participantes en el procedimiento, desde luego, pero negativa, al fin y al cabo. En vista de ello, A. GORDILLO anota que la afirmación de que plazos y términos obliguen de igual forma es más bien inexacta. Señala el autor que, aunque los plazos son en teoría obligatorios por igual para ambas partes, las consecuencias de cara a la cuestión objeto del procedimiento son diferentes; pues, aunque el procedimiento –y el acto resultante de él– puede sobrevivir a pesar de la inacción del funcionario público en cuestión, una dilación por parte del administrado puede llevarle incluso a perder su derecho, en ciertos casos. Más aún, el autor ha llegado a calificar a la afirmación de que los plazos obligan por igual a una y otra parte de ‘insatisfactoria’ y ‘disvaliosa’, afirmando que es “[...] *empíricamente falsa, que no puede entonces constituir un principio de derecho*” (Gordillo, 2016, 395-398).

Por dicha razón, si bien se reconoce la obligatoriedad de plazos y términos a que hace referencia la regulación bajo comentario, se identifica también que si, en la práctica, Administración pública y administrados se llegan a encontrar en posiciones diferentes con relación a sus plazos, ello es en vista de sus posiciones diferentes en el procedimiento como tal. Aquello es consecuencia legislativa directa de la verdadera obligación de decidir los procedimientos, que recae en la Administración pública como

consecuencia de su ‘deber de resolver’, abordado atrás. Es en ese sentido que, para el caso de los actos a cargo de la autoridad, la norma establece que el vencimiento del plazo legal no la exime de las obligaciones establecidas. Más bien, dispone que no quedan afectas *per se* de nulidad las actuaciones administrativas fuera de término, salvo la ley lo disponga de forma expresa, por la naturaleza perentoria del plazo en cuestión.

## 2. *EL ‘PLAZO LEGAL’ DESDE UNA MIRADA A LOS DIFERENTES PLAZOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS*

La idea del tiempo no es ajena al Derecho, en especial como dimensión en que se desarrollan los procedimientos administrativos. En efecto, el factor del tiempo es tan relevante al procedimiento administrativo que ha llevado a algún autor a referirse a él como una sucesión de momentos en el tiempo y a la teoría del procedimiento como la ciencia de los plazos (cfr. Morón Urbina, 1998). Así, el tiempo se encuentra en triple relación con el procedimiento administrativo toda vez que (i) le da un marco para realizar los actos jurídico-procedimentales, (ii) lo ordena de forma secuencial, y (iii) le otorga regularidad –pues debe realizarse en modo oportuno– (Morón Urbina, 1998).

Con J. C. MORÓN URBINA, se identifican cuatro características del plazo en el procedimiento administrativo (Morón Urbina, 1998):

Certeza, pues es fijado de forma determinada y, desde su establecimiento, es entendido como máximo sin distinguir si está señalado expresamente para una fecha concreta o –como en el caso de los plazos de este estudio– mediante la fijación de un tiempo determinado a partir de cierto acto previo –por ejemplo, un número de días desde la notificación de alguna providencia.

Origen dual, pues los plazos tienen su origen (i) en la norma positiva expresa por medio de la cual se establece el procedimiento –es decir, ‘plazos legales’, el que vendría a ser el caso de los procedimientos ‘formalizados’, bajo análisis–, o (ii) en la actividad discrecional de la autoridad, el que vendría a ser el caso de los procedimientos ‘no formalizados’, sin perjuicio de las disposiciones de carácter general y común del TUO LPAG.

Obligatoriedad, pues resultan obligatorios para todos los participantes del procedimiento, si bien con los matices y diferencias que se anotaron líneas arriba.

Son resolutorios, pues limitan la posibilidad de efectuar actos procedimentales dentro de un cierto periodo de tiempo futuro, indicando cuándo deben ser realizados los actos en cuestión.

En ese sentido, una primera aproximación conceptual a la idea del ‘plazo legal’ en los procedimientos administrativos formalizados bajo análisis permite identificarlo, con la mayor lógica, como aquel periodo de tiempo cierto, normativamente definido<sup>4</sup> y obligatorio, dentro del cual debe llevarse a cabo una actividad determinada.

Es posible distinguir los plazos administrativos siguiendo ciertos criterios clasificatorios (Morón Urbina, 1998). Para efectos de esta investigación, consideramos útil la clasificación fundamental planteada en el ámbito español por H. GONSÁLBEZ PEQUEÑO, quien diferencia a partir de la normativa española “[...] *entre los plazos de los trámites administrativos de un procedimiento, y el plazo total del procedimiento*

---

<sup>4</sup> Naturalmente, en el caso de los procedimientos ‘no formalizados’ no se tratará de ‘plazos legales’ en sentido de normativamente definidos, sino de plazos expresamente fijados por la Administración pública, si bien con sujeción a lo que disponga el ordenamiento en límite a la discrecionalidad de la autoridad.

*administrativo [...]*”, distinguiendo también “[...] *entre plazos destinados a los administrados y plazos destinados a la Administración Pública*” (Gonsálbez Pequeño, 2017, 1196-1197). A partir de dicha distinción, extrapolable al ordenamiento nacional, será posible adelantar una clasificación dual de los ‘plazos legales’, sobre la base de los criterios fijados.

En primer lugar, podrán clasificarse por el sujeto del procedimiento al que se dirigen, pudiendo ser (i) plazos dirigidos a los administrados, o (ii) plazos dirigidos a la autoridad. En segundo lugar, por su proyección en el procedimiento mismo, podrán ser (i) plazos procedimentales, entendidos como aquellos fijados por la normativa para los actos y trámites que integran el procedimiento, o (ii) plazos máximos de duración, entendidos como aquellos fijados por la normativa para la duración máxima de cada procedimiento en sí mismo; es decir, plazos totales. En vista de la delimitación del objeto de esta investigación, el análisis gravitará en torno a los plazos máximos de duración los que, como veremos, en la práctica difundida en el ordenamiento peruano, son dirigidos primordialmente a la autoridad. Nos explicamos, desde dos cuestiones relevantes a tener en cuenta sobre la regulación de los plazos máximos de duración de los procedimientos.

En primer lugar, se encuentra la cuestión de si dichos plazos máximos se refieren al procedimiento en su totalidad, englobado como un todo y comprendiendo, por tanto, actuaciones de administrados y autoridades, o si –por el contrario– se refieren únicamente a las actuaciones de la autoridad. Al respecto, se anota que el plazo máximo de duración de treinta (30) días hábiles está regulado en los artículos 39 y 153 del TUO LPAG<sup>5</sup> como parámetro para todo el procedimiento, siendo el criterio

---

<sup>5</sup> Anotamos también la innecesaria regulación dual de esta materia en dos mismos artículos de una misma norma, en términos casi idénticos.

para su definición el contabilizarlo *desde su inicio y hasta su término*, lo que debería ser comprensivo de –efectivamente– el procedimiento completo, englobado como un todo. En efecto, al señalar que los procedimientos están sujetos a un plazo “*desde el inicio*” y “*hasta que sea dictada la resolución respectiva*”, la norma estructura al procedimiento como un todo, desde su inicio y hasta su final. Por ello, desde la posición de norma común del TUO LPAG y las garantías que otorga a los administrados, también debería ser ese el criterio de legisladores posteriores y la propia Administración pública al regular procedimientos de duración mayor – aplicando la excepción de las normas revisadas–, pero también al aplicar el plazo de treinta (30) días hábiles previsto.

No obstante, esta no es la práctica en muchos de los casos en el país –si no en todos– en los que la tendencia es a regular los plazos del procedimiento únicamente desde los plazos de la autoridad para resolver, con una suspensión de dichos plazos cuando deba darse lugar a actuaciones por parte de los administrados, observándose ya no un plazo de duración del procedimiento como un todo. La principal consecuencia de esta diferencia de percepción es la del diseño de procedimientos a partir de una visión parcial, en los que el plazo de duración debe calcularse día a día dentro de la actuación de la autoridad, y no directamente desde el conocimiento de su fecha de inicio. Una segunda consecuencia es la de una marcada tolerancia a la pasividad en la actuación de los administrados –o, incluso, su entorpecimiento de los procedimientos–, habida cuenta de que, finalmente, los plazos se ven suspendidos mientras quede en los administrados el cumplimiento de ciertas actividades o requisitos, con el riesgo de presenciarse un relajamiento en el deber de la autoridad de conducir los trámites *motu proprio*. Una tercera consecuencia de este cambio de percepción se presenta en la aplicación del plazo máximo de treinta (30) días hábiles

establecido por la regulación general del TUO LPAG, en el diseño de procedimientos establecidos por la vía reglamentaria, los cuales materialmente terminarían superando dicho plazo, por tener que sumarse los plazos para los administrados. Una cuarta consecuencia de este cambio de percepción es la dificultad que recae en el ciudadano al contabilizar los plazos máximos de duración y poder determinar, por ejemplo, la aplicación del silencio que corresponda.

En segundo lugar, se encuentra la cuestión de si dichos plazos máximos de duración alcanzan únicamente al ‘plazo para resolver’ o si también abarcan el ‘plazo para notificar’ la decisión de la autoridad. Al respecto, se identifica en que sus artículos 39 y 153, el TUO LPAG ha optado por regular el plazo aplicable, como se vio líneas arriba, desde el momento en que *es iniciado* el procedimiento hasta el día en que *se dicte* la resolución respectiva. Así, no fluye de nuestra legislación el que el ‘plazo para resolver’ –visto como el plazo máximo que tiene la autoridad para dictar la resolución, desde que iniciado el procedimiento– se encuentre intrínsecamente ligado al ‘plazo para notificar’ –la resolución que decide el pedido, esto es–. A diferencia de lo acontecido en el ordenamiento español, en el cual la doctrina anota una claridad indiscutible de las disposiciones que ligan el ‘plazo para resolver’ con el ‘plazo para notificar’ (Beato Espejo, 2000, 22-23 y Santamaría Pastor, 2009, 91-94), la cuestión no resulta tan clara en el TUO LPAG. En todo caso, no resulta clara salvo dicha claridad se pretenda con una lectura literal de los artículos, atendiendo a lo que *no dicen*, lo que desligaría el ‘plazo para resolver’ del ‘plazo para notificar’; extendiendo materialmente el plazo máximo de duración de los procedimientos, por ejemplo, en el caso del de treinta (30) días, que plantea el ordenamiento como base. Paradójicamente, esta ha sido la postura del Tribunal Constitucional en jurisprudencia de los últimos años (Tribunal Constitucional del Perú, 2018, F.J. 37 y Tribunal Constitucional del Perú,

2021, 14), en la que expresamente ha señalado que “[c]on relación a la finalización del cómputo del plazo, se entiende que el término del procedimiento administrativo opera en el momento en que la autoridad administrativa expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona en sede administrativa [...]” (énfasis añadido). Se anota el uso por el Tribunal del término ‘expedir’, con el que se refiere a la *emisión* de la resolución.

No obstante, consideramos que una tal lectura de la cuestión es más bien mejorable, por incompleta, ajena al contenido constitucional del derecho de los ciudadanos de obtener respuesta, abordado antes, sobre el cual el Tribunal Constitucional mismo ha establecido que garantiza unos determinados mandatos principales para la Administración pública, entre los cuales se encuentra, efectivamente, el comunicar al peticionante la decisión adoptada (Tribunal Constitucional del Perú, 2002, F.J. 2.2.4). De hecho, se aprecia que la referida sentencia es mucho más acertada sobre la materia, al punto de afirmar, muy ilustrativamente, que “[...] la notificación se refiere más bien a una formalidad ineludible para la autoridad, utilizada para poner en conocimiento del peticionante el resultado de su petición [...]” (énfasis añadido).

Desde esta investigación, entendemos que el procedimiento no debe considerarse terminado sino hasta que se hayan efectuado las diligencias de notificación, asegurándose de atender en él todos los mandatos del derecho de petición. Consideramos que es precisa una modificación normativa que explicita este criterio en el ordenamiento, modificación que, si bien vemos pertinente para todos los casos, se vuelve de clamorosa necesidad para los casos en los cuales el acto administrativo no otorgue beneficio al administrado, siendo que por aplicación del artículo 16 del TUO LPAG estos actos son eficaces a partir de que su notificación

legalmente realizada produce sus efectos, viendo supeditada su ejecutividad a su notificación. En análoga reflexión desde el ordenamiento español, M. GÓMEZ PUENTE señala que:

*[...] el deber de resolver lo es de dictar una resolución ejecutiva, como son los actos administrativos [...] cuando la notificación constituye condición de la ejecutividad de la resolución a dictar, el deber de resolver no puede considerarse cumplido hasta que dicha notificación se practica [...]*” (énfasis añadido) (Gómez Puente, 2011, 634).

Desde luego, cuestión aparte será que, en lo concreto, en ciertos casos el administrado no *esté* para recibir la notificación –ya no sea ubicable en el domicilio empleado en el procedimiento, por ejemplo–, lo que dificulta el notificarle de la decisión, sí, pero es una situación que escapa de las manos de la Administración pública. En una tal mejora normativa, sostenemos, cuando menos deberá preverse que la autoridad haya realizado un primer esfuerzo válido de notificación según lo dispuesto por el TUO LPAG y las disposiciones específicas del procedimiento en cuestión, si fuera el caso.

Regulación tangencial a esta, lejos de dar una salida clarificadora, complica la lectura de las disposiciones existentes, como es el caso de la regulación de los efectos del silencio positivo. En efecto, de un lado, el artículo 36 del TUO LPAG establece que en los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo la petición del administrado se considera aprobada si “[...] vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento [...]” (énfasis añadido), ligando evidentemente el plazo máximo para emitir el

pronunciamiento con el de su notificación; mientras que el artículo 199.1 establece que los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedan “[...] *aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo [...]*” (énfasis añadido), desligando el plazo máximo para emitir el pronunciamiento del de la notificación. Peor incluso, la exposición de motivos del Decreto Legislativo Nro. 1272 –que incorporó el actual artículo 36 y trajo la modificación más reciente al artículo 199– no es clara sobre esta posición y aporta menos soluciones que las que pretende salvar, en vista de que modifica únicamente el artículo 199.2, desconociendo la regulación contradictoria del artículo 199.1, que permanece intacta (Poder Ejecutivo de la República del Perú, 2016, 14-15). Mayores luces se obtienen de la exposición de motivos del Decreto Legislativo Nro. 1029 –norma que modificó el artículo 199.1 a su redacción actual–, en la cual se sustentó la modificación afirmando que:

*“[...] existen diversas interpretaciones respecto a lo establecido en dicho artículo, al aludir a “plazo máximo”, no quedando claro si se refiere al plazo de 30 días que establece el artículo 142 o plazo distinto establecido en el TUPA, dentro del cual la administración debe dictar la resolución y notificar al administrado, incluyendo en dicho término el plazo de 05 días para notificar [...]; o si este comprende el término de 30 días o plazo distinto establecido en el TUPA, más los 05 días para notificar al administrado [...]*” (Poder Ejecutivo de la República del Perú, 2008, 8-9).

Fue en dicho escenario que se planteó:

*“[...] que el plazo de 30 días que tiene la administración para resolver sea independiente del término de 05 días para efectuar la notificación de los actos administrativos, debiendo sumarse ambos términos, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 24.1 del artículo 24 [sic], generando predictibilidad sobre la aplicación del silencio administrativo por parte de la administración” (Poder Ejecutivo de la República del Perú, 2008, 8-9).*

En otras palabras, frente a una duda sobre qué contiene el “*plazo máximo del procedimiento*”, en la disyuntiva de optar por alguna de las alternativas abordadas también por esta investigación –es decir, ligar o no el ‘plazo para resolver’ con el ‘plazo para notificar’ en el plazo máximo de duración del procedimiento–, se optó por no ligar los plazos de resolución y notificación. Por las razones que hemos identificado, consideramos que dicha decisión es por demás mejorable. Por ello, se hace necesario que o se alineen en su contenido –lo que nos dejaría todavía frente a una dualidad que no aportaría nada en el ordenamiento–, o una de ellas desaparezca, lo que consideramos una mejor solución. Desde la perspectiva ofrecida en esta investigación, que incluye una asimilación de ambos plazos –‘para resolver’ y ‘para notificar’– dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, la mejor solución es la de preservar la regulación del artículo que liga ambos plazos. No obstante, en un sistema en el cual el plazo máximo de duración de los procedimientos se identifica exclusivamente con el ‘plazo para resolver’, la solución será la que no los liga.

Si bien podría argumentarse que el administrado, al margen de estas vicisitudes, sí verá satisfecha la notificación de la decisión de la autoridad, consideramos que la concepción misma y definición del plazo máximo de duración y,

por lo tanto, el diseño en sí de los procedimientos –en la norma administrativa común, nada menos–, se alejan de los parámetros y mandatos que de forma intrínseca contiene el derecho de petición y el desarrollo legislativo sobre la obligación de resolver, aplicable a todos los procedimientos. Ciertamente, observamos que, *lege lata*, los referidos artículos 39 y 153 del TUO LPAG no llevan ligado expresamente el ‘plazo para resolver’ con el ‘plazo para notificar’, lo que en la práctica crea condiciones para que operadores jurídicos consideren extendidos los plazos máximos de duración de los procedimientos, materialmente por la adición del ‘plazo para notificar’, por separado. Desde esta investigación consideramos que, *lege ferenda*, es preciso que el legislador regule con mayor claridad en desarrollo del mandato constitucional de notificación, intrínseco al deber y obligación de resolver, insertando expresamente el ‘plazo para notificar’ su decisión dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, ligándolo por lo tanto al ‘plazo para resolver’. A manera de conclusión sobre este extremo, consideramos que el ordenamiento peruano no liga el ‘plazo para resolver’ con el ‘plazo de notificación’ aplicable a la resolución final, resultando necesario referirse al plazo máximo de duración como al primero, insertando a él el ‘plazo de notificación’ de la resolución final únicamente en los casos en los cuales el ordenamiento pudiera así disponerlo expresamente.

En vista de todo ello, no es sino seguro afirmar que el ‘plazo legal’, entendido como aquel establecido en la normativa aplicable a un determinado procedimiento administrativo, es un concepto complejo, pasible de diferenciarse desde una serie de aristas. A manera de resumen, se puede hablar de:

- i. Plazos procedimentales, entendidos como todos y cada uno de los plazos fijados por la normativa correspondiente para los trámites que integran a un procedimiento;

ii. Plazos máximos de duración de los procedimientos, entendidos como los plazos fijados por la normativa para la duración total de cada procedimiento; frente a lo cual se presentan dos cuestiones relevantes a tener en cuenta durante la contabilización, con las consideraciones que líneas arriba se ha dado a cada una de ellas:

- Si comprenden (o no) solo las actuaciones por parte de la autoridad –los plazos en que la autoridad se encuentra evaluando el expediente– o si se refieren al procedimiento en su totalidad; sobre lo que la práctica difundida en el país es la de considerar únicamente los plazos de la autoridad para resolver, suspendiendo dichos plazos para las actuaciones de los administrados, ampliándose materialmente el plazo total de los procedimientos, habida cuenta de ser necesaria una suma de los diferentes plazos en ellos.
- Si comprenden (o no), además del plazo máximo fijado para dictar la resolución, el plazo de notificación al administrado como ligado a él; sobre lo cual concluimos que, en el ordenamiento peruano, no se liga el ‘plazo para resolver’ con el ‘plazo para notificar’ aplicable a la resolución final, siendo necesario referirse al plazo máximo de duración como al primero, y pudiendo en todo caso añadirse el ‘plazo de notificación’ de la resolución final únicamente en los casos en los cuales el ordenamiento así lo disponga expresamente. Con ello, el pretendido plazo máximo del procedimiento se ve ampliado materialmente.

Ahora bien, en vista del estado de las cosas a que hemos hecho referencia sobre el ordenamiento peruano, al plazo que verdaderamente pueda colegirse de la suma de los plazos establecidos para cada quién en el procedimiento –a fin de que refleje *todo*

el procedimiento, de forma integral– podríamos referirnos como el ‘plazo integral’ del procedimiento, por no poder referirnos a él como el *verdadero* plazo máximo de duración. La práctica y las tendencias regulatorias dificultan el estudio de este ‘plazo integral’, el que definitivamente debe ser abordado desde una perspectiva casuística y cuantitativa para entender el tiempo que verdaderamente deben tomar los procedimientos para resolverse. Aquello tiene una importancia capital, pues como bien ha afirmado J. C. MORÓN URBINA, si bien se quiere que los procedimientos no sean tan extensos como para convertirse ellos mismos en paradigma del formalismo, tampoco se apunta a que por su fugacidad precipiten las decisiones o incrementen las tendencias evasivas de los funcionarios responsables de su conducción (Morón Urbina, 1998). Aquello solo puede lograrse desde una constatación de la realidad, de cuánto *pueden* efectivamente tardar los procedimientos en resolverse según las actuaciones que cada parte en ellos debe realizar. Pese a las dificultades, desde esta investigación consideramos que aquella debe ser la meta del ordenamiento peruano, acercar cada vez más el ‘plazo legal’ a un verdadero ‘plazo real’ que logre reflejar el tiempo en que verdaderamente *puede* y, por lo tanto, *debe* tomar cada procedimiento, en beneficio de una cada vez mayor certeza sobre cuál será la verdadera duración de los trámites.

A partir de todas las consideraciones hechas, se define que el ‘plazo legal’ en cuyo análisis se detiene esta investigación es el periodo de tiempo cierto, normativamente definido y obligatorio, dentro del cual debe desarrollarse el procedimiento administrativo en su totalidad –al margen de los vericuetos que el ordenamiento y, peor aún, la práctica cotidiana, presenten para su contabilidad–; lo que en la práctica deberá constatarse sobre los plazos establecidos normativamente para cada procedimiento, entendiendo que la tendencia en nuestro país es la de

identificar este plazo únicamente con el ‘plazo para resolver’ con que cuenta la autoridad.

### 3. *EL ‘PLAZO RAZONABLE’ Y LA JUSTIFICACIÓN COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR*

La obligación de decidir el pedido en el ‘plazo legal’ coexiste en el ordenamiento peruano junto con un segundo tipo de plazo máximo, el ‘plazo razonable’. Es notable la importante distinción entre ambos tipos de plazos y su utilidad para identificar cómo las garantías previstas por el ordenamiento aplican a los incumplimientos del tiempo en los procedimientos. Para ello, el ejercicio que deberá plantearse es el de distinguir el ‘plazo legal’ del ‘plazo razonable’ en el ordenamiento peruano y las consecuencias de ello.

#### *A) Aproximación al ‘plazo razonable’*

Con relación a este segundo tipo de plazo, de forma adicional a la mera constatación del incumplimiento del ‘plazo legal’, en el ordenamiento peruano se prevé la razonabilidad como criterio agregado, la que debe ser justificada por la autoridad con marco en las circunstancias concretas del procedimiento en cuestión. Para ello, se añade al análisis el que el funcionario fuera realmente capaz de llevar a cabo la conducción del procedimiento en un determinado tiempo, tomando en consideración una serie de criterios. Como se vio antes, este ‘plazo razonable’ es el garantizado por el ordenamiento peruano en los principios de debido procedimiento y celeridad, y constituye un parámetro de garantía de orden constitucional. Nos explicamos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la garantía del ‘plazo razonable’ como elemento constitutivo del debido procedimiento, manifestación implícita de él, estableciendo que el plazo solo será razonable si:

*[...] comprende un lapso que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo con sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen sus derechos u obligaciones [...] (énfasis añadidos) (Tribunal Constitucional del Perú, 2018, F.J. 32 y Tribunal Constitucional del Perú, 2021, 12).*

Ahora bien, importantemente, también ha precisado que no toda dilación indebida en los procedimientos –o desidia en adoptar una decisión, o incumplimiento de los plazos procedimentales– es en sí misma susceptible de tenerse por la dilación indebida contemplada en el contenido del debido procedimiento (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, F.J. 21). Más aún, ha señalado que “[...] la mera constatación de un periodo prolongado en la resolución de la controversia no supone automáticamente declarar la vulneración del derecho al plazo razonable [...]” (Tribunal Constitucional del Perú, 2018, F.J. 38 y Tribunal Constitucional del Perú, 2021, 14). Aquello haría suponer que la constatación de un luengo periodo de tiempo, por sí sola, no sería suficiente para hablar de una afectación al ‘plazo razonable’. Más bien, para determinar una afectación al ‘plazo razonable’ se hará necesaria la evaluación del caso a partir de la constatación de una serie de factores que determinen la real posibilidad de atender el pedido en un lapso que, en el caso concreto, resulte necesario y suficiente; y si aquello se dio efectivamente en el caso bajo análisis.

*B) Criterios generales para el análisis de la justificación en el ‘plazo razonable’, a partir de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los últimos años*

El Tribunal Constitucional ha listado, de forma enunciativa, los criterios generales a seguir para determinar la razonabilidad –o falta de– en la duración de los procedimientos, apreciando las circunstancias caso por caso y tomando en consideración una serie de factores de análisis en cada uno de ellos. En ese sentido, se revisarán a continuación los criterios enunciados por el Tribunal y cómo fueron aplicados en el análisis del ‘plazo razonable’ en dos casos de años recientes (sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes Nro. 04532-2013-PA/TC, del año 2018 –en adelante, la “STC 4532-2013-PA”–, y Nro. 00225-2017-PA/TC, del año 2021 –en adelante, la “STC 225-2017-PA”–). Si bien la discusión principal, en ambos casos, gravitaba sobre la determinación de intereses en el cobro de tributos, se trata de un análisis constitucional vigente y aplicable al objeto de estudio, razón por la cual solo se revisará en lo concerniente a él.

a. Complejidad del asunto

Criterio con el cual se evalúa los elementos que permitan determinar, con la mayor objetividad posible, que la resolución de un determinado asunto es particularmente compleja. En líneas generales, el Tribunal ha establecido que el análisis gira en torno a (i) la naturaleza de la situación fáctica materia de evaluación por la autoridad, (ii) los alcances que tenga la actividad probatoria en el esclarecimiento de los hechos en el caso concreto, y (iii) una pluralidad de administrados involucrados en el procedimiento, de darse el caso.

i. Sobre el primer factor de análisis, lo vemos referido a la complejidad de la materia, pero no a la materia en sí misma, sino que enmarcada en la actividad

y competencias regulares que la autoridad despliega. Un análisis sobre qué vuelve complejo a ese asunto en particular, pero frente a los demás del mismo tipo que la entidad atiende día a día. Porque, desde luego, la materia en sí misma analizada podrá ser siempre compleja para quien no está llamado a verla: la evaluación de un instrumento de gestión ambiental será siempre compleja para la entidad tributaria, y la determinación de la base imponible de una deuda tributaria será siempre compleja para el evaluador ambiental; y ni qué decir del administrado, que en tantos casos es uno solo, o está especializado también en una sola materia. La cuestión será entender la complejidad –o ausencia de ella– de la materia en el marco de las actividades regulares y pedidos que está llamada a atender la autoridad y, dentro de ellas, la comparación deberá ser entre procedimientos del *mismo* tipo.

- ii. Sobre el segundo factor de análisis, lo vemos referido tanto (i) a la inmediatez de los elementos de convicción requeridos para atender el pedido; es decir, si se encuentran en la esfera de disposición de las partes del procedimiento, o si se encuentran fuera de ellas, debiendo realizarse esfuerzos extraordinarios para recabarlos; como a (ii) la cantidad de elementos de convicción requeridos en el procedimiento; si bien se reconoce que en comparación con otros procedimientos del mismo o análogo tipo la diferencia no debería ser considerable o apartarse de los medios probatorios legalmente requeridos para el procedimiento, de ser el caso, salvo estar ello justificado. Sobre este segundo punto, será importante engranar su análisis con el de la “*admisión o actuación de elementos probatorios que resulten manifiestamente impertinentes*” a que se refiere el criterio de la conducta de las autoridades administrativas, que se verá más adelante.

- iii. Sobre el tercer factor de análisis, también respecto de él consideramos que la pluralidad de administrados debe entenderse como inusitada en un mismo tipo de procedimiento, habida cuenta de que una pluralidad de administrados que fuere ‘normal’ o ‘regular’ en un cierto tipo de procedimiento no debería impregnarle de una complejidad no prevista, como sí lo haría una pluralidad anormal. En los casos en que la pluralidad de administrados no sea inusitada, ya no deberá valorarse en sí misma sino como parte del “*tiempo que regularmente toma resolver a la autoridad un determinado tipo de procedimientos*” a que se refiere el criterio de la conducta de las autoridades administrativas, que se verá más adelante.

Interesante resultará, desde luego, la revisión de cuál fue el análisis por parte del Tribunal sobre este criterio y cómo aplicó los factores de análisis por él listados. En la STC 4532-2013-PA, F.J. 39-40, el Tribunal describió el objeto del procedimiento en cuestión desde la normativa que lo regula y las actividades que en él llevó a cabo la autoridad para resolver la cuestión. En la STC 225-2017-PA, p. 15, el Tribunal también se refirió a la normativa que regula el procedimiento en cuestión, anotando la existencia de regulación para otro procedimiento de similar naturaleza, pero con mayor plazo normativo por considerarse más complejo, razón por la cual se negó la complejidad del primer procedimiento, aquel bajo análisis. Ambas sentencias concluyen, sin mayor explicación adicional, que los correspondientes procedimientos no son complejos.

Al respecto, dos notas con relación a dichos análisis: la primera está referida a lo que el Tribunal parece sugerir en dichos casos, pero no logra expresar con total claridad. En efecto, al desarrollar la regulación de los procedimientos bajo análisis en cada caso y describir las actuaciones de cada entidad en ellos, se puede colegir que el

Tribunal buscó referirse a la ‘regularidad’ que esos procedimientos revisten en las actividades normales de cada entidad, no viéndose dotados, por lo tanto, de especial complejidad. La segunda nota es que consideramos que la regulación de los procedimientos podría parecer un buen primer indicador sobre la complejidad en el asunto si es que existe otros procedimientos que, por estimarse más complejos, gozan de plazos más amplios; no obstante, siempre habrá procedimientos más complejos o con más actuaciones intermedias que otros a cargo de una misma autoridad. El criterio deberá ser la comparación del procedimiento bajo análisis con otros del mismo tipo, como se dijo. A mayor abundamiento, desde luego, podemos decir que siempre será más complejo en materia ambiental resolver sobre el pedido de un EIA-d (mayor envergadura) que sobre el pedido de una DIA (menor envergadura); no obstante, se entiende que el legislador ha anticipado dicha situación y, teniéndola en cuenta, ha asignado plazos diferentes, mayores para el EIA-d y menores para la DIA. Lo definitorio en una tal situación sería analizar por qué la tramitación de una DIA se reputa más compleja que la tramitación del resto de DIA de la misma entidad. Ahora bien, una cuestión más interesante que la de la presencia de regulación diferenciada – para procedimientos que son, a final de cuentas, diferentes – será la de la *ausencia* de regulación específica, por resultar un pedido inusitado en una entidad. En efecto, la novedad y ausencia de regulación específica podrían, en ciertos casos, añadir complejidad a la solución del asunto.

A manera de conclusión, observamos que la ‘complejidad’ de un procedimiento, analizado él solo, es de espínosa determinación, por deber tenerse en cuenta una serie de factores adicionales, principalmente relacionados con la capacidad de la autoridad misma para atenderlos. Por otro lado, observamos que la comparación agiliza el análisis: es más fácil analizar si un procedimiento es complejo cuando es comparado

con otro –u otros– del mismo tipo que se haya llevado antes por la autoridad, lo que vuelve recomendable la comparación en aquellos casos en los cuales sea posible. No obstante, anotamos que la comparación siempre debe darse para el caso concreto y podrá ser mejor efectuada entre procedimientos del mismo tipo.

b. Conducta procedimental de las autoridades administrativas

Criterio con el cual se evalúa la mayor o menor celeridad con que se ha tramitado un determinado procedimiento. En líneas generales, el Tribunal ha establecido que el análisis gravita en torno a (i) el tiempo que regularmente toma resolver a la autoridad un determinado tipo de procedimientos, (ii) la admisión o actuación de elementos probatorios que resulten manifiestamente impertinentes, (iii) una reiterada o indebida anulación por la instancia superior respecto de las decisiones de la instancia primera, y (iv) una “*demora*”<sup>6</sup> en la tramitación y resolución de impugnaciones, entre otros.

i. Sobre el primer factor de análisis, anotamos que demanda recabar datos históricos de la entidad, a un cierto periodo de tiempo circunscritos, a fin de calcular el tiempo en que a la autoridad efectivamente le toma resolver una materia determinada. Se trata, por lo tanto, de un análisis casuístico y cuantitativo que, incluso, debería poder discriminar las diferentes formas de terminación de un procedimiento o, en otras palabras, enfocarse en los procedimientos que efectivamente culminaron con una decisión de la materia por parte de la autoridad, y no aquellos culminados mediante formas anormales

---

<sup>6</sup> Anotamos que la “*demora*” a que se refiere el Tribunal Constitucional es diferente de la ‘demora’ definida en esta investigación, razón por la cual empleamos las comillas. Esta “*demora*” correspondería a un uso lato del término, sin distinguir entre el incumplimiento del ‘plazo razonable’ y el del mero ‘plazo legal’.

de terminación, como abandono o silencios. Ello, toda vez que el dato que interesa al análisis es el tiempo que le toma a la autoridad *decidir*, cuya determinación estadística se vería entorpecida por la inclusión de otros supuestos de terminación.

- ii. Sobre el segundo factor de análisis, estimamos relevante la justificación –o la falta de– que la autoridad dé para el requerimiento, admisión o actuación de determinados elementos probatorios, contrastándola con la utilidad que el medio probatorio en cuestión tiene frente a la resolución de la materia, y de si se cuenta ya con dicha información de forma fiable en el expediente. Asimismo, es relevante la contrastación con la regulación aplicable al procedimiento e, incluso, con otros expedientes de la misma materia, a efectos de analizar si los elementos de convicción son normalmente requeridos o si fueron requeridos en otros casos y, de no ser el caso, las razones que justifiquen dicha diferenciación.
- iii. Sobre el tercer y cuarto factores de análisis, anotamos que la ‘reiteración’ y “*demora*” a que hacen referencia son de anecdótica y espinosa concreción: ¿qué iteración en las anulaciones es la gota que derrama el vaso, especialmente si la autoridad llega a demostrar que tiene suficientes razones de Derecho para hacerlo?, ¿de qué otra forma se determina la lesión al ‘plazo razonable’ en una cadena de procesos en la que ha habido dilaciones en la resolución de impugnaciones, si no es analizando el ‘plazo razonable’ de resolución de dichas impugnaciones?

Además, se propone desde esta investigación como quinto factor de análisis la conducta de la autoridad frente a una posible dilación en la labor opinadora de otra autoridad en el marco del procedimiento: ¿qué hizo ante la dilación en la emisión de

informes?, ¿se sentó a esperarlos, o reiteró pedidos y activó mecanismos del ordenamiento para recabarlos o suplirlos? Sin lugar a dudas, un tal análisis evidenciaría de forma muy tangible si hubo un relajamiento de la autoridad en su deber de impulso de oficio del procedimiento. En general, consideramos que toda evidencia de un tal relajamiento debería ser considerada como conducta que afecta el ‘plazo razonable’. Igualmente, se propone como sexto factor de análisis una inusual carga de expedientes en la entidad, de presentarse, si bien exigiendo se apoye dicho argumento en un soporte cuantitativo que demuestre la variación: que el exceso efectivamente se ha presentado en un periodo identificado y que ha afectado al procedimiento en cuestión.

Nuevamente, resultará interesante la revisión de cuál fue el análisis por parte del Tribunal sobre este criterio y cómo aplicó los factores de análisis por él listados. En la STC 4532-2013-PA, F.J. 42-43, el Tribunal destacó los plazos que tardó la entidad en resolver, contraponiéndolos al ‘plazo legal’ establecido. Si bien reconoció que el exceso del ‘plazo legal’ por sí mismo no supone vulneración al ‘plazo razonable’, en dicho caso afirmó que el retraso resultó ser “*ciertamente excesivo*”. En la STC 225-2017-PA, p. 15-16, de forma análoga, también destacó los plazos que se tardó en resolver, y los opuso al ‘plazo legal’, afirmando que no hubo justificación por parte de la entidad de la “*excesiva demora*”. Desde luego, anecdótico resulta que, de entre todos los factores de análisis que el Tribunal lista para la valoración de la conducta de las autoridades administrativas, precisa y únicamente recurre a uno no listado, que líneas arriba en cada sentencia afirmó no representa por sí solo vulneración del ‘plazo razonable’: el prolongado exceso del ‘plazo legal’, por prolongado que fuere.

Por otro lado, en ambos casos el Tribunal resuelve que la carga procesal excesiva no puede ser invocada por la administración *sin más* como motivo justificante del

retardo, posición con la que nos encontramos de acuerdo. Sobre una “excesiva” carga procesal –que la entidad tenga muchos procedimientos a su cargo, esto es–, existen dos posibilidades: (i) que dicha carga “excesiva” sea siempre la misma en la entidad, es decir, que la entidad siempre tenga muchos procedimientos a su cargo; o (ii) que dicha carga “excesiva” sea inusitada para la entidad. En el primer supuesto, si bien este merece toda la atención el encontrar soluciones en la gestión y asignación de recursos de la entidad, ciertamente una tal situación se enmarca en su normalidad, por lo que se verá reflejada en el examen que se haga según el primer factor de análisis de este criterio, en el tiempo que ‘regularmente’ toma a la entidad resolver las cuestiones. En el segundo supuesto, nos encontraremos ante una inusual carga de expedientes en la entidad, con las notas que dimos líneas arriba en el sexto factor de análisis propuesto para este criterio.

c. Conducta procedimental del administrado

Criterio con el cual se evalúa si el administrado mostró diligencia en su conducta dentro del procedimiento, o si por el contrario lo entorpeció con retrasos y dilaciones. Ello, toda vez que no cabe calificar las dilaciones provocadas por él como ‘indebidas’, ni mucho menos lesiones a la garantía del ‘plazo razonable’. Por lo tanto, como indica el Tribunal, será determinante distinguir entre, de un lado, el uso regular por el administrado de los medios procedimentales que la ley prevé y, del otro lado, una falta de cooperación hacia el procedimiento o –incluso– una posible actitud obstruccionista dentro de él. Se trataría de dilaciones fuera de la esfera de control de la Administración pública estando, más bien, en la esfera de control del administrado, razón por la cual correctamente se hace referencia a retrasos en la absolución de observaciones o remisión de información adicional –la que sea correcta y legal o,

cuando menos, razonablemente requerida por la autoridad, esto es– y una posible obstrucción del procedimiento como factores de análisis.

En la jurisprudencia del Tribunal consultada, la cuestión se atiende señalando en ambos casos que no se advirtió que los respectivos administrados hubieren incurrido en algún tipo de acción que provocase las dilaciones bajo análisis en cada procedimiento. Naturalmente, deberá la Administración pública argumentar y probar que la conducta del administrado incidió en la dilación correspondiente, de ser el caso, por tener además la mayor información sobre el desarrollo del procedimiento y ser la parte interesada en este argumento. Ahora bien, resulta notable, en la STC 225-2017-PA, p. 15, un argumento sobre el Tribunal afirma deber pronunciarse, pero que; sin embargo, concluye inmediatamente después sin un análisis de la materia. La cuestión resulta ser que se consideró que el Tribunal debía evaluar “[...] *no solo la conducta obstruccionista del interesado, sino también la conducta omisiva; es decir, lo [sic] recursos que la recurrente no interpuso para impulsar la resolución de la controversia administrativa* [...]” (énfasis añadido). Al respecto, consideramos que una idea tal no debe prosperar en el ordenamiento, toda vez que pretende invertir el deber de impulso de oficio del procedimiento. Al margen de originarse el procedimiento en un pedido o no del administrado, frente al ordenamiento, la mayor interesada en que se resuelvan todas las cuestiones ante las cuales se enfrenta la Administración pública es ella misma, lo que deriva en la existencia del principio de impulso de oficio. Decir lo contrario es negar la aplicación de dicho principio y, en suma, negar el papel de la Administración pública en el procedimiento.

d. Consecuencias de la dilación en la situación jurídica del interesado

Criterio con el cual se evalúa si el transcurso del tiempo impacta de forma “*relevante e intensa*” en la situación jurídica –esto es, derechos y deberes– del

administrado. No obstante, el Tribunal no ha desarrollado en la jurisprudencia consultada su análisis sobre tales ‘relevancia’ e ‘intensidad’ que menciona. Al respecto, entendemos que debe ser un impacto de especial envergadura para el administrado, lo que debería considerar sus circunstancias concretas y partir de ellas. Como idea inicial, observamos que, siendo todos los derechos fundamentales relevantes, habrá definitivamente algunos con mayor urgencia que otros, como aquellos inmediatamente vinculados a la subsistencia del ser humano. La pregunta cardinal será cuáles pueden ser dichas consecuencias de relevancia e intensidad en perjuicio del administrado, lo que importantemente solo puede atenderse caso por caso, anotando desde ya que en el procedimiento administrativo se tratan cuestiones de muy diversa envergadura. No obstante, la figura tiene contornos, desde luego, difusos.

Por esa razón, y una vez más, será ilustrativo revisar el análisis que el Tribunal hizo sobre la cuestión, y las luces que con ello aporta. Para eso, es necesario señalar que ambos casos en la jurisprudencia consultada se centraron en el cobro de impuestos e intereses legales por parte de la administración tributaria en procedimientos dilatados en el tiempo. En la STC 4532-2013-PA, F.J. 45-46, la autoridad manifiesta que el exceso en el plazo se tradujo en un “*perjuicio significativo*”, por haberse incrementado la deuda en un 180%, lo que –aun cuando se hubiera hecho efectivo el pago de la deuda, continúa el Tribunal– causó “*un desmedro económico para la parte demandante*”. Con ello, concluye que el prolongado transcurso del tiempo afectó de “*manera particular*” la situación del administrado. En la STC 225-2017-PA, p. 16, aunque el Tribunal no lo fundamentó aritméticamente, el razonamiento fue análogo, toda vez que comparó la envergadura de los intereses moratorios en la totalidad de la deuda, concluyendo que generó una “*grave amenaza al patrimonio*” del administrado.

Se aprecia que el Tribunal efectuó cálculos aritméticos superficiales sobre la relación de los intereses generados –por la dilación– frente a la totalidad de las deudas tributarias, lo que consideramos no es representativo del “*perjuicio significativo*” o “*grave amenaza al patrimonio*” a que hizo referencia, pues ¿cómo podríamos considerar una afectación al patrimonio del administrado si ese análisis no se hizo? Nos explicamos. Lo que abordó el Tribunal fue una comparación numérica de la relación entre la deuda principal y la proporción que sobre ella tienen los efectos económicos de las dilaciones –los intereses y cuánto han crecido por el transcurso del tiempo, esto es–, los que en una situación tal progresan de forma directamente proporcional. No obstante, es claro que rentas millonarias pueden generar deudas tributarias millonarias, por lo tanto, hablar de millones de soles o dólares por sí mismo no indica una afectación al patrimonio del administrado, contra el cual los montos no fueron comparados en las sentencias. En ese sentido, consideramos que el análisis del Tribunal se alejó del criterio por él establecido, acercándose más bien a una revisión de un indicador de la materia discutida: no analizó verdaderamente las consecuencias de las dilaciones sobre los patrimonios de los administrados, sino el porcentaje en que los efectos de la dilación incrementan la totalidad de la deuda, lo que está relacionado, más bien, al análisis de fondo de la materia.

Más aún, en la STC 225-2017-PA, p. 40, invita a reflexión la importante cuestión planteada por la profesora M. LEDESMA NARVÁEZ, en el fundamento de su voto singular junto a MIRANDA CANALES, quienes plantearon la pregunta de si “[...] *¿las cuestiones de deudas monetarias son realmente irreparables?* [...]” (cursiva en el original), en vista de lo formulado por el contribuyente demandante. Ciertamente, la materia es por demás provocadora y deberá revisarse caso por caso, lo que consideramos se hizo de forma por demás mejorable en la jurisprudencia bajo

comentario, como explicamos líneas arriba. Asimismo, no deja de resaltar que, al margen de la pluralidad de adjetivos empleados por el Tribunal, en la jurisprudencia comentada no emplea exactamente los criterios de ‘relevancia’ e ‘intensidad’ por él mismo planteados, analizando el “*perjuicio significativo*” por “*desmedro económico*” o “*grave amenaza al patrimonio*”.

A manera de conclusión sobre este aspecto, en vista del análisis efectuado por el Tribunal en los casos revisados, podrá argumentarse consecuencias de las dilaciones en la situación jurídica del administrado sobre, por ejemplo, no solo bienes indispensables para su subsistencia, perfeccionamiento social o ejercicio de su libertad, sino también para el ejercicio de su libertad de empresa, e incluso perjuicios económicos, aunque significativos y que generen una grave amenaza a su patrimonio. No obstante, consideramos que el análisis debe ser, y especialmente en este último tipo de casos, individualizado a las circunstancias de cada quién.

Finalmente, entendemos importante la consideración de un quinto criterio adicional que, a nuestro parecer, merecería atención por sí mismo, como son los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor que puedan incidir en los procedimientos y que tienden a fundamentar medidas en sus estadios intermedios, como suspensiones o ampliaciones de sus plazos. Un importante ejemplo reciente de dichos casos serían los efectos que tuvieron sobre los procedimientos las medidas sanitarias y de inmovilización social adoptadas en el país a raíz de la pandemia por la COVID-19, en marzo de 2020 y por un número importante de semanas.

C) *Concreciones sobre el ‘plazo razonable’ y las distancias que lo separan del ‘plazo legal’*

En vista de todo ello, y en oposición al ‘plazo legal’, el ‘plazo razonable’ podrá definirse como un periodo de tiempo indeterminado pero determinable, dentro del cual es posible para la autoridad desarrollar el procedimiento administrativo, necesario y suficiente para él. Para su determinación, deberá analizarse el procedimiento en el caso concreto, para lo cual el Tribunal Constitucional ha aportado, de manera enunciativa, una serie de criterios y factores de análisis. Como consecuencia de ello, resulta evidente que el ‘plazo razonable’ se ve definido *ex post*, a partir de un análisis de las circunstancias del caso; a diferencia del ‘plazo legal’, que se conoce *ex ante*. En otras palabras, el ‘plazo legal’ es dado por el ordenamiento y conocido por las partes del procedimiento antes de iniciarlo, mientras que el ‘plazo razonable’ no es conocido por las partes del procedimiento –las que, como máximo, podrán aventurar cuál puede ser, sobre la información de procedimientos similares resueltos por la autoridad cuya duración se conozca– y solo podrá conocerse con la certeza del caso cuando el procedimiento ya haya iniciado y, o se encuentre en desarrollo, o haya culminado ya.

En ese sentido, la *justificación* del incumplimiento en el uso del tiempo –en exceso del ‘plazo legal’, se entiende– se presenta como elemento diferenciador entre los conceptos de ‘plazo legal’ y ‘plazo razonable’, presente solo en el segundo. Más aún, en ello encontramos un argumento más a favor de una clara diferenciación entre los conceptos de ‘plazo legal’ y ‘plazo razonable’, siendo el primero necesario como parámetro inicial para detectar una anomalía en el uso del tiempo, un incumplimiento, lo que da pie al análisis para el segundo. Como evidencia la jurisprudencia constitucional nacional, se trata de una justificación sobre la ‘necesidad’ y ‘suficiencia’

del tiempo empleado para el desarrollo de las actuaciones necesarias y pertinentes que demande el procedimiento concreto (Tribunal Constitucional del Perú, 2018, F.J. 32 y Tribunal Constitucional del Perú, 2021, 12), lo que se traduce en un lapso dentro del cual sea efectivamente posible para la Administración pública la resolución de la cuestión. Esta justificación encontrará argumentos encuadrada en los diferentes criterios enunciados por el Tribunal Constitucional –y ciertos factores de análisis por cada uno–, los que importantemente atienden a cada caso concreto. No obstante, dichos criterios son presentados de manera enunciativa por el Tribunal, de forma que se podrá argumentar situaciones enmarcadas en criterios o factores de análisis distintos a los listados.

Como consecuencia de todo ello, es posible afirmar que el ‘plazo legal’ es uno por cada tipo de procedimiento legalmente establecido en el ordenamiento, definido *ex ante* por la normativa aplicable a cada cual, mientras que el ‘plazo razonable’ es uno por cada procedimiento mismo, definido *ex post* –luego de su conclusión o, cuando menos, de su inicio– por los operadores jurídicos que evalúan la justificación en el uso del tiempo, determinando para el caso concreto el lapso de tiempo en que es realmente posible que la autoridad resuelva.

No obstante, si bien identificamos una evidente relación entre el ‘plazo legal’ – y los conceptos vinculados de ‘plazo para resolver’ o ‘deber de resolver’– y el ‘plazo razonable’, no identificamos entre ambos una relación de identidad o equivalencia. En otras palabras, y en lo que a nuestro análisis del ordenamiento peruano concierne, no consideramos aplicables las conclusiones M. GÓMEZ PUENTE, quien considera al ‘plazo legal’, al ‘plazo para resolver’ y al ‘deber de resolver’ como reconfigurados por el ‘plazo razonable’ (cfr. Gómez Puente, 2011, 645-651), sobre lo que menciona que no se trataría de “[...] *negar imperatividad al plazo legalmente señalado, sino de atemperar este*

*a las exigencias de la realidad cuando, ante una situación dada, resulte irrazonable [sic] [...]” (Gómez Puente, 2011, 650), pero llega a afirmar que “[...] el plazo para resolver es el establecido por la normativa del procedimiento aplicable, a menos que este resulte irrazonable, en cuyo caso lo será el que las circunstancias específicas permitan razonablemente deducir [sic] [...]” (Gómez Puente, 2011, 651). La consecuencia de una tal observación es que se relativiza la exigencia del ‘plazo legal’ y el deber y obligación que en el procedimiento supone para la autoridad, lesionando el principio de legalidad que conmina a la Administración pública y convirtiendo dicha obligación en una – acaso– esotérica, dependiente de un análisis *ex post* sobre el tiempo en el que debe desarrollarse el procedimiento.*

Si el problema es, como bien apunta el autor, la deficiencia del legislador al definir los plazos de los procedimientos por resultar insuficientes para atender las cuestiones en ellos, esta situación merece toda la atención del ordenamiento y los operadores jurídicos, por ejemplo, mejorando la asignación y uso de recursos de las instituciones, mejorando los procesos de cada procedimiento y cada institución o, en último caso, sincerando los plazos para que reflejen el tiempo en que *realmente* es posible atender las cuestiones. Desde luego, como anotamos antes, la meta del ordenamiento debe ser una correspondencia de los plazos establecidos normativamente con los plazos en los que verdaderamente toma llevar los procedimientos, lo que podría alcanzarse con medidas como las mencionadas; mas no con una erosión del significado e importancia que reviste el que la legislación fije plazos para los procedimientos y la sujeción de la Administración pública a dicha normativa.

Desde nuestro ordenamiento, como adelantamos ya, vemos el ‘deber de resolver’ de la Administración pública como un deber abstracto y fundamental de

resolver en todos los casos, fundamentado en el papel que cumple en el Estado Social de Derecho. En el contexto del procedimiento, en cuyo marco –como vimos ya– se generan reales obligaciones y derechos para las partes, dicho ‘deber de resolver’ genera la obligación capital para la autoridad en tal contexto, como es, justamente, la obligación –real, exigible por el administrado– de resolver las materias del procedimiento. Dichos deber y obligación son, en primer lugar, colocados sobre la Administración pública para ser cumplidos dentro del ‘plazo legal’ el que, en pocas palabras, es el definido por la normativa. Ahora bien, en un orden de ideas conexo, pero ciertamente diferenciable, ubicamos el ‘plazo razonable’ como criterio posterior y adicional de utilidad para el ordenamiento en la tutela de ciertos derechos y principios de especial envergadura, para salvar una situación de imperfección, pero que no debe en sí mismo convertirse en estándar sino retroalimentar –una vez determinado– las mejoras normativas que corresponda hacer a los plazos legales de los procedimientos, así como su estructura y funcionamiento.

#### ***IV. SIMPLES ‘DEMORAS’ VS. ‘INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA’, A PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ‘PLAZO LEGAL’ Y EL ‘PLAZO RAZONABLE’***

##### ***1. ‘DEMORAS’ COMO MEROS INCUMPLIMIENTOS DEL ‘PLAZO LEGAL’***

Llegados a este punto, se ha abordado ya la envergadura del ‘deber de resolver’ de la Administración pública y las obligaciones y efectos que le genera en el procedimiento. Capital en todos ellos resulta la obligación de resolver los expedientes en ‘plazo legal’ el que, recapitulando, ha sido definido como aquel periodo de tiempo cierto, normativamente definido y obligatorio, dentro del cual debe desarrollarse el procedimiento administrativo. Dicho plazo, en tanto en cuanto determinado por la legislación aplicable a cada procedimiento, puede denominarse de forma directa como ‘plazo legal’, plazo máximo para la duración del procedimiento. Dicho plazo, como

explicamos antes, compele a la Administración pública por la fuerza y naturaleza de su vinculación a la ley, en lo que se traduce en el principio de legalidad. Por lo tanto, el incumplimiento de dicho plazo representa una clamorosa infracción de la Administración pública frente a su cardinal llamado de respetar el ordenamiento jurídico y, dentro de él, a lo que la normativa disponga, lo que convierte al fenómeno en una patología de gran importancia en el ordenamiento.

Es precisamente el incumplimiento de dicho ‘plazo legal’ el que se identifica en este estudio con la ‘demora’. De acuerdo con el uso registrado por la RAE, una de las acepciones del verbo ‘demorar’ es la de ‘retardar’ (Real Academia Española, 2014), que a su vez se define como “*diferir, detener, entorpecer, dilatar*” (Real Academia Española, 2014) y caracteriza con suficiencia el concepto abordado. En pocas palabras, incumplir el plazo legalmente establecido para decidir sobre el pedido del particular es ‘demorar’ el procedimiento, lo cual se constata con la comprobación del transcurso del tiempo. El empleo de este término permite aprovechar el uso lato que se le da en el habla cotidiana, a efectos de referirse a toda situación de exceso del ‘plazo legal’ en los procedimientos administrativos como una ‘demora’, como una situación general constatada con el mero transcurso del tiempo, y poder diferenciarla del análisis adicional que exige la ‘inactividad administrativa’ como fenómeno más específico, lo que se verá a continuación.

## 2. ‘INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA’ Y SU CORRESPONDENCIA CON LOS INCUMPLIMIENTOS AL ‘PLAZO RAZONABLE’

Desde un punto de vista meramente semántico, la ‘inactividad’ se define de forma negativa como la “*carencia de actividad*” (Real Academia Española, 2014), la misma que puede definirse como el “*conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad*” (Real Academia Española, 2014). Es precisamente esta carencia de

actividad en sus operaciones y tareas propias a la que se hace referencia al hablar de la inactividad de la Administración pública. Aunque ilustrativa, esta aproximación semántica no permite abordar el problema en su totalidad, y precisa de un análisis jurídico más complejo. Haciendo eco del profundo estudio de M. GÓMEZ PUENTE sobre la inactividad, esta se define “[...] *a partir de la constatación de una omisión por la Administración de cualquier actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible*”; definición de la que se desprenden los tres elementos de la figura, de acuerdo con lo siguiente (Gómez Puente, 2011, 74-76):

- i. Ausencia de una actuación administrativa, jurídica o material;
- ii. Incumplimiento de un deber legal de actuar; y
- iii. Posibilidad de atender o cumplir dicho deber legal.

A) *Delimitación conceptual*

- a. Ausencia de una actuación administrativa, jurídica o material

Como elemento material de la definición, se refiere a la verificación de una situación de inercia o pasividad de la Administración pública (Gómez Puente, 2011, 74). En otras palabras, se refiere a la carencia de actividad u omisión administrativa, la que constituye el dato más evidente y punto de partida para la caracterización de la inactividad. Con relación a la actividad misma de la Administración pública, también M. GÓMEZ PUENTE hace referencia a la dicotomía sobre sus conductas individuales – activas o pasivas– divididas como (i) conductas declarativas, o (ii) conductas materiales (Gómez Puente, 77-84), en línea con la doctrina consultada atrás. A partir de ello, se emplea la siguiente clasificación de las actividades de la Administración pública, profundizada por el autor, la misma que servirá a la clasificación de su inactividad:

- i. Actividad declarativa o formal, la misma que comprende toda declaración de la Administración Pública y se encuentre destinada a la producción de efectos jurídicos. A partir de la naturaleza de la declaración esta puede ser de uno de los siguientes tipos:
- Actividad normativa, que engloba las declaraciones unilaterales de voluntad destinadas a innovar el ordenamiento jurídico y resulten del ejercicio de la potestad reglamentaria con que cuenta la Administración pública.
  - Actividad convencional, que se da cuando concurren una declaración de voluntad de la Administración y la de otro u otros sujetos, dirigidas todas a la obtención de un efecto jurídico determinado.
  - Actividad singular, que consiste en realizar declaraciones unilaterales desplegando potestades diferentes a la reglamentaria y en orden a la producción de un efecto jurídico determinado. En otras palabras, es el presupuesto típico de producción de actos administrativos en sentido jurídico estricto.
- ii. Actividad material o técnica, en la que se engloba el incalculable conjunto de operaciones materiales administrativas realizadas por los agentes públicos para asegurar la gestión de los servicios públicos de todo tipo. La inactividad material bajo análisis para estos efectos es la que tiene efectos ad extra a la Administración pública; es decir, aquella que recae sobre otros sujetos jurídicos, opuesta a aquella que recae sobre la organización administrativa misma.

b. Incumplimiento de un deber legal de actuar

Como elemento formal para la definición, se refiere a la importancia que reviste el que la conducta omisiva, formal o material, quede delimitada objetivamente. Por lo tanto, se vuelve necesaria su diferenciación o individualización del resto de la actividad administrativa, como concreción del comportamiento omisivo cuya ilegalidad se cuestiona y contra la que se pretenden impulsar los mecanismos reaccionales (Gómez Puente, 2011, 127). Para caracterizar a la inactividad administrativa es esencial que constituya una omisión legal o, en otras palabras, una conducta ilícita o antijurídica por incumplimiento de un concreto deber de actuar –y, entendemos también, de una obligación–, que fluya del ordenamiento jurídico (Gómez Puente, 2011 84-85). Dicho deber puede encontrar su origen tanto en la voluntad legislativa como en el cumplimiento de la autovinculación de la Administración pública, por la cual está sujeta al cumplimiento y ejecución de las disposiciones y actos administrativos que produce.

c. Posibilidad de atender o cumplir el deber legal de actuar

Explica M. GÓMEZ PUENTE que se trata de un elemento adicional de la definición, de contornos más bien imprecisos y que impregna de cierta volubilidad al concepto jurídico de la inactividad administrativa (Gómez Puente, 2011). En estricto, se refiere a la necesidad de que exista una real o efectiva posibilidad de llevar a cabo la conducta constitutiva del contenido de un deber jurídico. Para ello, debe evaluársela distinguiendo la naturaleza jurídica o material de la actividad debida y su incardinación en la realidad. En el ordenamiento nacional, el análisis jurisprudencial y doctrinario revisado sobre ponderación de las circunstancias para determinar el incumplimiento del ‘plazo razonable’ se engrana con este elemento definitorio de la

inactivad administrativa, y resulta plenamente aplicable a él, como se verá a profundidad más adelante.

*B) Clasificación de la inactividad*

El primer esfuerzo clasificatorio de la inactividad de la Administración pública en el ordenamiento español fue el de A. NIETO, cuyo ingenio aportó además las primeras luces sobre esta problemática. Pese a no ser objeto de esta investigación ahondar en análisis exhaustivos sobre la doctrina existente, es pertinente recordar la clasificación propuesta por dicho autor, que constituye base de la acogida en esta investigación. En efecto, considerando que “[...] *el punto fundamental para tratar este problema radica en la distinción entre una actividad material y una actividad formal de la Administración [...]*”, lo que, a decir del autor, prometía ser fecundo –y que de sobra lo fue–, A. NIETO dividió la inactividad, en un primer momento, explicando que la

*[...] inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares (énfasis añadidos) (Nieto, 1962, 80).*

Posteriormente, la clasificación definitiva de la inactividad de la Administración Pública para el autor fue la siguiente (Nieto, 1986, 21-25):

- i. Inactividad formal o silencial, entendida como la que se produce dentro de un procedimiento administrativo, en el cual el particular ha solicitado la producción de un acto administrativo.

- ii. Inactividad material, la misma que el autor dividió en los siguientes subtipos:
- Inactividad material negativa, producida fuera de un procedimiento administrativo, cuando existe una obligación de actuar impuesta directamente por normas o actos de autovinculación de la Administración pública, o cuando media un derecho del administrado<sup>7</sup>.
  - Inactividad material positiva, producida respecto a una situación o actividad ilegal.
  - Inactividad de efectos trilaterales, que repercute sobre el perjudicado en una relación bilateral y sobre los terceros interesados.

Con posterioridad a ello, profusa doctrina se ha construido sobre la división hecha por A. NIETO. Sin perjuicio de ello, y a partir de la naturaleza de la actuación que debió ser producida por la Administración pública, esta investigación se remitirá una vez más a la clasificación propuesta por M. GÓMEZ PUENTE –sin dudas, tributaria de la planteada por A. NIETO– (Gómez Puente, 2011, 148-150), con los comentarios que se presenta a continuación.

a. Inactividad formal de la Administración pública.

Consistente en la falta de realización de una declaración jurídica, legalmente debida. Por la naturaleza de la declaración jurídica omitida, se identifican las siguientes variantes de esta inactividad:

---

<sup>7</sup> Subdividida, además, en jurídica –en ausencia de un acto jurídico, pero distinguiendo según si el acto sea individual, general, o acto o disposición general– o fáctica –porque no se produce una actuación material no condicionada por un acto administrativo (Nieto, 1986, 22).

- i. Inactividad formal normativa, en la que la Administración pública incumple su deber de origen legal de dictar normas o disposiciones de carácter general o, dicho de otro modo, se trata de una inactividad reglamentaria.
- ii. Inactividad formal convencional, en la que la pasividad se refiere al desarrollo de las actividades de concertación de la Administración pública, tanto por no concurrir a la formación de una declaración jurídica de alcance plurilateral, como por que dicha actitud pasiva en el marco de la relación convencional sea contraria a la causa o interés público que fundamenta dicha relación.
- iii. Inactividad formal singular o procedimental, que supone la no formulación de una declaración unilateral que a la que resulte obligada en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria. En otras palabras, la falta de ejercicio de una potestad administrativa a través de la correspondiente tramitación y resolución de un procedimiento administrativo. Por otro lado, no es sino lógico que, en línea con la descripción de los grandes hitos en el procedimiento administrativo –vistos ya–, esta inactividad pueda manifestarse en todos ellos, de acuerdo con lo siguiente:
  - Inactividad en la iniciación del procedimiento (Gómez Puente, 2011, 513-525). Siendo que los procedimientos administrativos tienen dos tipos de inicio –de oficio o a solicitud del interesado–, para el estudio de la inactividad en este hito son relevantes los supuestos en que sea la Administración pública quien esté llamada a iniciar el procedimiento.

- Inactividad en el desarrollo –ordenación o impulso– del procedimiento (Gómez Puente, 2011, 555-626). La inactividad puede afectar también a los actos de ordenación o instrucción del procedimiento, ya que puede paralizarse por la falta de realización de las actuaciones de impulso necesarias para el dictado de la resolución, razón por la cual esta inactividad es también denominada ‘interlocutoria y de trámite’.
- Inactividad en la finalización del procedimiento (Gómez Puente, 2011, 627-699), o ‘decisoria’. Por último, resulta patente que el transcurso del tiempo en que se desarrolla el procedimiento en sí mismo puede significar una paralización del procedimiento de cara al momento mismo de la resolución, decisión del procedimiento y forma normal y esperada de su conclusión.

b. Inactividad material de la Administración Pública

Finalmente, se halla este tipo de inactividad que, en pocas palabras, consiste en la omisión o falta de realización de una actividad técnica, material, o física que, como se adelantó, debe tener trascendencia externa a la Administración pública.

3. *‘DEMORAS’ VS. ‘INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA’, A MANERA DE CONCLUSIÓN*

Dicho ello, corresponde engranar de manera definitiva el análisis efectuado con relación al ‘plazo legal’ y al ‘plazo razonable’ con los términos empleados por esta investigación de ‘demoras’ e ‘inactividad administrativa’. Ilustrativo será el ejercicio de comparar los elementos de la ‘inactividad administrativa’ contra el incumplimiento tanto del ‘plazo legal’ como del ‘plazo razonable’. Con ello, encontraremos presentes dos de estos elementos en ambos y el tercero, no. En efecto, los elementos de

“ausencia de una actuación administrativa” e “incumplimiento de un deber legal de actuar” se encontrarán presentes en el incumplimiento de ambos plazos. Ambos elementos son claros, por lo que solo se hará necesario anotar que el “deber legal de actuar” se ve claro y patente en el de ‘deber de resolver’, y encuentra su concreción en la obligación de resolver en el procedimiento concreto, así como en la normativa que establece dicho procedimiento y su ‘plazo legal’. Ahora bien, el elemento de “posibilidad de atender o cumplir” dicho deber legal no está presente en el ‘plazo legal’, pero sí en el ‘plazo razonable’, con las notas que dimos en el plano nacional sobre la justificación del lapso en que es realmente posible atender la cuestión por parte de la autoridad.

Por lo tanto, y siendo que, según lo visto antes, el análisis del ‘plazo razonable’ demanda la atención de criterios adicionales al del mero transcurso del tiempo, concretamente atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, por lo tanto, a la real posibilidad del funcionario en cuestión para atender el pedido. Esto determina la *razonabilidad* del ‘plazo razonable’ y permite su asimilación con el concepto de ‘inactividad administrativa’ en su modalidad formal singular, revisada ya<sup>8</sup>. Aquello se explica a partir del análisis que demandan ambas figuras sobre la posibilidad real – caso a caso, sobre una serie de circunstancias y factores diversos– de resolver el pedido del administrado. En efecto, y como bien afirma M. GÓMEZ PUENTE, “si a la Administración no le es materialmente posible actuar [...] no puede hablarse con rigor de inactividad de la Administración, definida esta como el incumplimiento por omisión de un

---

<sup>8</sup> Ahora bien, observamos que M. GÓMEZ PUENTE identifica una situación de ‘inactividad decisoria’ en algún supuesto en que la autoridad haya resuelto el expediente, con decisión emitida, pero faltando al “deber de dictar resolución *expresa* y *congruente*” (énfasis añadido) con la totalidad de las cuestiones levantadas en el expediente. (Gómez Puente, 2011, 634-635). No obstante, una tal situación no será comprendida dentro de nuestro estudio.

*deber de obrar predeterminado y materialmente posible*” (énfasis añadido) (Gómez Puente, 2011, 628).

Aquello permite hacer una relación de analogía entre estos cuatro conceptos, siendo la ‘demora’ al ‘plazo legal’ lo que la ‘inactividad administrativa’ es al ‘plazo razonable’, en el ordenamiento peruano. Como consecuencia de ello, es válido emplear el término ‘demora’ para referirse a toda mera dilación frente al plazo legalmente establecido, y el término ‘inactividad administrativa’ para aquellas dilaciones que den lugar al análisis concreto de posibilidad de atención por parte de la autoridad administrativa. Así, para los procedimientos bajo estudio, la llana ‘demora’ constituye un género frente a la ‘inactividad administrativa’ la cual constituye un fenómeno específico. Corolario de ello será que, ahí donde no toda ‘demora’ supone ‘inactividad administrativa’, toda ‘inactividad administrativa’ sí presupone una ‘demora’. Conclusión análoga alcanza M. GÓMEZ PUENTE –aunque desde su perspectiva de sometimiento del ‘deber de resolver’ a un término razonable la que, como hemos dicho, no compartimos desde esta investigación en lo concerniente al ordenamiento peruano– al afirmar que “[...] *si el deber de resolver está sometido a un término razonable, y no necesariamente al término legalmente establecido [sic], la falta de resolución al vencer este no necesariamente permite hablar de inactividad administrativa [...]*” (énfasis añadido) (Gómez Puente, 2011, 648).

La distinción entre las figuras no es ociosa, ni mucho menos, lo que encuentra importante constatación en las consecuencias sobre la predictibilidad en el tiempo a transcurrir que otorga a favor de los administrados. En efecto, y, en primer lugar, una tal distinción de los plazos en el ordenamiento peruano otorga predictibilidad al ciudadano dentro de su procedimiento, en lo referido al ‘plazo legal’ y las denominadas llanas ‘demoras’, toda vez que la obligación de la autoridad está claramente definida

en cuanto al plazo para cumplirla, y desde el inicio se conoce el tiempo que debe tomarle resolver el asunto. El incumplimiento de resolver en dicho plazo no dispensa a la autoridad de su obligación de hacerlo, pero sí que abre al administrado un abanico de posibilidades fundamentadas en la superación del ‘plazo legal’, tanto a nivel administrativo como a nivel judicial, con el ejemplo paradigmático del silencio administrativo aplicable y la posibilidad de recurrirlo en la vía administrativa o judicial, según fuera el caso.

Luego, en lo referido al ‘plazo razonable’ y la ‘inactividad administrativa formal singular’ propiamente dicha, existirán situaciones en la cuales, desde luego, una mera constatación objetiva del transcurso del ‘plazo legal’ no bastará. En dichos casos, se hará necesaria una constatación con contornos de una mayor subjetividad en el caso concreto<sup>9</sup>, a partir de la justificación (o falta de) que tuvieran tales incumplimientos en el procedimiento bajo discusión.

Dicho ello, será la mera ‘demora’ indeseada en el ordenamiento peruano por infringir el deber y obligación de la Administración pública de resolver en el ‘plazo legal’, estando de todas formas la autoridad obligada a resolver, pero abriéndose oportunidad para el administrado de emplear determinadas herramientas legales a su favor, para reaccionar frente a la falta de decisión por parte de la autoridad; por otro lado, las garantías de responsabilidad patrimonial o disciplinaria, así como la envergadura y urgencia de otras herramientas a favor de los administrados demandarán el análisis de una verdadera ‘inactividad administrativa’, por requerir un análisis de justificación del lapso en el que es realmente posible para la autoridad

---

<sup>9</sup> Naturalmente, será mucho lo que pueda decirse sobre un posible elemento de subjetividad en la aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el país – ampliamente discutida por la más autorizada doctrina a nivel nacional –, lo que, no obstante, no podrá ser materia de esta investigación.

resolver el procedimiento. Todas ellas, cautivadoras materias que, sin embargo, no podrán ser objeto de investigación en esta oportunidad, debiendo reservarse para un estudio futuro.

## **V. CONCLUSIONES**

El ‘plazo legal’ del procedimiento, referido como su plazo máximo de duración, se define como aquel periodo de tiempo cierto, normativamente definido y obligatorio, dentro del cual debe desarrollarse el procedimiento administrativo en su totalidad. No obstante, se presentan algunas cuestiones importantes.

La primera cuestión está referida a si comprende (o no) solo las actuaciones por parte de la autoridad o si se refiere al procedimiento en su totalidad; sobre lo que la práctica difundida en el país es la de considerar únicamente los plazos de la autoridad para resolver, suspendiendo dichos plazos para las actuaciones de los administrados, ampliándose materialmente el plazo total de los procedimientos, habida cuenta de ser necesaria una suma de los diferentes plazos en ellos.

La segunda cuestión está referida a si comprende (o no), además del plazo máximo fijado para dictar la resolución, el plazo de notificación al administrado como ligado a él; siendo que, en el ordenamiento peruano, no se liga el ‘plazo para resolver’ con el ‘plazo para notificar’ la resolución final, siendo necesario referirse al plazo máximo de duración como el primero. Con ello, anotamos, el pretendido plazo máximo del procedimiento se ve ampliado materialmente.

Con ello, se identifican otros conceptos vinculados, como el ‘plazo para resolver’ y el ‘plazo para notificar’, los que se vuelven de especial importancia frente a las contradicciones de la regulación dual de los efectos del silencio administrativo positivo, en el que dichos plazos se unifican o dividen de forma contradictoria en dos

artículos diferentes de la norma: 36 y 199.1 del TUO LPAG. Adicionalmente, se identifica otra regulación dual innecesaria sobre el plazo general de treinta (30) días, en los artículos 39 y 153 del TUO LPAG.

Consideramos que existe una gran oportunidad para un cambio de paradigma en el sistema peruano en línea con las observaciones de la investigación o, como mínimo, para la supresión de las disposiciones actualmente vigentes que resulten innecesariamente duales y, más aún, contradictorias.

Asimismo, es posible hacer mejoras al diseño y concepción de los procedimientos, que pasen por una mejora en la asignación y uso de recursos para volverlos más céleres y eficientes, pero también en la retroalimentación en la formulación de normativa con lecciones aprendidas y sustento en indicadores cuantitativos sobre la duración de los procedimientos: cuánto *pueden* los procedimientos durar en realidad, a efectos de sincerar los plazos en los casos en que aquello sea necesario.

El ‘plazo razonable’ del procedimiento se define como un periodo de tiempo indeterminado pero determinable, dentro del cual es posible para la autoridad desarrollar el procedimiento administrativo, necesario y suficiente para él, lo que debe justificarse suficientemente. Para su determinación, debe analizarse el caso concreto, para lo cual el Tribunal Constitucional ha aportado una serie de criterios y factores de análisis, de manera enunciativa.

El ‘plazo razonable’ se define *ex post*, a diferencia del ‘plazo legal’, que se conoce *ex ante*. El ‘plazo legal’ es dado por el ordenamiento y conocido por las partes del procedimiento antes de iniciarlo, mientras que el ‘plazo razonable’ no es conocido por

las partes del procedimiento y solo podrá conocerse con la certeza del caso cuando el procedimiento ya haya iniciado y, o se encuentre en desarrollo, o haya culminado ya.

A partir del estudio conceptual realizado, se diferencian los conceptos de ‘plazo legal’ y ‘plazo razonable’, con la justificación como elemento diferenciador entre ellos. Sus incumplimientos se identifican respectivamente con las ‘demoras’ e ‘inactividad administrativa’ –siendo la de los procedimientos bajo estudio la inactividad administrativa formal singular–. A partir de ello, es posible identificar y caracterizar una serie de alternativas de gestión de dichos incumplimientos, cuyo uso puede mejor explicarse según sean útiles frente a ‘demoras’ o ‘inactividad administrativa’.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

- Barnes, J. (2011). Tres generaciones del procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 77-108.
- Beato Espejo, M. (2000). La obligación de resolver de forma expresa y en plazo como primer deber de las administraciones públicas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, (18), 17-34.
- García de Enterría, E., Fernández, T. (2002a). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas Ediciones S. L.
- García de Enterría, E., Fernández, T. (2002b). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas Ediciones S. L.
- Gómez Puente, M. (2011). *La inactividad de la administración*, Editorial Aranzadi.
- Gonsálbez Pequeño, H. (2017). El deber de resolver: términos y plazos. En E. GAMERO CASADO (Dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Vol. 1, p. 1153-1215. Tirant lo Blanch.

González Navarro, F. (1981). Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos. *Revista de estudios de la vida local*, (211), 409-454.

Gordillo, A. (2016). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo IV, F.D.A.

Huapaya Tapia, R., Sánchez Povis, L. (2020). La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano. Notas para el estudio de su régimen jurídico. *Asociación Civil Derecho & Sociedad*, (54), 251-273.

Morón Urbina, J. (2018a). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley No, 27444*, Tomo I, Gaceta Jurídica.

Morón Urbina, J. (2018b). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley No, 27444*, Tomo II, Gaceta Jurídica.

Nieto, A. (1962). La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo, *Revista de Administración Pública*, (37), 75-126.

Nieto, A. (1986). La inactividad material de la administración: veinticinco años después, *Documentación Administrativa*, (28), 11-64.

Santamaría Pastor, J. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II, Iustel.

### 1. DOCUMENTOS Y RECURSOS EN LÍNEA

Morón Urbina, J. (1998). El plazo administrativo (con especial referencia al Derecho comparado). Recuperado de <https://www.carm.es/chac/interleg/arti0006.htm> (vista el 15.11.2023).

Real Academia Española – RAE. (2014). Diccionario de la Lengua Española, 23a. ed., [versión 23.3 en línea]. Recuperado de <https://www.rae.es/> (vista el 15.11.2023).

## 2. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional del Perú. (2002). Sentencia recaída en el Expediente Nro. 1042-2002-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia recaída en el Expediente Nro. 3778-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2018). Sentencia recaída en el Expediente Nro. 04532-2013-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). Sentencia recaída en el Expediente Nro. 00225-2017-PA/TC.

## 3. EXPOSICIONES DE MOTIVOS

Poder Ejecutivo de la República del Perú. (2008). Exposición de motivos del Decreto Legislativo Nro. 1029. Recuperada de [http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1029.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1029.pdf) (vista el 15.11.2023).

Poder Ejecutivo de la República del Perú (2016). Exposición de motivos del Decreto Legislativo Nro. 1272. Recuperada de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/21/EXP-DL-1272.pdf> (vista el 15.11.2023).

## 40 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Este año se conmemora el 40° aniversario de la promulgación del Código Civil peruano, norma que desde su aprobación mediante el Decreto Legislativo N.° 295, ha regulado y orientado las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, asegurando el respeto a los derechos fundamentales y contribuyendo al desarrollo de una sociedad más justa y equitativa.

A lo largo de estas cuatro décadas, el Código Civil peruano ha sido una pieza clave en la construcción de las instituciones jurídicas propias del Derecho Civil, adaptándose a los desafíos y necesidades de una sociedad en constante cambio.

En ese contexto, la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, en su compromiso con la formación académica de excelencia, convocó el I Concurso de Ensayos Jurídicos, con el objetivo de fomentar la investigación, el análisis crítico y la reflexión sobre el impacto del Código Civil peruano en la sociedad actual. Estos trabajos no solo exploran los aspectos técnicos y normativos del Código Civil peruano, sino que también abordan su interacción con otras ramas del derecho y su influencia en la vida cotidiana de los ciudadanos. Las investigaciones analizan desde el tratamiento de los derechos fundamentales, como la protección de la familia y los contratos, hasta la adaptación de las normas a las nuevas realidades sociales y tecnológicas del país. Además, se han incorporado propuestas para reformar y modernizar ciertas instituciones jurídicas, buscando siempre el equilibrio entre la tradición legal y las exigencias de la sociedad contemporánea.

Este concurso ha brindado a los estudiantes la oportunidad de profundizar en el estudio del Código Civil peruano, no solo desde una perspectiva teórica, sino también práctica, permitiéndoles explorar sus aplicaciones y desafíos en el contexto actual. A través de sus ensayos, los participantes han demostrado un sólido entendimiento de las normas y principios que rigen

las relaciones civiles en el Perú, al mismo tiempo que han ofrecido propuestas innovadoras para su evolución y adaptación en los nuevos escenarios sociales.

En conclusión, con esta iniciativa se reitera la importancia de la reflexión crítica y el compromiso académico con la formación de las nuevas generaciones de juristas quienes a través de sus investigaciones demuestran su interés por seguir fortaleciendo las instituciones jurídicas en el Derecho Civil, contribuyendo a la evolución de un sistema legal más justo y acorde a las necesidades contemporáneas. De igual manera, este esfuerzo resalta la labor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, cuyo compromiso con la investigación académica y la formación integral de sus estudiantes impulsa el desarrollo del conocimiento jurídico y fortalece la capacidad de los futuros profesionales para enfrentar los retos actuales del país.

**Dr. Mateo Gomez Matos**

Profesor ordinario asociado Universidad de Piura

**Dra. Maricela Gonzales Pérez de Castro**

Profesor ordinario asociado Universidad de Piura

**Dra. Patricia Lescano Feria**

Profesor ordinario asociado Universidad de Piura

Por:

Carlos Adrián

Daza Lozada \* \*\*

*EL ELEFANTE EN LA HABITACIÓN DEL  
CÓDIGO CIVIL PERUANO: UNA  
APROXIMACIÓN NECESARIA A LA PRUEBA  
DEL DAÑO MORAL*

### Resumen

Las instituciones del derecho suelen recibir un tratamiento endógeno que se expresa en dos niveles distintos. Por un lado, es recurrente que las instituciones jurídicas se conceptualicen desde el derecho y sus operadores, sin mirar a otras áreas del conocimiento que pueden dar luces más específicas respecto de la materia que se trate. Por otro lado, dentro del mismo derecho, muchas veces las instituciones de una materia se gestan sin mirar a las demás: las instituciones del derecho material son desarrolladas por sus estudiosos, pero sin pensar en las implicancias procesales y probatorias que supone definir las de una u otra forma. La institución del daño moral dentro del Código Civil peruano, ciertamente, no es ajena a ninguno de estos problemas. Así, este ensayo, en primer lugar, busca destacar la forma poco satisfactoria en la que se ha tratado al daño moral, pues las definiciones y aproximaciones a dicha institución han sido propuestas de forma desligada a su prueba y a su vinculación con otras ciencias como la psicología. Y, en segundo lugar, pretende presentar algunos puntos de partida para una conceptualización consciente de la institución del daño moral, que tenga en cuenta los factores probatorios, pues resultan determinantes para que esta pueda hacerse efectiva para los efectos resarcitorios.

---

\* Maestrando en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona y la Università degli studi di Genova. Abogado con mención sobresaliente por la Universidad de Piura. Miembro asociado del grupo de investigación Proceso, Derecho y Justicia (PRODEJUS) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: [adriandazalozada.16@gmail.com](mailto:adriandazalozada.16@gmail.com)

\*\* Agradezco especialmente a Luciano Laise, a Renzo Cavani y a Paolo Bazo por discutir conmigo las ideas contenidas en este trabajo. De la misma forma, le agradezco a Carla Tarifa y a David Ibarra, por tomarse el trabajo de revisar una versión preliminar de este artículo, así como a los miembros de PRODEJUS, con quienes he podido afinar lo aquí propuesto y encontrar diversos puntos para mejorar.

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 28 de octubre de 2024

### Abstract

Legal institutions often receive an endogenous treatment that manifests on two levels. On one hand, legal institutions are frequently conceptualized from within the law itself and by legal practitioners, without considering other fields of knowledge that could offer more specific insights into the subject matter. On the other hand, within the legal field, institutions are often developed in isolation: substantive legal institutions are studied without considering the procedural and evidentiary implications that arise from defining them in one way or another. The institution of moral damage in the Peruvian Civil Code is certainly not immune to these issues. This essay, therefore, aims firstly to highlight the unsatisfactory way in which moral damages have been addressed, as the definitions and approaches to this institution have often been disconnected from its evidentiary aspects and its relationship to other sciences, such as psychology. Secondly, it seeks to present several starting points for a more comprehensive conceptualization of moral damages, taking into account evidentiary factors, which are crucial to making this institution effective for compensatory purposes.

**Palabras clave:** daño moral, responsabilidad civil, razonamiento probatorio, prueba, emociones.

**Keywords:** moral damages, civil liability, evidentiary reasoning, evidence, emotions.

### Sumario

***I. INTRODUCCIÓN. II. DISTINTAS FORMAS DE APROXIMACIÓN AL DAÑO MORAL. 1. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA. 2. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL. 3. ¿HAN SIDO COHERENTES Y SUFICIENTES LOS ESFUERZOS DE CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO MORAL? III. PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN MÁS INTEGRAL. 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EFICACIA DEL DERECHO. 2. EL DAÑO MORAL ES UN ESTADO MENTAL QUE REPRESENTA UNA EMOCIÓN. 3. ¿CÓMO SE CONOCEN LOS ESTADOS MENTALES DE LOS DEMÁS? IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.***

## ***I. INTRODUCCIÓN***

El daño moral como concepto resarcible<sup>1</sup>, desde la época de la codificación, ha acompañado a la tradición jurídica occidental por poco más de dos siglos. El paso de esta institución por los distintos ordenamientos jurídicos ha recibido particular tratamiento y el caso peruano no es la excepción. En la regulación vigente, la voz “daño moral” coexiste en el Código Civil de 1984 junto a la voz “daño a la persona”, las cuales representan a los daños no patrimoniales resarcibles en el derecho peruano<sup>2</sup>.

Esta peculiar y extraña coexistencia ha llevado a los estudiosos y a los juzgadores a discutir primordialmente sobre qué categoría de daño abarca a la otra, o si una de las dos debería prevalecer, eliminando a la otra. El culmen de este debate fue definir al daño moral como un padecimiento emocional subjetivo y transitorio, expresado en emociones diversas como la tristeza, la angustia, la congoja, etc. Más recientemente, las discusiones de estos mismos agentes han girado en torno a la prueba de dichas afectaciones emocionales, las cuales persisten hasta la fecha y

---

<sup>1</sup> Es importante reparar en la diferencia que existe entre los conceptos “indemnización” y “resarcimiento” (IUS 360, 2017). Se ha elegido el término “resarcible” (y así se verá en el resto del presente trabajo), dado que la obligación resarcitoria implica la existencia de *daños*, generados con culpa o dolo del sujeto dañador, o a partir un acto ilícito, para lo cual aplicarán los regímenes de responsabilidad extracontractual o contractual, según corresponda. En cambio, la obligación indemnizatoria cuenta con un fundamento distinto, pues tiene una función reintegradora de algún supuesto que haya generado un desequilibrio económico, por ejemplo, la indemnización por despido arbitrario o la indemnización justipreciada en los casos de expropiación.

<sup>2</sup> En la responsabilidad contractual por inejecución de obligaciones, el daño moral en el vigente Código Civil está recogido en el artículo 1322°, que señala:

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento. De otro lado, en la responsabilidad extracontractual, el daño moral ha sido regulado en los artículos 1984° y 1985° del mismo cuerpo normativo:

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

contraponen a quienes exigen la prueba del daño moral y a quienes admiten que este se presuma utilizando criterios de regularidad o por la “obviedad” de los mismos a partir de los hechos que lo generan.

Sin embargo, aún no queda claro cómo es que estos agentes han discutido por cuatro décadas (desde 1984) acerca de emociones y sobre si deben o no probarlas sin siquiera haber intentado definir las. Por tanto, no ha habido una aproximación al daño moral desde las ciencias, como la psicología, que podrían explicar a las emociones de forma más nítida, precisando verdaderamente qué elementos las componen y cuáles de ellos resultan observables en orden a ser probados.

Así, en el presente ensayo se buscará indagar en el *statu quo* del daño moral desde la perspectiva nacional, analizando lo propuesto por los agentes mencionados previamente. Luego, se destacarán las debilidades de la aproximación realizada a la institución hasta la fecha, precisando la necesidad de mayor coherencia y profundidad en el estudio realizado sobre el daño moral. Finalmente, se propondrán algunos puntos de partida para que, en adelante, los esfuerzos dedicados al estudio de esta voz de daño estén direccionados de forma más integral. Estos puntos son tres: ligar la definición y conceptualización de las instituciones jurídicas, incluida la institución del daño moral, a la intrínseca necesidad del derecho de ser eficaz (i); empezar a estudiar al daño moral desde su condición de estado mental mixto que representa una emoción (ii); e, indagar respecto de cómo es que se conocen los estados mentales de las personas (iii).

## ***I. DISTINTAS FORMAS DE APROXIMACIÓN AL DAÑO MORAL***

### ***1. APROXIMACIÓN DOGMÁTICA***

La dogmática peruana ha aceptado de forma pacífica que existe una distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales (Fernández Cruz, 2015, p. 320; León

Hilario, 2017, pp. 256-361; Retamozo Escobar, 2015, p. 199)<sup>3</sup>. Así, tras la derogación del Código Civil de 1936, se incluyó la voz “daño a la persona” en conjunto con el ya conocido “daño moral” en el vigente Código Civil de 1984. Esta inclusión ha generado no solo confusiones sobre las fronteras entre ambas voces de daño (pues se ha discutido si una abarca a la otra), sino que ha propiciado que los esfuerzos dogmáticos por entender cada una de estas voces se hayan contentado con dar algunas (y poco profundas) definiciones de cada una.

Al respecto, puede afirmarse que clásicamente los daños no han sido categorizados en daños patrimoniales y no patrimoniales: la diferenciación inicial fue entre daños patrimoniales y daños morales. La tradición francesa que primó en la regulación peruana comprendía que lo “moral” era lo contrario a lo “patrimonial”, de forma que cuando se hacía referencia a los daños morales, se abarcaba lingüísticamente a todo aquello que fuera no patrimonial (De Trazegnies Granda, 2001, p.110), incluida la protección a aquellos intereses no patrimoniales de las personas como sujetos de derecho, los cuales no siempre fueron vistos como resarcibles.

Con ello, la aparición del “daño a la persona” en el Código Civil vigente fue incómoda y enigmática<sup>4</sup>, pues rompía la tradición y ocupaba el terreno que se entendía tomado ya por el daño moral. Estas circunstancias crearon el espacio perfecto para que

---

<sup>3</sup> Desde la despatrimonialización del derecho privado se ha empezado a proteger a las personas para tutelar aquellos intereses respetables que no sean valorizables económicamente, precisamente para resguardar al ser humano en tanto sujeto de derecho.

<sup>4</sup> El daño a la persona se encuentra regulado en el artículo 1985° del Código Civil, de la siguiente manera:

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

los estudiosos de la materia invirtieran sus esfuerzos en intentar determinar si el daño moral abarca al daño a la persona (o viceversa) o si era posible mantener ambas voces de daño.

Una primera posición fue la de Carlos Fernández Sessarego, quien intervino en el articulado del vigente Código Civil a través de la Comisión Reformadora de dicho cuerpo normativo.

Así, Fernández (1996) ha señalado que:

[...] el “daño moral” (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y ésta, obviamente, es la de daño a la persona. Lo “moral”, quien lo duda, es sólo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano. (p. 8)

Como se aprecia, esta postura asume que el daño moral es un tipo de afectación psicosomática a las personas que incide específicamente en la *psique*, el cual, según el autor, se encontraría comprendido dentro del daño a la persona. Y, de forma más precisa, propone que el daño moral es una afectación emocional que no alcanza a ser psicopatológica; es decir, que se queda en el mero sufrimiento o dolor emocional transitorio (Fernández Sessarego, 1998, pp. 190 y ss.).

La segunda posición al respecto, atribuible a Leysser León (2003), señala más bien al daño moral como comprensivo del daño a la persona, definiéndolo además como “[...] el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil” (p. 9). León, siguiendo la tradición

francesa que influenció la codificación civil peruana, comprende que el daño moral es un concepto más amplio que el daño a la persona y que, de hecho, lo engloba. Por esa razón, ha sostenido que el daño moral va más allá de los padecimientos emocionales, incluyendo la integridad física, por ejemplo (p. 11). De similar opinión es Fernando de Trazegnies Granda (2001, p. 110 y ss.), quien también considera que el daño a la persona es una subespecie del daño moral dado que los daños o lesiones identificados en ambos no son muy diferentes.

Finalmente, existe una postura que sale de la discusión planteada por las anteriores. Juan Espinoza (2019) propone que el daño moral supone un sufrimiento físico o psíquico no duradero, el cual puede ser subjetivo -sufrido por una víctima- o afectivo en el que la lesión se da respecto de otros sujetos, animales o bienes (p. 433). Adicionalmente, prefiere mantener ambas voces de daño (daño moral y daño a la persona) dado a que considera que se encuentran comprendidas como dos especies distintas dentro del género “daño no patrimonial”, siguiendo la doctrina italiana. Ello sería así en tanto que el daño a la persona supone, para el autor, lesiones no patrimoniales a la persona natural o jurídica, mientras que al daño moral lo vincula únicamente con un pasajero sufrimiento o transitorio dolor humano. Aparte, destaca diversos ejemplos de la práctica jurídica nacional en los que ambas voces de daño han sido utilizadas autónomamente, por lo que ya se encontrarían asentadas en la realidad jurídica peruana. Por ello, daño moral y daño a la persona no serían intercambiables entre sí siguiendo esta postura (pp. 440-445).

Dejando de lado al daño a la persona, los autores coinciden en que el daño moral es, en general, una afectación a la esfera psíquica de las personas consistente en el sufrimiento o el dolor pasajero y no patológico, de incidencia anímica y propio de la esfera sentimental (*pretium doloris*). En otros términos, es posible afirmar que gran

parte de aquello a lo que se le llama daño moral se trata de *emociones*, siendo las más usuales la tristeza, la congoja, la angustia, entre otras (por todos, Espinoza Espinoza, 2019, p. 446; Fernández Sessarego, 1996, p. 57, y 1998, p. 191; Retamozo Escobar, 2015, p. 203).

En esta línea, ha habido algunos avances que van más allá de la discusión entre daño moral y daño a la persona. Específicamente, Retamozo y Fernández Cruz han indagado no solo en preguntarse si el daño moral debería ser una categoría autónoma en el ordenamiento jurídico peruano y qué características tiene como afectación anímica o emocional, sino que se han preocupado también por cómo se entiende su probanza atendiendo a la conceptualización que esta institución ha recibido.

Retamozo ya en 2015 sostuvo, respecto de la prueba del daño moral, que “[...] este no debería -como regla general- ser considerado *in re ipsa*, sino valorado bajo la idea contenida en el precepto *id quod prelumque accidit*, que permite la prueba en contrario, facilitando la inversión de la carga probatoria” (Retamozo Escobar, 2015, p. 202). En otros términos, lo que propone la autora es que para la prueba del daño moral se tome en cuenta “lo que ocurre con frecuencia” en el mundo para determinar si las consecuencias negativas de carácter no patrimonial se dieron o no en la realidad.

De otro lado, con una postura aparentemente contraria, más recientemente en 2023, Fernández Cruz ha afirmado que una de las características diferenciadoras del daño moral respecto de otras voces de daño extrapatrimonial es que este sería un daño de naturaleza *in re ipsa* (Fernández Cruz, 2023, pp. 101 y ss.)<sup>5</sup>. Para el autor, entender que el daño moral es conceptualmente *in re ipsa* supone, respecto de su probanza, que

---

<sup>5</sup> Vale decir, adicionalmente, que, junto con Gastón Fernández, también están de acuerdo con esta postura Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2003, p. 391); León (2017, p. 39); Buendía de los Santos (2016), entre otros.

solo será necesario probar el hecho generador del daño y que, aplicando ciertas máximas de experiencia, puede concluirse que están también probadas las consecuencias negativas del daño traducibles en sufrimiento emocional transitorio.

Tomando estas discusiones, como se verá en el apartado siguiente, la jurisprudencia en materia civil ha seguido en gran medida las posturas aquí expuestas. Aunque, sin perjuicio de lo que se expondrá, en la discusión sobre la prevalencia del daño moral respecto del daño a la persona (o viceversa) ya se ha asumido la primera postura, la de Fernández Sessarego. Es pacífico en la jurisprudencia que el daño moral constituye una afectación emocional o anímica de carácter transitorio, traducible en emociones como tristeza, congoja, angustia, dolor, entre otras. Finalmente, sobre la prueba, la jurisprudencia está relativamente dividida entre exigir la prueba de la existencia del daño moral o permitir tener por probado el sufrimiento emocional al entender que este se presume de las circunstancias mismas del hecho generador (*in re ipsa*) o que resulta lo que ocurre con mayor frecuencia (*id quod prelumque accidit*).

## 2. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Quizá la primera referencia respecto al daño moral en la jurisprudencia es la Casación N° 4664-2010 Puno, del Tercer Pleno Casatorio Civil de 2010 (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2011), que asumió la postura de Fernández Sessarego e indicó que el daño moral se trata de una especie de daño a la persona, así como brindó una conceptualización de este como una afectación emocional no patológica y transitoria. En el considerando 71, el pleno señala que:

[...] el daño a la persona debe comprender al daño moral [...] configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados

depresivos que padece una persona. El daño psíquico comporta un estado psicológico (enfermedad) [...] susceptible de diagnóstico por la ciencia médica.

Por otro lado, existen diversas decisiones de tribunales supremos que amplían y profundizan lo ya señalado. A continuación, se citarán algunos ejemplos.

En los fundamentos sétimo y décimo de la Casación N° 1070-95 Arequipa (Corte Suprema de Justicia de Perú, 1998), se señala:

[...] el daño moral, que [...] constituye “aquella modificación disvaliosa en la subjetividad del damnificado, que se introduce en un modo de estar diferente y perjudicial al que tenía antes del hecho”. “El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el que se produce en un solo acto o en varios pero que una vez presentados en el contexto fáctico ya son susceptibles de indemnizarse [...].

Por su parte, el fundamento sétimo de la Casación N° 3187-2005 La Libertad (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2006), ha precisado:

Daños morales son aquellos producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad. El daño moral, no afecta al patrimonio económico de una persona, sino que afecta a la personalidad física o moral, o a ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y

sentimientos del alma. Es todo dolor físico o moral, que repercute en los sentimientos.

Asimismo, el fundamento sétimo de la Casación N° 4619-2009 Ucayali (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2010), caracteriza al daño moral de la siguiente manera:

[...] la figura del daño moral entendido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos padecidos por la víctima o su familia. [...] este tipo de daño admite aquellos que se verifican en esferas jurídicas subjetivas diversas a las del dañado [...].

Finalmente, en su sumilla, y de forma muy precisa, la Casación N° 2084-2015 Lima (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2016), señala:

El daño moral (Artículo 1984 del Código Civil), es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales. Esta categoría del daño es difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo inclusive fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Ahora bien, cuando la jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la prueba del daño moral ha tenido una posición oscilante y contrapuesta: existen decisiones que están dispuestas a aceptar que el daño moral es evidente dados los hechos o las circunstancias y también existen otras que exigen la probanza del daño moral. Nuevamente, se presentan a continuación algunos ejemplos, unos exigen la prueba, otros lo contrario.

Un primer ejemplo de la exigencia de prueba del daño está en el fundamento décimo primero de la Casación N° 96-2019 Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2023a), que indica:

[...] en cuanto a los daños que se han generado no existe mayor argumentación de la que se ha desarrollado líneas arriba es decir que no solo se puede alegar aflicción, angustia, tristeza, sufrimiento etc., para así obtener una indemnización por daño moral, sino que este debe ser probado con los medios probatorios que acrediten que la accionante sufrió algún tipo de cuadro emocional o psicológico que justifique otorgar el monto solicitado, situación que no ha ocurrido en el presente caso [...].

Un segundo ejemplo de esta postura puede inferirse de la sumilla de la Casación N° 1161-2018 Lima (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2019), que señala:

De acuerdo con el artículo 1332 del Código Civil, el juez puede fijar el monto indemnizatorio bajo una valoración equitativa, en los casos donde exista una dificultad para acreditar el daño; sin embargo, dicha facultad no debe

interpretarse extensivamente para la sustitución de todas las comprobaciones alegadas por las partes.

Bajo una postura totalmente contraria, a favor de la presunción del daño moral, el fundamento décimo quinto de la Casación N° 2174-2019 Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2023b), reza:

[...] ante la dificultad para probar el daño moral, se debe presumir la existencia del mismo, pues, el daño moral es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos y valores [...] los hechos suscitados configuran el daño moral causado al actor [...].

Finalmente, otra vez en favor de presumir la existencia del daño moral, el fundamento sexto de la Casación N° 4393-2013 La Libertad (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2014), precisa lo siguiente:

[...] esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es, además, un daño totalmente subjetivo, imprevisto, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que esto sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cabe indicar que, respecto de esta decisión concretamente, apelar a las “máximas de la experiencia” y a los sucedáneos de los medios probatorios (presunciones, por ejemplo), como se verá luego, no es más

Ahora bien, tras este acotado recorrido por la dogmática y la jurisprudencia sobre el daño moral, es adecuado concluir que esta voz de daño implica una afectación al fuero interno de las personas, que incide en la esfera emocional de forma no patológica y transitoria, y que puede producir emociones tales como tristeza, congoja, angustia, entre otras, en el damnificado.

Por otro parte, cuando se ha pretendido abordar la prueba de la existencia del daño moral, las salidas a las que se ha arribado suponen, de un lado, exigir su prueba y, de otro, asumir su existencia a partir de la aplicación del *id quod prelumque accidit* o entender que es un daño *in re ipsa* empleando para ello a las máximas de la experiencia.

### 3. ¿HAN SIDO COHERENTES Y SUFICIENTES LOS ESFUERZOS DE CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO MORAL?

Pese al desarrollo que se le ha brindado a esta institución jurídica a lo largo de su vigencia en el derecho peruano, la aproximación que se ha realizado hasta la fecha no escapa de algunas críticas que son de carácter fundamental. Si se es un poco perspicaz, salta a la vista rápidamente que quienes se han encargado de estudiar al daño moral han empleado una serie de conceptos vinculados a la psicología para definir aquello que implica este tipo de afectaciones no patrimoniales.

---

que acudir a generalizaciones empíricas para justificar la decisión fáctica de tener por probado el daño moral. Estas generalizaciones, justamente, deberían contar con un sustento empírico que las respalde, de forma que puedan ser epistémicamente validadas y que se encuentre justificada su aplicación en la decisión fáctica. Sin embargo, la judicatura ha acudido a las formulaciones del *id quod prelumque accidit* (lo que ocurre con frecuencia) y del daño moral *in re ipsa* (que emerge de la cosa misma) para fundar estas decisiones. Ninguna de estas generalizaciones o criterios de normalidad permiten una decisión racional respecto de la prueba del daño moral, precisamente porque no cuentan con el sustento empírico necesario para ello. Estas ideas, profundizadas muy por extenso, pueden encontrarse en Taruffo (2009), Limardo (2021), Limay (2021), entre otros.

Sin embargo, en ninguno de los textos doctrinarios más importantes al respecto, ni en la jurisprudencia es posible encontrar vinculación alguna con autores psicólogos o referencias a estudios sobre qué son las emociones (en general) y qué implican desde la psicología aquellas como la tristeza, la congoja, la angustia u otras a las que se hace referencia usualmente cuando se quiere definir al daño moral (en particular). Y es que, si no se conoce con claridad qué hechos (y todas sus implicancias) son los que se van a determinar como jurídicamente relevantes y asignar de forma específica a una categoría normativa, se terminan construyendo instituciones abiertas en las que, con algo de elocuencia, podría subsumirse cualquier otra realidad. En ese sentido, si se afirma que la categoría normativa “daño moral” está representada por una serie de hechos con relevancia jurídica traducibles a emociones como la tristeza, la angustia o la congoja, como mínimo habría que acudir a aquella rama del conocimiento que estudia dichos hechos -la psicología- para poder saber a qué sucesos de la realidad se le está dando dicha importancia jurídica.

Asimismo, cuando se ha intentado definir al daño moral desde los estudios de derecho material, no se ha considerado en absoluto otras áreas del derecho que resultan de especial relevancia para hacer efectivos los derechos materiales. Los aspectos probatorios de aquellos hechos constitutivos de las instituciones jurídicas son extremadamente importantes, pues de no ser tomados en cuenta se llega a definiciones o conceptualizaciones que no se pueden demostrar y, por ende, tampoco exigir cuando hay conflictos de carácter jurídico. Nuevamente, como no se ha indagado en qué implica eso que los autores han definido como daño moral, es decir, qué son las emociones y sus distintos tipos, no resulta factible ni viable su probanza.

Esto último, lógicamente, genera salidas doctrinales como las mencionadas: apelar al *id quod prelumque accidit* o a que el daño moral es un daño conceptualmente

*in re ipsa*. Estas formulaciones, lo único que hacen es evitar la prueba de ese sufrimiento emocional transitorio y, más bien, buscan la prueba de otros elementos que encajen en “lo que pasa con más frecuencia” o la aplicación de máximas de la experiencia. En ambos casos, aunque hayan sido presentados y entendidos como opciones contrapuestas por la doctrina, se apela a lo mismo: a una generalización empírica -de regularidad o de normalidad- que permite (o no) colegir la existencia del daño moral.

Básicamente, en ambas se toma como “base” a la existencia de una regla general construida inductivamente<sup>7</sup>, la cual se pretende aplicar a un caso concreto que se pueda subsumir en ella. Expresiones como “lo que ocurre normalmente” o “lo que resulta evidente de la cosa misma” se sostienen en una regularidad empírica que requiere ser demostrada.

Así, según exista el soporte empírico correspondiente, estas generalizaciones podrán ser más o menos sólidas, siendo necesaria su solidez para que se encuentre justificada su aplicación en el razonamiento fáctico que con la prueba se realice en la decisión sobre los hechos, muy aparte de que dicha característica jamás debería

---

<sup>7</sup> Es decir, obtener una regla que se pretende sea de aplicación general, pero a partir de un número determinado y particular de casos similares. Aquí, por supuesto, son aplicables los problemas vinculados a los razonamientos inductivos y la solidez de estos. Por ejemplo:

1: Todos los cuervos que he visto en mi vida son negros.

2: Por lo tanto, todos los cuervos son negros.

Como se aprecia, no es posible afirmar con certeza que todos los cuervos sean de color negro, dado que, en el ejemplo, solo existe observación de un número determinado de cuervos y no de todos los cuervos que existen. Por lo tanto, cuando se busca construir argumentos basados en inducciones, se atiende a criterios de probabilidad. Así, si el número de cuervos efectivamente observados fuese del 95%, quizá sería razonable afirmar que todos los cuervos son negros. Bajo esa lógica, si solo se hubiese observado el 30% de los cuervos, afirmar lo mismo sería menos razonable. Todo dependerá de la completitud de los datos efectivamente observados y, por cierto, de la fiabilidad de dichas observaciones.

depender del solo criterio del juez<sup>8</sup>. Y, en definitiva, cuando han sido traídas a la discusión por la dogmática, no han sido presentadas con sustento fáctico alguno que justifique su aplicabilidad para la prueba de los daños morales.

Esta serie de problemas refleja que la aproximación al daño moral desde la dogmática y desde la jurisprudencia ha sido incoherente e insuficiente. La incoherencia se hace evidente al definir al daño moral como un fenómeno que implica emociones y luego, cuando se trata la prueba de dichas emociones, se hace cualquier otra cosa excepto probarlas. No ha existido un verdadero compromiso con la conceptualización que se ha propuesto pues, en vez de acreditar la ocurrencia de los hechos que serían constitutivos del daño moral (emociones), se hace una ligera apelación a criterios que suponen la aplicación de generalizaciones empíricas sobre las cuales no se ha ofrecido mayor sustento.

De otro lado, esta aproximación ha resultado insuficiente en tanto que no se buscó encontrar los elementos definitorios de las emociones que resulten observables y, por ende, pasibles de ser probados. Se invirtió la mayor cantidad de esfuerzos en intentar determinar las fronteras de las categorías “daño moral”, “daño a la persona” y otras que formaban parte de los daños no patrimoniales. No obstante, con conocimiento de que las afectaciones anímicas y emocionales eran resarcibles (más allá del concepto bajo el que corriese dicho resarcimiento), no se trabajó en el estudio del contenido fáctico de dichas afectaciones.

Por todo ello, en la siguiente sección se propondrá, teniendo en consideración estas críticas, algunos puntos de partida para poder enfrentar este desafío nuevo y antiguo a la vez. Siempre se supo que definir al daño moral como una afectación

---

<sup>8</sup> Sobre estos asuntos, vinculados a las generalizaciones empíricas y cómo usarlas justificada y racionalmente, se puede consultar a Taruffo (2023; 2009); Limardo (2021), Limay (2021), entre otros.

emocional suponía, en algún punto, expandir el horizonte del estudio y empezar a echar mano de la psicología para poder entender esa realidad que se concibió desde la vigencia de la institución como merecedora de protección. Este reto ha sido, como reza el título de este trabajo, el elefante en la habitación: es visto por todos, todos saben que existe, incluso incomoda a muchos, no obstante, nadie se encuentra dispuesto a hablar al respecto.

## ***II. PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN MÁS INTEGRAL***

### ***1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EFICACIA DEL DERECHO***

El punto de partida más importante, que sirve incluso de justificación de los siguientes, es aceptar que el derecho pretende ser eficaz<sup>9</sup>. Esta eficacia implica el cumplimiento de determinados objetivos y, en el caso del derecho, una de sus funciones principales es dirigir la conducta de sus destinatarios. Lo que se pretende con las normas jurídicas, en principio, es que las personas se vean incentivadas o desincentivadas a realizar ciertas conductas. Así, el derecho propone premios o castigos, beneficios o sanciones, para lograr tal cometido.

De esta forma, los aplicadores del derecho (los jueces), para poder castigar el incumplimiento de las normas de conducta deseables, deben constatar aquellos hechos prescritos de forma previa como incumplimiento en orden a aplicar las consecuencias (castigos) que el derecho haya asignado. Solo bajo este esquema es posible motivar adecuadamente las conductas de los ciudadanos. En este orden de ideas, en el hipotético caso de que un castigo se dé de manera aleatoria, es decir, con independencia de que el ciudadano destinatario de las normas haya cometido o no el

---

<sup>9</sup> Algunas de las ideas de este apartado, específicamente respecto de la eficacia del derecho, son atribuibles a Jordi Ferrer Beltrán (2007, pp. 29-31). En el mismo sentido, a Diego Dei Vecchi (2020, pp. 25-29).

hecho constitutivo del incumplimiento, el derecho dejaría de motivar a las personas a comportarse de la forma deseada por el derecho, pues daría igual comportarse bien o mal si en cualquiera de los casos es posible ser castigado.

Si no se vincula la conducta prevista (el hecho) con la sanción o consecuencia que tiene asignada, da igual para el ciudadano el cumplir o no cumplir la norma. Por tanto, solo si los jueces en el proceso judicial (o cualquier aplicador del derecho) cumplen con determinar la verdad de las proposiciones fácticas en discusión dentro de una controversia será posible que el derecho, como mecanismo para la dirección de conductas, cumpla con su objetivo eficazmente.

En esta línea, lo que necesita el derecho para poder ser eficaz es contar con definiciones y conceptualizaciones de sus instituciones que sean útiles, precisas y específicas. Si la prueba de aquellos hechos que el derecho dota de relevancia para formar parte de los preceptos con los que busca motivar las conductas de sus destinatarios es inespecífica, vaga o ambigua, el derecho pierde eficacia, pues será complicado que estos hechos sean acreditados o demostrados en los casos conflictivos.

Si esto es así, el caso del daño moral es un caso de muchos. Si para definir y conceptualizar esta voz de daño no se toma en cuenta que implica haberlos asociado a emociones transitorias y no patológicas como la tristeza, la angustia o la congoja, habrá claras dificultades para probarlo. Y, en este contexto problemático, son tres los posibles escenarios:

- Como no se sabe qué implica fácticamente una emoción, el daño moral será difícil de probar. Esto implica que las normas jurídicas dirigidas a evitar conductas que generan este tipo de afectaciones no patrimoniales dejarán de ser eficaces, pues el “castigo” por incumplirlas no será efectivo (se aplicará la

consecuencia muy pocas veces, menos veces de las que posiblemente se requiera).

- Como se desconoce qué implica fácticamente una emoción, es posible que se filtren indebidamente otros hechos (otro tipo de estado mental, por ejemplo) dentro de la categoría “daño moral”. Así, nuevamente, se diluye el desincentivo de conductas que generen este tipo de afectaciones no patrimoniales, porque la inespecificidad de la institución impide que el ciudadano conozca con claridad qué efectos lesivos debe evitar generar.
- Como no se tiene claridad respecto de qué implican las emociones, se busca formas contraepistémicas de tenerlas por probadas, como las ya mencionadas formulaciones del *id quod prelumque accidit* y el entender al daño moral como un daño *in re ipsa*. Estas vías alternativas para no dejar sin el debido resarcimiento a quienes resulten dañados generan un efecto no deseado por el derecho en las conductas de las personas: como no resultará necesario, bajo ninguna de ellas, el probar la afectación emocional de forma directa y efectiva, será más probable que los demandantes de resarcimientos en esos casos resulten victoriosos. Ello, por supuesto, implica que los ciudadanos tomarán muchísimos más cuidados en aquellas situaciones en las que pudieran crear este tipo de afectaciones emocionales. Esto, a su vez, puede, por poner algunos ejemplos, limitar transacciones económicas, desincentivar resoluciones de contratos, dificultar el ejercicio de derechos a la libre expresión, a la prensa, entre otros; pues, de crear dichas afectaciones, se tiene mayores probabilidades de resultar perdedor.

Por lo tanto, si ninguno de estos escenarios es deseable ni congruente con una de las principales funciones del derecho (su eficacia para la motivación de las

conductas de sus destinatarios), resulta necesario cambiar la manera en la que se definen las instituciones jurídicas y, para efectos de este trabajo, la forma en la que se define al daño moral.

Entonces, considerando que el derecho requiere de definiciones y conceptualizaciones útiles, precisas y específicas, será también necesario incluir en dichas actividades a aquellos elementos observables de los fenómenos o hechos que constituyan las categorías o instituciones jurídicas, puesto que esencialmente estas requieren ser probadas. Este es el primer punto básico de partida. Así, se justifican los dos siguientes puntos, que versan exactamente sobre lo dicho: aceptar directamente que el daño moral supone emociones y que estas son estados mentales mixtos; y, de otro lado, que, si se tiene que probar emociones, es necesario saber cómo, desde la epistemología, es posible acceder a ese tipo de conocimiento de la realidad.

## *2. EL DAÑO MORAL ES UN ESTADO MENTAL MIXTO QUE REPRESENTA UNA EMOCIÓN*

Para poder iniciar con este segundo punto de partida para la conceptualización del daño moral, hay que aceptar que se trata de un estado mental mixto que representa una emoción. Esto implica comprender, aunque en esta sede se trate de manera muy introductoria, lo siguiente: qué son los estados mentales; qué explicaciones existen respecto del concepto de emoción; y, finalmente, qué supone que las emociones constitutivas del daño moral sean estados mentales mixtos.

Los estados mentales, en general, son hechos no físicos. De hecho, son bastante usuales en la vida común y las personas los experimentan constantemente. Una breve clasificación, tomada de lo propuesto por Daniel González Lagier (2022, pp. 52), puede diferenciar los siguientes tipos de estados mentales: voliciones (deseos, intenciones); cogniciones (creencias, conocimientos); percepciones y sensaciones; estados afectivos

(emociones, estados de ánimo) y; finalmente, actos mentales (como planear, decidir, entre otros).

Este tipo de hechos se distingue de los hechos físicos a partir de una serie de características intrínsecas. Entre ellas están la posibilidad de ser conscientes de los estados mentales que se experimentan; contar con un componente fenomenológico llamado *qualia*<sup>10</sup> (González Lagier, 2009, pp. 29-30; De Brigard, 2017, pp. 25-28), tener un contenido representacional pues versan sobre objetos o cosas de la realidad;<sup>11</sup> ser subjetivos y; por último, tener la capacidad de causar hechos físicos, como una especie de causalidad mental (González Lagier, 2022, pp. 52-54)<sup>12</sup>.

Siguiendo todas estas características, puede concluirse que los estados mentales tienen dos rasgos esenciales, que son o *tener un contenido representacional*, o *poseer un carácter fenomenológico*. Por un lado, estarán, entonces, aquellos estados mentales como los deseos, las creencias y las intenciones, que contienen claramente

---

<sup>10</sup> A mayor abundamiento, podría decirse que el *qualia* está directamente relacionado con los aspectos fenomenológicos de los estados mentales, pero intrínsecamente vinculado a la experiencia de cada sujeto. En palabras de De Brigard (2017), puede asociarse al *qualia* al “modo” en el que la experiencia personal de cada quién se manifiesta; además, que este “modo individual de experimentar” goza de características como ser interno, privado, de acceso personal e inmediatamente aprehensible en la conciencia (es decir, es “conocido” desde la perspectiva de la primera persona). Un ejemplo concreto de *qualia* podría ser el siguiente: Adrián es un experto del café, pues ha cursado múltiples estudios al respecto y conoce a nivel teórico absolutamente todos sus aspectos: perfiles de sabor, orígenes, altura de cultivo, temperatura de cultivo, formas de procesamiento de la pulpa, grados de tueste, métodos de preparación, calibración de máquinas, etc. Sin embargo, Adrián también padece de una condición que le impide percibir sensorialmente sabores y olores. Adrián sabe todo sobre el café, pero le hace falta *aprehender su modo de experimentar* su sabor y aroma. Esta particular forma en la que Adrián experimentaría aquello, si pudiese percibir sabores y olores, se denomina *qualia*.

<sup>11</sup> Por ejemplo, las creencias y los deseos tienen un contenido representacional de la realidad. Así, es posible decir “Creo que terminaré de hacer los deberes” o “Deseo terminar de hacer los deberes”. En ambos casos, el objeto de la realidad contenido en los estados mentales señalados es el mismo (los deberes), pero su modo psicológico varía entre la creencia y el deseo.

<sup>12</sup> La causalidad mental a la que se hace referencia significa que los estados mentales tienen una vinculación directa con los estados físicos. Es decir, en otros términos, que los estados mentales son capaces de causar hechos físicos: un contenido mental puede producir un efecto materializado. Esto, por su parte, explica por qué las razones o los motivos que se tienen producen una gran influencia en la probabilidad de que una persona (el agente) actúe de una u otra forma.

un objeto de la realidad, de manera que resulta predicable de estos el tener un contenido representacional. De otro lado, las sensaciones o percepciones serán aquellos que cuentan de forma principal con un contenido fenomenológico, pues son expresiones típicas del *qualia*. Y, finalmente, las emociones son más bien una mezcla de ambos, razón por la que se les puede denominar *estados mentales mixtos* (González Lagier, 2022, p. 54).

Esta forma de comprender a las emociones proviene de entender que, dentro de aquellas escuelas de pensamiento que intentaron definirlas, existía una aproximación reduccionista (González Lagier, 2009, pp. 49-57). Por un lado, las concepciones mecanicistas de las emociones les atribuían características que las asocian más con su contenido fenomenológico. Así, se afirma desde estas posturas que las emociones se parecen a las pasiones en tanto “solo ocurren” a las personas, que las experimentan de forma pasiva. De la misma manera, estas no formarían parte de la racionalidad ni de la cultura humana, pues tienen su origen en lo innato: siguiendo sus propias reglas empujan a las personas a actuar más allá de su voluntad.

De otro lado, las concepciones cognitivas de las emociones les atribuyen un contenido evaluativo (de creencia), vinculando el fenómeno (*qualia*) a la creencia que se tiene respecto de un objeto. Estas condiciones implican que las emociones pueden estar justificadas (o no) si es que la creencia que las activa también lo está. Esta visión permite no solo explicar las acciones que se realizan a partir de la experimentación de emociones, sino también posibilita controlarlas “dominando” la creencia que las genera.

A partir de cada una de estas posturas lo que se hace es explicar a las emociones, pero desde aspectos o ámbitos aislados, lo cual, como se dijo, es reduccionista y plantea una falsa dicotomía: las emociones no necesariamente son solo fenómenos, ni son necesariamente solo creencias, es más bien un poco de ambas situaciones. De

hecho, ambas teorías dan cuenta de aspectos relevantes de las emociones que, por separado, perderían completitud<sup>13</sup>.

Existen, por su parte, teorías integradoras de las propuestas anteriormente, que permiten dar cuenta de lo que suponen las emociones de una forma más completa. Al respecto, se ha propuesto entender a las emociones como un “proceso” (González Lagier, 2009, pp. 56-57 y 61-74).<sup>14</sup> Este entendimiento implica que una emoción no es algo que ocurre en un momento temporal fijo y determinado, sino que, por el contrario, pasa por todo un desarrollo y evolución, diversificado en etapas. Así, para caracterizar a las emociones, es necesario precisar qué elementos o etapas conforman el proceso que las enmarca. Ahora bien, como podrá advertirse, forman parte de este proceso no solo estados mentales, sino también respuestas fisiológicas y otros hechos externos.

A saber, se puede distinguir a los siguientes elementos:

- Creencia o evaluación: Las creencias y las evaluaciones están muy conectadas con las emociones pues, de hecho, las producen. Así, la realización de una evaluación de un objeto o fenómeno (por ejemplo, de un hecho físico) puede incidir en la satisfacción o frustración de un deseo o proactividad. Dependiendo de si esta evaluación es favorable o desfavorable a la proactividad del evaluador, se podrá producir una emoción positiva o negativa.
- Objeto intencional: Las emociones tienen un objeto intencional, pues recaen sobre *algo*. De esta forma, por ejemplo, puede sentirse la emoción “miedo” respecto de un objeto externo, como podría ser un revólver apuntando directamente a la sien de quien padece dicha emoción. El revólver, bajo dichas

---

<sup>13</sup> Sin perjuicio, por supuesto, de que haya más teorías al respecto que puedan ofrecer elementos diferentes.

<sup>14</sup> Esta y las próximas ideas vinculadas a las emociones entendidas como “proceso” son atribuibles al autor en referencia.

circunstancias, es el objeto intencional de la emoción padecida. Cabe precisar que el objeto intencional no necesariamente debe ser físico, pues podría existir perfectamente producto de la imaginación, de un sueño o hasta de una alucinación.

- **Reacción fisiológica:** Las emociones conllevan cambios físicos diversos, como sudoración, aceleración del ritmo cardiaco, rigidez, etc. Estos cambios pueden darse en distintos ámbitos corporales de quien atraviesa determinada emoción, así como también pueden variar en su nivel de intensidad. Por supuesto, según el tipo de emoción se producirán distintas reacciones fisiológicas.
- **Sensación:** Este componente del proceso de las emociones está estrechamente vinculado con el *qualia* (en plural) o *quale* (en singular). Asumiendo que cada una de las emociones puede estar asociada a un *quale* específico, las sensaciones son cambios fisiológicos perceptibles de forma particular cuando se experimentan emociones. Dichas sensaciones, según los cambios fisiológicos sean agradables o desagradables, resultarán adscribibles a emociones positivas o negativas.
- **Expresión de la emoción:** Mientras que las sensaciones hacían referencia a “formas de sentir” personalísimas (por estar vinculadas al *qualia*), bien podría afirmarse que la expresión de la emoción se trata de un cambio fisiológico típico y generalizado, identificable en patrones de gestos característicos de cada emoción. Por ejemplo, la alegría está asociada a la elevación de mejillas (el esbozo de una sonrisa). Si bien estos rasgos pueden variar cultural y geográficamente, las emociones más primarias suelen contar con rasgos más universales.
- **Disposición a la conducta:** Las emociones en su mayoría están vinculadas con acciones. Por ejemplo, es normal que quien atraviesa una emoción como el

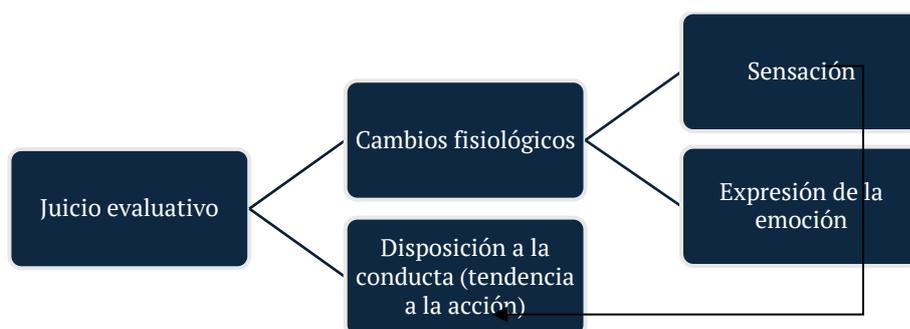
miedo, tienda a huir de la situación u objeto que le produce dicha emoción. Esta acción (o tendencia a la acción) es creada y motivada directamente por las emociones. Ahora bien, es cierto que distintas acciones podrían, en el ejemplo, alejar al sujeto de aquello que le produce miedo. Por lo tanto, se puede afirmar más precisamente que las emociones generan tendencia a la acción, pero dirigida a ciertos objetivos en concreto (para el ejemplo, el objetivo es alejarse del peligro o de aquello que genera miedo).

Como se puede apreciar de toda esta serie de etapas y componentes del proceso emocional, hay una mezcla muy variada de aspectos cognitivos y de aspectos fenomenológicos, lo que, como se dijo, sostiene la postura de que las emociones son estados mentales mixtos.

Lo señalado anteriormente puede presentarse en el siguiente gráfico, en orden a que se facilite su comprensión:

### Figura 1

*Esquema de las etapas del proceso emocional*



*Nota.* El presente gráfico ha sido tomado de *Emociones, responsabilidad y derecho*, por Daniel González Lagier, 2009, p. 62. Marcial Pons.

Un ejemplo concreto en el que se atravesase por todas estas etapas podría ser el siguiente: si un sujeto recibe a través de un correo electrónico (objeto de la emoción)

la noticia de haber sido aceptado en el trabajo de sus sueños, lo evaluará como un suceso favorable a lo que siempre ha deseado desde que se graduó como abogado (juicio evaluativo). Esto podría producirle algunos efectos como cierta aceleración del ritmo cardíaco (cambios fisiológicos), por mencionar alguno. Posteriormente, notará que le es inevitable esbozar una sonrisa de oreja a oreja y abrir mucho los ojos del asombro (sensación/expresiones emocionales). Finalmente, al responder de inmediato el correo electrónico agradeciendo la oportunidad y confirmando su disponibilidad (tendencia a la acción), su emoción culmina.

Hasta aquí esta breve y muy introductoria explicación teórica respecto de lo que suponen las emociones. Ahora, que el daño moral haya sido definido como una afectación no patrimonial traducible a emociones transitorias o pasajeras (tales como la tristeza, la congoja o la angustia) implica, para poder estudiar esta institución jurídica en serio, indagar en qué aspectos fenomenológicos se expresan en ellas y qué específico contenido representacional puede ofrecer cada tipo de emoción en particular (ambos aspectos al tratarse de estados mentales mixtos).

Básicamente, habrá que dedicar los esfuerzos de investigación a descubrir qué partes del proceso emocional resultan observables para poder aportar a la prueba del daño moral. Este segundo punto de partida para el estudio del daño moral como institución jurídica permite obtener, en primer lugar, esos elementos precisos, específicos y observables (en mayor o menor medida), que permitan luego probar la existencia de aquellos hechos que constituyen a esta voz de daño.

### *3. ¿CÓMO SE CONOCEN (Y SE PRUEBAN) LOS ESTADOS MENTALES DE LOS DEMÁS?*

El último y tercer punto de partida para poder estudiar y definir al daño moral en serio como institución jurídica tiene una vinculación directa con la epistemología

y la prueba de los hechos. Es necesario saber cómo es que las personas, y especialmente los jueces, conocen los estados mentales de terceros. Esto es así debido a que son los jueces quienes finalmente decidirán si tienen o no por probados aquellos hechos constitutivos del daño moral (emociones transitorias y no patológicas).

Sobre el particular, la doctrina de referencia (González Lagier, 2022, p. 62 y ss.) ha señalado que es algo común en la vida cotidiana que las personas sean capaces de realizar atribuciones psicológicas exitosas en otros. Ello, por supuesto, forma parte de las habilidades que tienen los seres humanos que permiten la vida en sociedad (Vietri, Alessandroni, & Piro, 2019, p. 1). No obstante, lo realmente complicado es saber cómo esto es posible. Para responder a esa interrogante, se ha hecho referencia a tres grados o vías de aproximación al conocimiento de los estados mentales de terceros, los cuales también son transitados por los juzgadores cuando quieren conocer las eventuales emociones que habrían sentido las partes que pretenden resarcimientos por daño moral (González Lagier, 2022, pp. 62-65).

En primer lugar, el juez puede aproximarse desde la *tercera persona* a los estados mentales de las partes, pudiendo hacerlo de dos maneras. En la primera, el juez, realizando generalizaciones “de sentido común”, valora la conducta que tiene la parte, la cual debería ser consistente con los estados mentales o el sufrimiento que alega, por ejemplo. Esta primera manera implica contar con una “teoría de la mente”, que no es más que una serie de generalizaciones sobre la cognición y motivación psicológica que permiten a los seres humanos la atribución de estados mentales a otros y a sí mismos (Vietri, et al. 2019, p. 2; Skidelsky, 2011, pp. 38-39).

La segunda manera, conocida como “estrategia de la racionalización”, implica que el juez asuma que todas las personas son racionales y que, por tanto, actúan bajo parámetros de racionalidad; de esta manera, el juzgador analizará la veracidad de las

afirmaciones que realiza la parte respecto de sus emociones o estados mentales, contrastándolas con la racionalidad de su conducta, lo que permitiría al juez realizar alguna atribución psicológica a partir de la interpretación de su conducta.

En segundo lugar, cuando el juez se aproxima desde la *primera persona* a los estados mentales de las partes parte lo hace desde el autoconocimiento: el juez conoce sus propios estados mentales, es decir, sabe cómo se sentiría (o se ha sentido) bajo determinados estímulos, por lo que colocándose en el lugar de quien alega el sufrimiento emocional, le atribuye estados psicológicos a partir de la empatía.

Y, en tercer lugar, cuando el juez se aproxima desde la *segunda persona* a los estados mentales de las partes, lo hace a partir de una comunicación activa con la parte que alegue el sufrimiento emocional, lo que le permitiría “interpretar” dicho estado psicológico. Al respecto, esta forma de aproximación supone que quien analiza el estado mental es también un sujeto consciente, capaz, que realiza un análisis desde su propia perspectiva (analiza desde la tercera persona al demandante, tomando como referencia elementos de una aproximación desde la primera persona).

Así, se deja algo de lado la inevitable asimetría que existe al analizar a un tercero (Skidelsky, 2011), precisamente para que la interacción directa, humana y personal que se tenga sea la que permita alcanzar el conocimiento de los estados mentales padecidos. En suma, una aproximación desde la segunda persona es una experiencia sensitivo-motriz que, desde la comunicación sensitiva, permite una “alianza existencial” entre quien analiza y el analizado (Díaz, 2005, pp. 26-28).

Como se aprecia, estos grados de aproximación no son excluyentes entre sí. De hecho, es conveniente considerar que, por ejemplo, asumir que las personas son racionales para poder atribuir estados mentales puede ser más útil cuando se quiera

conocer un estado mental en el que el contenido representacional prime. En cambio, aproximaciones desde la tercera persona resultan más útiles para adscribir estados mentales en los que prima el contenido fenomenológico. De la misma manera, mediante una aproximación desde la segunda persona, haciendo las preguntas correctas al analizado, también es posible obtener información valiosa. Por consiguiente, utilizar las distintas formas de aproximación para acceder al conocimiento de estados mentales mixtos como las emociones que constituyen el daño moral resulta lo más ideal.

Ahora bien, comprender a las emociones desde una u otra concepción, como se indicó en el apartado anterior, brindará elementos que pueden ser más o menos observables. Asimismo, dependiendo de la emoción que se trate (por ejemplo, para el caso del daño moral, las recurrentes tristeza, congoja o angustia), podrá tener predominancia fenomenológica o podrá primar el contenido representacional. Estos factores deberán ser tomados en cuenta para poder encontrar cuáles son aquellos elementos constitutivos de las emociones (según su particular proceso emocional) que se busca probar cuando se habla de daño moral, en orden a poder incluirlos en la misma definición y caracterización que se realice de la institución. Se podría, incluso, tomar partido por alguna concepción de emoción en particular según posea una mayor cantidad de elementos constitutivos observables en determinada emoción (y adoptar otra concepción de emoción para otras), lo que facilitaría acceder a qué elementos demostrar para tener por probado al daño moral.

Finalmente, considerando lo dicho hasta el momento, para poder conceptualizar al daño moral se puede obtener una aproximación que no solo da cuenta de qué factores componen a las emociones como una realidad observable, sino también que aspectos epistemológicos entran en juego al momento de probarlas. De

esta forma sí resulta posible obtener una definición útil para el derecho, que le permita mantener su eficacia respecto de la motivación de las conductas de sus destinatarios.

#### ***IV. CONCLUSIONES***

El daño moral ha sido un tema de amplia discusión en la doctrina y en la jurisprudencia nacional. Las encrucijadas entre el daño moral y el daño a la persona, a lo largo de la vigencia del Código Civil de 1984, han ocupado la mayor parte de los esfuerzos de los estudiosos y de los juzgadores del derecho, concluyendo -en líneas generales- que el daño moral es una afectación no patrimonial que incide en el estado anímico de las personas, turbándolos emocionalmente de forma temporal, pasajera y no patológica, siendo posible que estas emociones sean de tristeza, congoja, angustia, entre otras. Adicional a ello, se cuenta con algunos avances adicionales respecto de la prueba del daño moral, apelando principalmente al precepto *id quod prelumque accidit* o a entender que el daño moral es un daño conceptualmente *in re ipsa*.

Sin perjuicio de lo anterior, estas aproximaciones al daño moral han resultado incoherentes e insuficientes. Ello es así debido a que el desconocimiento de lo que suponen las emociones desde la psicología ha conllevado a crear mayores dificultades probatorias respecto de esta voz de daño. Así, pese a que los autores definieron al daño moral como una afectación emocional, no fueron capaces de comprometerse verdaderamente con la definición que brindaron cuando se preguntaron sobre la prueba de esta voz de daño. Recurriendo a formulaciones que apelan a generalizaciones empíricas y evitando asumir la prueba de las emociones como tal, se ha preferido decir que el daño moral es “de difícil probanza” en vez de enfrentar el viejo y nuevo desafío de probarlo.

Dado este contexto (este gran elefante en la habitación del Código Civil), resulta necesario replantear la forma de aproximarse al daño moral, cambiando los puntos de partida. Primero, aceptar la eficacia del derecho como principio para abandonar aproximaciones endógenas a las instituciones jurídicas y, más bien, tomar como referencia la realidad y las ciencias que la estudian para obtener conceptualizaciones útiles, eficaces y precisas. Segundo, asumir que el daño moral es un estado mental mixto que representa una emoción, lo que supone comprender a los estados mentales (en especial a los mixtos) y a las emociones junto con las concepciones que han pretendido definir las y dotarlas de contenido. Y, tercero, indagar en cómo se conocen los estados mentales, en orden a elegir las mejores y más eficientes vías de aproximación, según el tipo de emoción que se trate, con la finalidad de viabilizar su prueba.

Con estos puntos de partida será posible realizar una definición y conceptualización útil, efectiva y realista del daño moral como afectación emocional transitoria y pasajera, dejando atrás conceptos que no han sido dotados de contenido y permitiendo el avance del estudio de esta institución jurídica. De forma más específica, será posible tomar como referencia para su desarrollo dogmático a aquellos elementos de las emociones que sean más observables y distinguirlos según el concepto de emoción que se asuma, para cada tipo de emoción a tratar.

## V. **BIBLIOGRAFÍA**

Buendía de los Santos, E. (2016). Un alegato a favor del daño *in re ipsa*: A propósito de los daños a derechos de la personalidad de la persona jurídica en el sistema jurídico peruano. *IUS 360*. Recuperado de <https://ius360.com/un-alegato-favor-del-dano-re-ipsa-proposito-de-los-danos-los-derechos-de-la-personalidad-de-la-persona-juridica-en-el-sistema-juridico-peruano/>.

- De Brigard, F. (2017). El problema de la conciencia para la filosofía de la mente y de la psiquiatría. *Ideas y valores*, 3, 15-45. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v66n3Supl.65652>.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual* (Vol. 2, 7ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Puno: Zela.
- Díaz, J. L. (2005). La identidad del dolor: ¿Lesión, congoja, lamento o neuromatriz? *Salud Mental*, 28 (2), 13-32.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil* (Vol. 1, 9ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fernández Cruz, G. (2023). *El daño no patrimonial y el daño moral (dos ensayos)*. Lima: ARA Editores.
- Fernández Cruz, G. (2015). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, 31, 317-338. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n031.4370>.
- Fernández Sessarego, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual. *THEMIS Revista de Derecho*, 38, 179-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10319>.
- Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 50, 47-97. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>.

- González Lagier, D. (2022). Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de “sentido común”. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3, 49-80. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i3.22731](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22731).
- González Lagier, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- IUS 360 (8 de febrero de 2019). *¿Cuál es la diferencia entre resarcimiento e indemnización?* | Rómulo Morales [Vídeo]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=NNgOkjUUTTg>.
- León Hilario, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- León Hilario, L. (2003). Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 23.
- Limardo, A. (2021). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2, 115-153. [https://doi.org/10.33115/udg\\_bib/qf.i2.22464](https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464).
- Limay Chávez, R. (2021). Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género. *Revista IUS ET VERITAS*, 63, 208-223. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.011>.
- Muffato, N. (2021). Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia. *Derecho & Sociedad*, 57, 1-38. <https://doi.org/10.18800/dys.202102.003>.
- Retamozo Escobar, J. (2015). Daño a la persona y daño moral: Un paso adelante. *Actualidad Civil*, 11, 186-203.

Skidelsky, L. (2011). Autoconocimiento y Atribución de Estados Mentales en Teoría de la Mente, *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, 3(1), 34-53. <https://doi.org/10.32348/1852.4206.v3.n1.5232>.

Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2003). *Tratado de las obligaciones* (Vol. X). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, Biblioteca para leer el Código Civil.

Taruffo, M. (2023). *Contribución al estudio de las máximas de experiencia* (P. A. Ibáñez, Trad.). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009). Considerazioni sulle massime d'esperienza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 63(2), 551-570.

Vietri, M., Alessandroni, N. & Piro, M. (2019). La Perspectiva de Segunda Persona de la Atribución de Estados Mentales: Una Revisión Sistemática de su Estado Actual de Desarrollo. *PSYKHE*, 28(2), 1-17. <https://doi.org/10.7764/psykhe.28.2.1280>.

### 1. JURISPRUDENCIA

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (9 de mayo de 2006). *Casación N° 3187-2005 La Libertad*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (12 de octubre de 2010). *Casación N° 4619-2009 Ucayali*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (19 de junio de 2014). *Casación N° 4393-2013 La Libertad*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (3 de agosto de 2023a). *Casación N° 96-2019 Lambayeque*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (21 de setiembre de 2023b). *Casación N° 2174-2019 Lambayeque*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (6 de julio de 2016). *Casación N° 2084-2015 Lima*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (13 de noviembre de 2019). *Casación N° 1161-2018 Lima*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil. (13 de julio de 1998). *Casación N° 1070-95 Arequipa*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Tercer Pleno Casatorio Civil. (8 de marzo de 2011). *Casación N° 4664-2010-Puno*.

## 2. *NORMAS*

Perú. Decreto Legislativo N° 295. *Código Civil*. 25 de julio de 1984.

## 3. *LISTA DE FIGURAS*

Figura 1: *Esquema de las etapas del proceso emocional* (p. 20).

Por:

Frank Carlos

Caballero Zavala \* \*\*

*RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS  
OCASIONADOS POR NIÑOS Y  
ADOLESCENTES: PROBLEMÁTICA Y  
PROPUESTAS DE SOLUCIÓN EN EL  
CONTEXTO JURÍDICO PERUANO*

**Resumen**

El artículo examina la responsabilidad civil por daños causados por niños y adolescentes en Perú, problemática que se ha intensificado tras la derogación del artículo 1975 del Código Civil mediante el Decreto Legislativo número 1384, el cual establecía la responsabilidad solidaria de los padres o representantes legales. Actualmente, según el artículo 458 del Código Civil, tanto niños como adolescentes son civilmente responsables por los daños que causen, siempre que actúen con discernimiento. No obstante, la falta de recursos patrimoniales de los niños y adolescentes dificulta la exigibilidad de la reparación, dejando en situación de desprotección a las víctimas. Los objetivos del trabajo son esclarecer quién deber asumir la reparación civil y explorar las implicaciones de la derogación. La metodología empleada incluye un análisis histórico y normativo de la legislación peruana, evidenciando que la responsabilidad de los padres y representantes ha sido reconocida en todas las codificaciones civiles desde 1852. Así, se propone la reintroducción del artículo 1975, que restablecería la responsabilidad solidaria de los padres o representantes, facilitando tanto la exigibilidad de la reparación como la certeza para las víctimas.

---

\* Practicante pre-profesional. Estudio jurídico Ruiz Arias & Asociados. Estudiante del XII ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: [frank.caballero.zavala@gmail.com](mailto:frank.caballero.zavala@gmail.com)

\*\* Mis agradecimientos totales a la Lic. Laura Zeta, a la Mg. Jastmc Merino, al Mg. José Carlos Taboada y a la Dra. Patricia Lescano, cuyo apoyo fue fundamental para animarme a desarrollar este tema, además de su valiosa ayuda al revisarlo y pulir mi escritura.

Recibido: 19 de julio de 2024

Aceptado: 28 de octubre de 2024

### Abstract

The article examines civil liability for damages caused by minors and adolescents in Peru, an issue that has intensified following the repeal of Article 1975 of the Civil Code by Legislative Decree 1384. The repealed article established the joint and several liabilities of parents or legal representatives. Currently, under Article 458 of the Civil Code, both minors and adolescents are civilly liable for the damages they cause, provided they act with discernment. However, the lack of patrimonial resources of minors and adolescents complicates the enforceability of reparations, leaving victims unprotected. The objectives of this study are to clarify who should bear civil liability for reparations and to explore the implications of the repeal. The methodology includes a historical and normative analysis of Peruvian legislation showing that the liability of parents and representatives has been recognized in all civil codifications since 1852. Thus, the study proposes the reintroduction of Article 1975, which would restore the joint and several liabilities of parents or representatives, thereby facilitating both the enforceability of reparations and certainty for victims.

**Palabras clave:** responsabilidad civil de niños y adolescentes, daño, reparación civil, responsabilidad solidaria, discernimiento.

**Keywords:** civil liability of children and adolescents, damage, civil compensation, joint and several liability, discernment.

### Sumario

***I. CUESTIONES PREVIAS. II. LA REPARACIÓN CIVIL. 1. FUNCIONES DE LA REPARACIÓN CIVIL. 2. NATURALEZA DE LA REPARACIÓN CIVIL. III. EL DAÑO ORIGINADO POR EL NIÑO Y ADOLESCENTE. IV. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE. 1. LEGISLACIÓN NACIONAL. 2. UN PUNTO DE QUIEBRE: EL ANTES Y DESPUÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO NÚM. 1384. 3. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. V. POSICIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA. VI. QUIÉN PAGA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS? POSIBILIDADES ALTERNATIVAS. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.***

## ***I. CUESTIONES PREVIAS***

La creación de un riesgo prohibido<sup>1</sup>, y eventual sanción no solo son de interés para el Derecho penal, pues, en la medida en que se produzca un daño, el Derecho civil también intervendrá, centrándose en determinar quién es responsable, y de ser el caso, estableciendo una obligación de indemnizar por los daños ocasionados<sup>2</sup>. Es de afirmar que en nuestra sociedad toda interacción social tiene riesgos ínsitos por más cotidiana o inofensiva que esta parezca (Jakobs, 1997, p. 41). Frente a tal realidad es posible advertir determinados escenarios en donde quienes producen un daño son niños o adolescentes<sup>3</sup>.

Es importante señalar que, para efectos del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, se considera adolescente a toda persona entre 14 y 18 años. Esto se condice con la posibilidad de que los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño establezcan un rango especial de responsabilidad cuyo límite superior sean los 18 años, y que además se fije un límite inferior a partir del cual se considera que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

---

<sup>1</sup> Como refiere Bacigalupo Zapater, no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción. Bacigalupo Zapater, E. (2004). *Derecho penal. Parte general*, p. 265.

<sup>2</sup> No obstante, no siempre la producción de un daño generará responsabilidad civil. Al respecto, De Trazegnies advierte que habrá casos en los que estaremos autorizados a causar un daño, tratándose entonces de situaciones excepcionales, algunas de ellas de emergencia, en las que la ley nos faculta a dañar en función de un bien superior. Tales supuestos se encuentran regulados en el artículo 1971 de nuestro Código Civil. De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*, (7ª ed.). p. 197.

<sup>3</sup> A efectos del presente trabajo se evitará recurrir al término “menor” para hacer referencia tanto a los niños como adolescentes. Como propone Aguilar Llanos, el término “menor” en el marco de la normatividad precedente al Código de los Niños y Adolescentes hacía alusión no solo al menor como contraposición al mayor por la edad, sino que la minoridad vino a ser entendida también como una suerte de minusvalía, un ser disminuido. En suma, “menor” vino a significar restar posibilidades y despriorizar su atención. Aguilar Llanos, B. (1996). ¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes? *Derecho PUCP*, (50), p. 445.

Consecuentemente, se tiene que todo aquel que tenga entre 14 o 18 años y cometa una infracción a la ley penal, será sometido a la justicia penal juvenil. Por tanto, solo los adolescentes tienen capacidad para responder por la infracción cometida<sup>4</sup>, siendo pasibles de medidas socioeducativas, medidas que son de aplicación para todo aquel adolescente que cometa alguna infracción a la ley penal.

En cambio, todo aquel que sea menor de 14 años (niños) y cometa una infracción a la ley penal, será pasible de medidas de protección. A diferencia de lo que sucede con los adolescentes, en nuestro país por voluntad legislativa y de acuerdo con el artículo 40. 3 literal a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha optado por determinar que la edad especial de penalidad sea a partir de los 14 años. Es posible advertir que lo anterior obedece a las propias características del niño en cuestión, lo cual guarda sintonía con las medidas que se le puede imponer, tales como las que están recogidas en el artículo 242 del Código de Niños y Adolescentes, el cuidado en el propio hogar, participación en un programa oficial con atención educativa, de salud y social, incorporación a una familia sustituta o atención integral en un establecimiento de protección especial.

Por último y no menos importante, debe remarcarse que la justicia penal especializada, propia de los adolescentes (se excluyen a los niños), lleva consigo la necesidad de generar justicia. Necesidad que no debe satisfacerse únicamente con una pena, como ocurre con los mayores de 18 años, sino también con medidas que busquen, tal como lo propone el Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del

---

<sup>4</sup> Sin que esto lleve al equívoco de concluir que los adolescentes son imputables, pues, estos siguen siendo inimputables y responden de manera distinta a los mayores de 18 años. Luzón Peña comenta que esto se sustenta en el hecho de que la imputabilidad requiere además de la normalidad psíquica, la suficiente madurez mental, emocional y educativa, así como la experiencia de vida como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social correspondiente. Luzón Peña, D. (2016). *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, (3ª ed.). p. 493.

Adolescente en Conflicto con la Ley Penal (PNAPTA), reducir conductas antisociales, lograr una administración de justicia eficaz con un enfoque garantista, y garantizar la resocialización del adolescente en conflicto con la ley penal y reparación a la víctima (Consejo Nacional de Política Criminal, 2014, p. 33). En otras palabras, las medidas tienen como finalidad resocializar, reeducar y resarcir el daño ocasionado la víctima.

De esta manera, queda evidenciado que en nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento que se ha dado tanto a niños como adolescentes por la infracción a la ley penal es uno independiente al sistema de responsabilidad penal de los adultos. Así como también se ha podido advertir que uno de los objetivos de la justicia penal juvenil es el resarcir los daños que ocasionen tanto niños como adolescentes.

## **II. LA REPARACIÓN CIVIL**

### **1. FUNCIONES DE LA REPARACIÓN CIVIL**

No existe unanimidad sobre las funciones que debe tener todo sistema de responsabilidad civil, ni mucho menos una lista que de manera tendenciosa se atreva a enumerarlas<sup>5</sup>. No obstante, sí que existe cierto consenso sobre las funciones principales, las cuales comparten el siguiente denominador común, ¿por qué debe repararse el daño ocasionado?

Monateri ha señalado que la responsabilidad civil cumple 3 funciones, la función compensatoria, sancionatoria, y la función preventiva (Velarde Saffer, 2008, p. 265). En esa línea, Milkes Sánchez (2019) concibe como funciones de la responsabilidad civil a la función demarcatoria, compensatoria, distributiva y preventiva (p. 5 y ss.). Destaca de entre todas ellas la función compensatoria o

---

<sup>5</sup> Como advierte Papayannis, esto se debe principalmente a que algunas de las funciones de la responsabilidad podrían no ser aquellas que explícitamente pretende lograr el legislador. Papayannis, D. (2022). *Responsabilidad civil (funciones)*, p. 308.

resarcitoria, la cual interviene *ex post* a su causación para restablecer, a quien lo ha sufrido, al estado *ex ante* de su ocurrencia (p. 6). Concluye que en torno a esta función gira toda la responsabilidad civil, siendo su fundamento en esencia.

Por otro lado, Alpa (2001) entiende que las funciones de la responsabilidad civil son la función compensatoria, sancionatoria o punitiva, y la desincentivación (p. 69). Alpa pone especial atención en la función compensatoria, la cual implica retornar a quien ha sufrido el daño al estado en el que se encontraba antes de sufrirlo.

Como podrá apreciarse tras la breve exposición anterior, las funciones de la responsabilidad civil son varias. No obstante, es posible afirmar que la función principal es la de reparar el daño causado, es decir, resarcir a la víctima por el daño sufrido. En ese sentido, habiendo delimitado un punto en común, será ese el faro que nos ayude a resolver la problemática planteada sobre quién debe pagar la reparación civil por los daños causados por niños o adolescentes.

## 2. NATURALEZA DE LA REPARACIÓN CIVIL

Zegarra Mulánovich (2024) señala que cuando un jurista está frente a un nuevo fenómeno jurídico, o uno conocido, es común que se pregunte por su naturaleza jurídica. Si bien no suele ser la primera pregunta, es esencial en cualquier análisis (p. 91). En ese sentido, Zegarra Mulánovich, considera crucial comprender qué se pretende buscar con esa pregunta. Para esto, estima conveniente hablar de que la búsqueda de la naturaleza jurídica de un fenómeno jurídico debe desarrollarse en tres fases.

Primero, se encuentra la naturaleza funcional, que responde a la pregunta: ¿cuál es la finalidad de esta institución en la sociedad? (Zegarra Mulánovich, 2024, p. 91). En el contexto de la reparación civil, su objetivo es el de resarcir el daño

injustamente causado. En segundo lugar, la naturaleza estructural se centra en cómo está configurado el fenómeno, es decir, su estructura básica y elementos (Zegarra Mulánovich, 2024, p. 92). En relación a la reparación civil, Espinoza Espinoza (2006) identifica como sus elementos constitutivos a: la imputabilidad, la ilicitud o antijuricidad, el factor de atribución, el nexo causal, y el daño (p. 89). Por último, la naturaleza sistemática o didáctica busca situar el fenómeno dentro de un área específica del Derecho (Zegarra Mulánovich, 2024, p. 92). En particular, la reparación civil se clasifica en el Derecho Civil, más concretamente en el ámbito de la responsabilidad civil, y para el caso que nos ocupa, la responsabilidad civil extracontractual.

Por otro lado, en la doctrina penal resulta prácticamente indiscutida la afirmación de que la reparación civil no es una pena<sup>6</sup>. Ni siquiera se le puede asignar, en principio, una naturaleza penal (Gálvez Villegas, 2014, p. 189). Gálvez Villegas (2016) señala que el nuevo Código Procesal Penal del año 2004 ha modificado las reglas al establecer en su artículo 12, inciso 3, que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impiden al órgano jurisdiccional emitir un pronunciamiento sobre la acción civil derivada del hecho investigado (p. 363).

García Cavero (2019) afirma que, pese a que la llamada reparación civil derivada del delito se establece en el marco de un proceso penal, la determinación de la responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de regulación del Derecho civil, tal como lo pone de manifiesto la cláusula de remisión del artículo 101 del Código penal. Pues, si bien tanto la infracción penal, como la civil parten de una infracción del deber general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), lo que sustenta la responsabilidad

---

<sup>6</sup> Cfr. R.N. núm. 948-2005-Junín, f.j. 3. Sala Penal Permanente.

civil es la obligación de resarcirse el daño producido, mientras que la penal encuentra su fundamento en la necesidad de mantener la vigencia de la norma que particulariza el referido deber general (p. 1129 y ss.).

Si bien a los adolescentes infractores de la ley penal se les aplica el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, debe precisarse que, tal como establece el artículo 104 del Código en mención, el juicio oral se desarrolla en dos audiencias, una para determinar la responsabilidad del adolescente, y otra en donde se establece el monto de la reparación civil, la medida socioeducativa correspondiente y su duración. Sin perjuicio de la diferenciación comentada, es posible extrapolar la siguiente lógica, el juez de familia puede fijar la reparación civil, aunque en la primera audiencia no se determine la responsabilidad penal del adolescente, pero en la segunda sí se determine la existencia de un daño.

En ese sentido, debe quedar claro que el fundamento de la responsabilidad civil no se sustenta en el daño que pueda producirse por un delito o una infracción a la ley penal, sino en la tutela de los derechos patrimoniales de las personas. Como enfatiza Gálvez Villegas (2016), la naturaleza de la responsabilidad civil no cambia, aunque sea el Ministerio Público (para el caso que nos ocupa el fiscal de familia, o en su defecto el actor civil) quien ejercite la acción civil en el proceso penal, pues su actuación, en este aspecto se orienta a la satisfacción del interés privado de la víctima (p. 205).

De este modo, independientemente de que se llegue a determinar la no existencia de responsabilidad penal de un adolescente, o que incluso los niños no puedan estar insertos en un proceso de responsabilidad penal especial (por las razones explicadas al inicio), no los excluye de la posibilidad de responder civilmente, pues en aras de asegurar la convivencia en la sociedad, no se debe dañar a otros, y de ser el caso, nace el deber de reparar el daño causado.

Tal es el caso del niño de 12 años que decide lanzar piedras con sus amigos cerca de una autopista. Durante uno de los lanzamientos, una piedra impacta accidentalmente en el parabrisas de un automóvil que circula por la vía. El conductor, asustado por el impacto y sin poder ver con claridad debido a la escasa visibilidad causada por el parabrisas roto, intenta frenar de emergencia, lo que provoca que el vehículo que venía detrás no logre detenerse a tiempo y colisione con él.

### ***III. EL DAÑO ORIGINADO POR EL NIÑO O ADOLESCENTE***

Uno de los aspectos fundamentales de la responsabilidad civil es el daño. Tal es su importancia que no puede hablarse de responsabilidad civil si no hay relación con la figura del daño. Solo en la medida en que este elemento este presente es posible hablar de responsabilidad civil. Por el contrario, si no existe, no habría fundamento para sostener la obligación de reparar.

Larenz (1952) propone que el daño debe entenderse como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio (p. 193). De Cupis (1975) agrega que, el daño es la aminoración o alteración de una situación favorable (p. 83). De modo que, puede concluirse que el daño implica lesionar un interés que es tutelado por el Derecho.

En ese sentido, se parte de la premisa de quien ocasiona un daño debe repararlo. Si el daño es provocado por un niño o adolescente, surge la cuestión de si deben responder por ello. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el niño como el adolescente pueden ser civilmente responsables y estar obligados a reparar el daño, siempre que hayan actuado con discernimiento, tal como establece el artículo 458 del Código Civil.

Rubio Correa (1992) entiende el discernimiento como la capacidad humana de distinguir el bien y el mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto (p. 158). Sin embargo, como bien señalan Burgos y Smith (2020) poder distinguir el bien del mal no es lo mismo que formular un proyecto de vida o comprender a cabalidad las consecuencias de los actos jurídicos (p. 328). No obstante, si bien no se ha establecido una definición de discernimiento en el Código Civil o el Código de los niños y adolescentes, su determinación en la práctica implica que el órgano jurisdiccional evalúe las facultades en cada caso concreto. Sobre esto, el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia (2022) considera que para determinar el discernimiento debe acudirse a la noción de “evolución de facultades” y autonomía progresiva”, conceptos que han sido incorporados por la Convención de los Derechos del Niño.

Sobre el discernimiento no existe una edad específica para determinar si un niño o adolescente lo ha alcanzado. Al respecto, Córdova Lopez (2020) considera esto último un acierto, de manera que, el juez de familia deberá evaluar el discernimiento en cada caso particular (p. 155). Con lo cual concuerdan Henri y León Mazeaud y André Tunc al señalar que la única forma de determinar si existe discernimiento en la persona que causó un daño es examinar el caso particular, no existiendo fórmulas al respecto (De Trazegnies, 2001, p. 440).

Es especialmente relevante diferenciar si el niño o adolescente actuó con discernimiento, ya que, si no es así, no puede ser responsable por el daño en la medida en que no tenía la capacidad de comprender el hecho ni sus consecuencias. Como precisa Espinoza Espinoza (2003), el privado de discernimiento, al no ser civilmente imputable, no podrá ser considerado responsable ni subjetiva ni objetivamente (p. 756). Distinto supuesto es el del niño o adolescente que sí actúa con discernimiento,

quien está obligado a resarcir el daño (Córdova Lopez, 2020, p. 156) en virtud del artículo 458 del Código Civil.

En esa línea, De Trazegnies (2001) señala que en realidad no es la capacidad sino el discernimiento lo que determina la responsabilidad o irresponsabilidad, de modo que, el menor será responsable, cualquiera que sea su edad, si tiene discernimiento (p. 440). Con lo que coincide, Leysser León (2017), pues la capacidad de discernimiento es presupuesto de la responsabilidad civil (p. 600).

Tomando en cuenta la importancia del discernimiento en el niño o adolescente por la que opta el Código Civil para que pueda responder civilmente, la cuestión problemática radica en que no hay que olvidar que estamos frente a un daño originado por un niño o un adolescente, quienes muy probablemente no posean patrimonio o bienes para responder. Ante esto surge la pregunta de ¿quién pagará la reparación civil en estos casos?

#### ***IV. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE***

##### ***1. LEGISLACIÓN NACIONAL***

La respuesta a esta cuestión parece dificultarse en el ordenamiento jurídico peruano después de la derogación del artículo 1975 del Código Civil mediante el Decreto Legislativo núm. 1384. Pues tras esta derogación no se ha regulado la responsabilidad civil de los padres o representantes como consecuencia de los daños que pudieran ocasionar sus hijos, ya sea con o sin discernimiento, creándose en ese sentido, un vacío normativo.

Esto llama la atención, pues nuestro ordenamiento no ha sido ajeno a esta situación, es decir, encontrar a un responsable por el daño cometido por un niño o

adolescente no es una novedad. Ya en el Código Civil de 1852 se tiene como antecedente al artículo 2191 ubicado en el título IV denominado “obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos” que señala que:

Cualquiera que por sus hechos, descuido ó imprudencia cause un perjuicio á otro, está obligado á subsanarlo. El padre y á su falta la madre están igualmente obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad. El guardador lo está por los `perjuicios que causen sus menores ó los incapaces que tiene á su cargo. El maestro, por los que causen sus aprendices. Y en general, el que tenga á otro bajo su cuidado, por los daños que estos causen.

Damos cuenta de que expresamente se señala quienes deberán asumir responsabilidad de los daños que hayan cometido sus hijos, menores, incapaces o aprendices.

Por su parte, el Código Civil de 1936 ubicado en el título IX denominado “de los actos ilícitos” en su artículo 1139 señalaba que: “[e]l incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento”. Mientras que el artículo 1142 establece que: “[e]l padre, en su defecto, la madre, y el tutor o curador son responsables por el daño que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda”. Este dispositivo (antecedente normativo más cercano a nuestra legislación actual) atribuía responsabilidad directa al menor siempre y cuando actuara con discernimiento, pero también se precisaba la solidaridad de los padres, madres, tutores o curadores, es decir, se responsabilizaba a un menor siempre que comprendiera la magnitud de sus decisiones, debiendo responder por el daño originado, siendo solidarios sus representantes legales.

Finalmente, el actual Código Civil de 1984 mantuvo en vigencia el artículo 1975 hasta el 4 de septiembre de 2018, fecha en la que fue derogado por el Decreto Legislativo núm. 1384. Dicho artículo establecía que “la persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”, lo que significaba que el niño o adolescente que ocasionara un daño, siempre y cuando actuara con discernimiento, asume responsabilidad junto a su representante legal de manera solidaria. Como señala De Trazegnies (2001), cuando se habla de solidaridad no se hace alusión a varias obligaciones yuxtapuestas, sino de una sola obligación que consiste en la indemnización que corresponde a la víctima por un único daño (p. 575). De este modo, el artículo 1975 del Código Civil permitía a la víctima repetir contra los padres o representantes legales del niño o adolescente que cause un daño.

### Tabla 1

#### *Evolución legislativa sobre la responsabilidad del niño y adolescente en Perú*

| Código Civil de 1852  | Código Civil de 1936   | Código Civil de 1984   |
|---|--|--|
| Artículo 2191.-<br>Cualquier que por sus hechos, descuido ó imprudencia cause un perjuicio á otro, está obligado á subsanarlo. El padre y á su falta la madre están igualmente obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad. El guardador lo está por los perjuicios que causen sus menores ó los incapaces que tiene á su cargo. El maestro, por los que causen sus aprendices. Y en general, el que tenga á otro bajo su cuidado, por los daños que estos causen. | Artículo 1142.-<br>El padre, en su defecto, la madre, y el tutor o curador son responsables por el daño que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda. | Artículo 1975.-<br>La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. |

2. *UN PUNTO DE QUIEBRE: EL ANTES Y DESPUÉS DEL DECRETO LEGISLATIVO NÚM. 1384*

El Decreto Legislativo núm. 1384, publicado el 4 de septiembre del año 2018, reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Como bien advierte Chumacero Seminario (2022) si bien la intención pretendida por el Decreto en cuanto a la regulación de los apoyos y salvaguardias es acertada, ya que mediante estas figuras se intenta proporcionar facilidades a las personas con discapacidad en aras de que logren manifestar correctamente su voluntad, la implementación no lo es del todo. Pues, ha traído como consecuencia una serie de modificaciones innecesarias, inconsistentes y poco pensadas dentro del Código Civil (p. 119).

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo núm. 1384 se derogó toda referencia a los que se encuentran privados de discernimiento, como los retardados mentales, o los que sufren deterioro mental. La clara intención proteccionista sumada al apuro de querer adecuarse a la Convención sobre los Derechos sobre las Personas con discapacidad del año 2006 no trajo nada más que problemas.

Uno de ellos fue la derogación del artículo 1975 del Código Civil, el cual regulaba la responsabilidad de los incapaces que hayan actuado con discernimiento. Resulta cuestionable tal derogación, ya que el mencionado artículo no guardaba relación alguna con el objetivo pretendido por el Decreto Legislativo núm. 1384.

Pues, una cosa es hablar de personas privadas de discernimiento (incapaces como personas que adolecen de una capacidad deteriorada por una deficiencia intelectual o mental), y otra distinta es hablar de personas con discernimiento en el contexto de la responsabilidad por los daños ocasionados (incapaces como personas que no han adquirido capacidad de ejercicio). Situaciones distintas que el Decreto Legislativo núm. 1384 equiparó tras la derogación del artículo 1975 del Código Civil.

La consecuencia fue que quedara en duda quién asumiría la reparación civil por los daños que origine un niño o adolescente, pues antes de la derogación del artículo 1975 del Código Civil quedaba claro, actualmente no. No obstante, si seguimos revisando el catálogo del Código Civil encontraremos el respaldo, aparente, del artículo 458, el cual establece que “[e]l menor capaz de discernimiento responde por el daño que cause”. Sin embargo, esta norma no zanja el problema planteado inicialmente, pues omite señalar si los padres o representantes legales del niño o adolescente responden de manera solidaria.

Ante esta situación surgen las siguientes interrogantes: al no haber mención expresa que establezca que los padres o representantes legales pueden responder solidariamente ante el daño ocasionado por el niño o adolescente, ¿puede concluirse que no están obligados? De no ser así, ¿los únicos obligados a responder serían los niños o adolescentes? Si la respuesta a esta última cuestión es afirmativa, esto supondría un problema de exigibilidad para que los niños o adolescentes puedan cumplir con la reparación civil que el juez de familia fija en su sentencia, pues, en la mayoría de los casos estos no cuentan con capacidad económica<sup>7</sup> que permita hacer frente a los daños ocasionados.

---

<sup>7</sup> Cabe precisar que no podemos asumir que en todos los casos esto sea así, dado que existe la posibilidad de que el niño o adolescente tenga una masa hereditaria a su nombre que al llegar a la mayoría de edad

### 3. *LEGISLACIÓN ESPAÑOLA*

La respuesta que dan ordenamientos europeos como el español consiste en hacer responsable a los padres o instituciones que lo tienen a su cargo, como los tutores, acogedores y guardadores legales o, de hecho. Cabe precisar que, a diferencia del ordenamiento peruano, la legislación española aborda la responsabilidad civil del niño y adolescente desde una triple fuente normativa: Código Civil (artículos 1092 y 1903, inciso 2), Código Penal (artículo 19) y la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (artículo 61, inciso 3).

El fundamento para atribuir responsabilidad civil se ha regulado de manera tanto subjetiva como objetiva. Subjetivamente, se presume la negligencia de los padres, de modo que, estos “serán responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda” (artículo 1903, inciso 2 Código Civil Español). No obstante, los padres pueden eximirse de responsabilidad civil si demuestran que actuaron con diligencia en el momento en el que el niño o adolescente produjo el daño.

Por otro lado, objetivamente, ya que “cuando el responsable de los hechos sea menor de dieciocho años responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho” (artículo 61, inciso 3 LORPM española).

### **V. *POSICIÓN DEL PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA***

Otra salida a esta cuestión la plantea el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia llevado a cabo los días 03 y 04 de noviembre de 2022, el cual abordó la

---

recién pueda disponer. No obstante, al tratarse de menores de edad que aún no poseen la capacidad para administrar y disponer de sus bienes, son los padres o representantes legales quienes deben hacerlo pidiendo una autorización judicial conforme a los artículos 447 y 531 del Código Civil.

problemática de si corresponde fijar una reparación civil para niños y adolescentes menores de 14 años. Si bien la cuestión está referida a personas menores de 14 años, y como se mencionó en las primeras líneas del presente trabajo, no pueden ser catalogados como infractores de la ley penal, sí que resulta de utilidad examinar las conclusiones a las que arriban los magistrados en materia de la reparación civil.

La primera ponencia estableció que no procedía fijar la reparación civil, pues que el niño o adolescente de catorce años es pasible de medidas de protección conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes. De modo que, al estar frente a un proceso tutelar (de índole no penal), se busca optar por un fin protector más que buscar responsabilidad alguna. Por tanto, un juez de familia no tendría los elementos de la responsabilidad para sustentar una reparación civil.

La segunda ponencia determinó que sí procede la fijación de la reparación civil al adolescente o niño capaz de discernimiento que ha causado daño. Para sustentar su posición utilizaron dos dispositivos legales: el artículo 458 del Código Civil y el artículo 74 literal f) del Código de los Niños y Adolescentes. Señalan que si el niño o adolescente es capaz de discernir responde por los daños y perjuicios conforme al artículo 458 del Código Civil. Frente a la determinación del discernimiento acuden a la noción de “evolución de las facultades” y “autonomía progresiva”, conceptos incorporados por la Convención de los Derechos del Niño.

Los magistrados de la segunda ponencia siendo conscientes de que el artículo 1975 del Código Civil ha sido derogado, recurren al artículo 74 literal f) del Código de los Niños y Adolescentes, concluyendo que en virtud de este dispositivo se puede aplicar la responsabilidad solidaria de los padres. Dicho artículo establece que “son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: f) representarlos en

los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil”.

Esto significa que para los magistrados está claro que existe responsabilidad de los niños y adolescentes que ocasionen un daño con discernimiento, y más claro aún que quienes deben responder solidariamente son los padres.

Realizan, por tanto, una interpretación extensiva del artículo 74 literal f), concluyendo que allí se encuentra el dispositivo por el cual los padres o representantes serían responsables solidarios. Sin embargo, esa interpretación va más allá del espíritu de la norma, pues esta está restringida a la “representación en los actos de la vida civil”, situación que no se condice con la posibilidad de ser responsables solidarios por los daños ocasionados por niños o adolescentes. Pues, la representación de los padres, en base a una interpretación conjunta del Código Civil, implica que estos se convierten en los representantes naturales y legítimos de sus hijos debido a que estos últimos no pueden llevar a cabo por sí mismos actos jurídicos<sup>8</sup>.

De allí que, si bien se permite a los padres la representación de los hijos a nivel jurídico y social, ello no implica que es absoluta, pues habrán determinados supuestos en donde no proceda esta representación dado el carácter personalísimo del acto. Tales como el contraer matrimonio (artículo 241), decidir si adquiere a título gratuito donaciones, legales o herencias voluntarias (artículo 455), prestar asentimiento para casos de adopción (artículo 378, inciso 4), y responder por los daños causados con discernimiento (artículo 1975).

---

<sup>8</sup> Es importante aclarar que, de manera excepcional, sí es posible que menores con capacidad de ejercicio restringida celebren contratos, como lo establece el artículo 1358 del Código Civil. En la práctica, se observa que un niño o adolescente puede realizar actos jurídicos válidos por sí mismo, como cuando realiza un contrato de transporte para ir al colegio. Actos que, sin duda, se relacionan con su vida diaria y necesidades ordinarias.

De modo que, la representación en los actos de la vida civil de ninguna manera está haciendo alusión a algún deber de los padres o representantes legales para responder por la reparación civil de los niños o adolescentes, pues al ser esta última personalísima, no cabe representación. A contrario sensu, puede afirmarse que la representación de los padres procede en aquellos casos en donde los actos: (i) no sean personalísimos, o (ii) no puedan ser realizados con plena validez al no tratarse de situaciones cotidianas.

#### ***VI. ¿QUIÉN PAGA LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS? POSIBILIDADES ALTERNATIVAS***

Al no existir actualmente una norma que señale expresamente la solidaridad de los padres o representantes legales en los casos donde el niño o adolescente produzca un daño, se puede inferir que quienes deben asumir la reparación civil son únicamente los propios niños o adolescentes siempre y cuando actúen con discernimiento. Evidentemente esta conclusión no está libre de críticas, siendo una ellas la exigibilidad de la reparación civil, y finalmente, el resarcimiento a quien ha resultado perjudicado producto de un daño.

Frente a tal situación, y teniendo en cuenta de que no puede haber un vacío respecto al resarcimiento de la víctima, pues esta carece de culpa por la omisión en la que incurrió el legislador, es posible concebir tres soluciones en base a lo expuesto a lo largo del presente trabajo.

La primera de ellas es traer de vuelta el derogado artículo 1975 del Código Civil, situación que zanjaría no solo el problema de exigibilidad, sino también el de la incertidumbre para la víctima del daño, pues esta, en virtud de la solidaridad expresa

que plantea el artículo 1975, tiene el derecho de repetir contra los padres o representantes legales.

La segunda es una propuesta de *lege ferenda* por la cual se introduzca en el libro VII, fuentes de las obligaciones, sección sexta del Código Civil, referida a la responsabilidad civil extracontractual, un dispositivo con una fórmula parecida a la existente en la legislación española, con la precisión<sup>9</sup>, de que será tarea del legislador elegir entre un modelo de responsabilidad, ya sea subjetivo u objetivo.

De elegir el primer supuesto referido a la responsabilidad subjetiva, “serán responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda” (artículo 1903, inciso 2 del Código Civil Español). Esta responsabilidad está basada en la negligencia del padre o representante legal, la cual se presume con la posibilidad de probar la diligencia y así no responder.

De optar por el segundo supuesto referido a la responsabilidad objetiva, “cuando el responsable de los hecho sea menor de dieciocho años responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores, guardadores legales o de hecho” (artículo 61, inciso 3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor española). Bajo este supuesto nos encontramos en una responsabilidad basada no en el incumplimiento del deber de vigilancia y protección del niño o adolescente (tesis de la responsabilidad subjetiva), sino en el mero hecho de ser padre o representante, es decir que, se responderá por la existencia

---

<sup>9</sup> Pues, la regulación española no está libre de críticas en lo que respecta a la responsabilidad civil del menor. Como comenta Panisello Martínez, la triple fuente normativa en materia de responsabilidad civil del menor genera una enorme fragmentación normativa que provoca inseguridad jurídica, resoluciones contradictorias y falta de coherencia entre las diversas hipótesis contempladas. Panisello Martínez, J. (2022). La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores, (34), p. 304.

de una institución de familiaridad o representación, aun cuando no exista una efectiva o sustancial participación en la creación del daño (Alpa, 2006, p. 844).

La tercera y última consiste en extender la aplicación del artículo 74 literal f) del Código de Niños y Adolescentes, tal como hacen los magistrados en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, y en consecuencia, hacer responsables solidarios a los padres o representantes legales. Esta premisa parte por entender que la representación en los actos de la vida civil ampararía dentro de su contenido la obligación de asumir el pago de la reparación civil.

No obstante, es la menos viable de las propuestas presentadas, pues, los magistrados parecen olvidar que el artículo 74 literal f) del Código en mención solo hace alusión a actos de representación, los cuales obedecen a un fin y contexto específicos, el proteger los intereses de los niños y adolescentes, asegurando que sus derechos y necesidades sean debidamente atendidas, siendo deberes de los padres el “cuidar y educar a sus hijos, administrar sus bienes y representarlos en todos los actos civiles en los que no puedan intervenir por sí mismos”, conforme lo establece el artículo 423 del Código Civil. Contexto totalmente distinto al de la pretendida representación de los padres en aquellos supuestos donde los hijos causen daños, pues al tratarse de actos de naturaleza personalísima, no cabe la representación.

Por tanto, asumir que los representantes legales o padres están obligados a responder solidariamente es ir más allá del contenido de la representación, no siendo esta una solución que zanje de manera coherente el problema.

**Tabla 2**

*Propuestas frente a la problemática de quién debe responder por los daños ocasionados por los niños y adolescentes*

| Propuesta 1   | Propuesta 2   | Propuesta 3   |
|---|---|---|
| Traer de vuelta el derogado artículo 1975 del Código Civil. | Propuesta de <i>lege ferenda</i> por la cual se introduzca en el Código Civil un dispositivo de: (i) responsabilidad subjetiva, o (ii) responsabilidad objetiva. Siendo tarea del legislador elegir uno de los dos. | Extender la aplicación del artículo 74 literal f) del Código de Niños y Adolescentes. |

## ***VII. CONCLUSIONES***

A día de hoy puede afirmarse que, independientemente de que se determine la infracción de la ley penal (adolescentes), o exista un proceso tutelar (niños), tanto el niño como el adolescente son civilmente responsables por el daño que causen siempre y cuando actúen con discernimiento, estando obligados a resarcir dicho daño en virtud del artículo 458 del Código Civil.

Históricamente, la legislación peruana ha reconocido la responsabilidad de los padres o tutores por los daños causados por niños o adolescentes bajo su cuidado. La codificación civil de 1852, 1936 y 1984 han establecido la responsabilidad solidaria de los padres y representantes legales por los actos de los niños y adolescentes que causaran un daño, reflejando así una continuidad en la intención de resarcir los daños producidos.

La problemática surge debido a que, tras la derogación del artículo 1975 del Código Civil mediante el Decreto Legislativo núm. 1384, se ha creado un vacío normativo que dificulta la exigibilidad en la reparación de los daños causados por

niños y adolescentes. Pues, estos, por lo general, carecen de patrimonio con el cual responder frente a los daños ocasionados.

Frente a este escenario, pueden proponerse tres soluciones. En mi opinión, la más acorde a los derechos restitutorios de la víctima del daño producido es la de optar por traer de vuelta el artículo 1975 del Código Civil. Esto resolvería no solo el problema de exigibilidad, sino también el de la incertidumbre para la víctima del daño, pues esta última, en virtud de la solidaridad expresa que plantea el artículo 1975, tiene el derecho de repetir contra los padres o representantes legales. No obstante, al margen de la elección comentada, no debe desconocerse que estamos frente a una realidad aún existente, la cual vulnera por omisión del legislador a la víctima de un daño producido por niños o adolescentes, quien debe ser reparada por el mero hecho de que se le ha ocasionado un daño, función principal y esencial de la responsabilidad civil.

### **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

- Aguilar Llanos, B. (1996). ¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?, *Derecho PUCP*, (50), 433-453. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.017>
- Alpa, G. (2001). *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. (1ª ed.). Jurista Editores.
- Bacigalupo Zapater, E. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Ara Editores.
- Burgos, M & Smith, P. (2020). La reforma de capacidad jurídica: algunos apuntes teóricos sobre su justificación. *IusInkarri*, (9), 319-347. <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/download/3690/7240>

- Chumacero Seminario, A. (2022). *Implementación de apoyos y salvaguardias para personas con discapacidad, a propósito del Decreto Legislativo N° 1384*. [Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad de Piura]. Repositorio Institucional - PIRHUA.
- Consejo Nacional de Política Criminal. (2014). *Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal PNAPTA 2013-2018*. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/08/plan-nacionalprevencion.pdf>
- Córdova Lopez, O. (2020). La Responsabilidad Civil Extracontractual de los niños Y Adolescentes. *Persona y Familia*, (9), 151-172. <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/2338>
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bosch.
- De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. (7ª ed.). Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 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. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.018>
- Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derecho de la responsabilidad civil*. (4ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Gálvez Villegas, T. (2014). El Ministerio Público y la reparación civil proveniente del delito. *Anuario de Derecho Penal*, (2011-2012), 179-215. <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/el-ministerio-publico-y-la-reparacion-civil-proveniente-del-delito-1066110/>

- Gálvez Villegas, T. (2016). *La reparación civil en el proceso penal*. (3ª ed.). Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. (3ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- Jakobs, G. (1997). *Estudios de Derecho Penal*. Civitas.
- Larenz, K. (1952). *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Editorial revista de Derecho Privado.
- Leysser León, H. (2017). *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. (3ª ed.). Instituto Pacífico.
- Luzón Peña, D. (2016). *Lecciones de Derecho penal parte general*. (3ª ed.). Tirant lo blanch.
- Milkes Sánchez, S. (2019). De la función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna. *Revista Estudiantil de Derecho privado*, (25). <https://red.uexternado.edu.co/de-la-funcion-preventiva-de-la-responsabilidad-civil-y-la-distribucion-del-riesgo-en-la-sociedad-moderna-2>
- Panisello Martínez, J. (2022). La responsabilidad civil de padres, tutores y curadores. *Revista Boliviana de Derecho*, (34), 302-329. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8536418.pdf>
- Papayannis, D. (2022). Responsabilidad civil (funciones). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (22), 307-327. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818>
- Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Velarde Saffer, L. (2008). Análisis de los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, sus respectivas funciones y los supuestos limítrofes. *Ius et veritas*, (36), 264-298.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/inex.php/iusestveritas/article/view/12261>

Zegarra Mulánovich, A. (2024). *Notas de Títulos Valores. Apuntes para el Curso de Derecho Mercantil 4*. Pro manuscrito. Universidad de Piura.

#### 1. JURISPRUDENCIA

Perú. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad núm. 948-2005-Junín, fecha (07/06/2005). Sivina, H., San Martín, C., Palacios, E., Lecaros, J., Molina, A. (Firmantes).

Perú. Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, fecha (03 y 04/11/2022).  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/badbc98048d7a514abf5fb96d60b58b5/Material+de+Lectura+Digital++Pleno+Jurisdiccional+Nacional+de+Familia+2022+%283%29.pdf?MOD=AJPERES>

Por:

María Celeste

Vásquez Palacios \* \*\*

*LOS DESAFÍOS DEL CÓDIGO CIVIL  
PERUANO EN EL METAVERSO*

**Resumen**

Este ensayo tiene como objetivo principal analizar los desafíos que el Código Civil peruano enfrenta ante el avance del ciberespacio y, en particular, el metaverso. Se pretende identificar cómo este cuerpo normativo debe evolucionar para responder a las nuevas realidades tecnológicas y para asegurar una adecuada protección de los derechos en el entorno digital. La investigación se lleva a cabo desde un enfoque positivista y emplea una metodología documental, sustentada en el análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo.

El ensayo contiene una breve explicación sobre el recorrido del cuerpo normativo, desarrollo jurisprudencial y doctrinal, proporcionando un contexto histórico y jurídico para la comprensión de los problemas actuales. Seguidamente, para mejor entendimiento, se identificarán algunas figuras que hacen posible que este tipo de tecnologías, así como las repercusiones sobre diversas instituciones jurídicas junto a propuestas de enmiendas. Concluyendo con el planeamiento de cuestiones críticas sobre el desafío que representa el metaverso para el Código civil peruano e invita a la reflexión sobre la necesidad de actualizar y adaptar las normativas vigentes para mantener la coherencia y efectividad del Derecho en constante progreso.

---

\* Alumna de la Universidad de Piura. Correo electrónico: [vasquezpalacios.celeste@gmail.com](mailto:vasquezpalacios.celeste@gmail.com)

\*\* Agradezco enormemente a la profesora Mayra López por haber discutido conmigo las ideas desarrolladas en este trabajo, así como a los profesores Laura Zeta y Alfonso Lip por apoyo y dedicación en la revisión de la versión preliminar de este artículo.

Recibido: 23 de julio de 2024

Aceptado: 28 de octubre de 2024

### Abstract

The main objective of this essay is to analyse the challenges faced by the Peruvian Civil Code in the face of the advance of cyberspace and, in particular, the metaverse. It aims to identify how this body of law must evolve in order to respond to the new technological realities and to ensure adequate protection of rights in the digital environment. The research is carried out from a positivist approach and employs a documentary methodology, based on doctrinal, jurisprudential and normative analysis.

The essay contains a brief explanation of the history of the normative body, jurisprudential and doctrinal development, providing a historical and legal context for the understanding of current problems. Then, for a better understanding, some figures that make this type of technology possible will be identified, as well as the repercussions on various legal institutions together with proposals for amendments. Concluding with the planning of critical questions on the challenge that the metaverse represents for the Peruvian Civil Code and invites reflection on the need to update and adapt current regulations to maintain the coherence and effectiveness of the Law in constant progress.

**Palabras Clave:** Metaverso, ciberespacio, Código Civil, desafíos legales, adaptación normativa.

**Keywords:** Metaverse, cyberspace, Civil Code, legal challenges, normative adaptation.

### Sumario

***I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO HISTÓRICO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. III. LOS INICIOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO ACTUAL. IV. REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. 1. TÍTULO PRELIMINAR. 2. DERECHO DE LAS PERSONAS. 3. ACTO JURIDICO. 4. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. 5. DERECHOS REALES. V. DESARROLLO DOCTRINAL DEL ACTUAL CÓDIGO CIVIL. VI. EL NUEVO MUNDO. 1. LIBRO I: DERECHOS DE LAS PERSONAS. 2. LIBRO III: DERECHO DE FAMILIA. 3. LIBRO IV: DERECHO DE SUCESIONES. 4. LIBRO V: DERECHOS REALES. 5. LIBRO VII: FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.***

## ***I. INTRODUCCIÓN***

En la actualidad, la tecnología ha dejado de ser un lujo para convertirse en una necesidad. La ingeniería y la informática avanzan a un ritmo tan fugaz que dejan una serie de retos legales, impactando directamente sobre algunas instituciones del Código Civil Peruano. Uno de los diversos retos más grande es el metaverso, con todas las complejidades que trae consigo. El Dr. Lik-Hang Lee describe el metaverso como “un espacio virtual-físico combinado en el que múltiples usuarios pueden interactuar simultáneamente con un entorno unificado generado por computadora y otros usuarios, lo que puede considerarse como el próximo hito significativo del ciberespacio actual”<sup>1</sup>.

El metaverso y el ciberespacio son plataformas que le abren las puertas a la persona a una “realidad mixta”, que quebranta todo límite físico y ofrece una vida virtual con base en un código que habilita la comunicación, interacción, y la manipulación de objetos con la misma precisión que en el mundo real. Esta nueva realidad plantea desafíos fundamentales para el derecho, especialmente en la interacción entre usuarios y las repercusiones que esta puede tener en las instituciones jurídicas dentro del Código Civil peruano.

Este ensayo se propone estudiar la trayectoria del Código Civil peruano, desde su origen hasta sus desafíos actuales, y examinar cómo las instituciones jurídicas serán afectadas por las interacciones de los usuarios en el metaverso. Al tratarse de un entorno donde los límites entre lo físico y lo digital se desdibujan, el Código Civil

---

<sup>1</sup> The Metaverse refers to a virtual-physical blended space in which multiple users can concurrently interact with a unified computer-generated environment and other users, which can be regarded as the next significant milestone of the current cyberspace. Hang Lee, Z., Zhou, Braud, T., & Hui., P. (2022). What is the Metaverse? An Immersive Cyberspace and Open Challenges. *Cornell University*. <https://arxiv.org/pdf/2206.03018>

deberá actualizarse con el fin de asegurar que sus instituciones jurídicas se mantengan relevantes y efectivas en esta nueva realidad tecnológica.

## **II. CONTEXTO HISTÓRICO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

En 1825, Simón Bolívar designó una comisión destinada a la producción de un marco normativo que pueda regular derechos y deberes de los ciudadanos, lo que mucho tiempo después sería descrito como “el fruto de la experiencia jurídica, de la madurez del razonamiento legal y de la imperiosa necesidad de establecer, en fórmulas simples y directas, los principios y las normas que se aplicarán a determinados sectores de la realidad” (Vega, 2020). Este fue uno de los primeros esfuerzos para dotar al Perú de un Código Civil que reemplazara las normas coloniales heredadas de la legislación española.

La primera Comisión codificadora, precedida por don Manuel Vidaurre, no pudo prosperar debido a motivos políticos. Lo mismo ocurrió con la segunda comisión establecida en el año 1831 durante la presidencia de Agustín Gamarra. Tras cinco años, en los que se presentó un Proyecto con el desarrollo de una Exposición de Motivos que no fue considerado, se constituyó la Confederación Perú-Boliviana, conformada por los departamentos independientes de Arequipa, Ayacucho, Cusco y Puno bajo la denominación de “Estado Sud-Peruano” y los departamentos independientes de Lima, Libertad, Junín y Amazonas denominada “Estado Nor-Peruano” y Bolivia, adoptando el Código Civil Boliviano de 1830, una reproducción del Código Francés de 1804, con ligeras modificaciones para el Estado Nor-Peruano.

La aplicación de este código en el Perú tuvo una corta duración. En el año 1838, el presidente Orbegoso derogó estos códigos y volvió a la legislación española, un cuerpo normativo que no respondía a la realidad social y económica del Perú post-independencia, por tanto, era obsoleta y poco adecuada. Luego de siete años de esta

regulación problemática, en 1845, el presidente Ramón Castilla formo una nueva Comisión codificadora.

Esta comisión redactó los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles, promulgados en 1848 con vigencia a plazo de siete meses. Durante esa *vacatio legis*, en 1851 sube al gobierno el general Rufino Echenique, quien, al asumir la presidencia, suspendió ambas leyes para su revisión, entrando en vigor en 1852 marcando un hito crítico en el proceso de codificación del derecho en el país.

### ***III. LOS INICIOS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO ACTUAL***

En el Siglo XX, se promulga el Código Civil de 1936, con una composición inspirada, conforme el Acta de la Comisión, en los códigos de civiles de Argentina, Alemania, Brasil, Francia y Suiza. Después de doce años, en los que se instauró la Asamblea Constituyente de 1978 y se incorporó la Constitución Política de 1979, que introdujo cambios sustanciales en los Derechos y Deberes, en el año de 1981 la Comisión, para entonces precedida por el Dr. Osterling Parodi, hace entrega el proyecto del nuevo Código Civil peruano al presidente de la república Belaunde Terry.

Se instituyo una segunda Comisión, nominada Revisora precedida por el Dr. Alva Orlandini destinada a revisar el proyecto presentado e introducir reformas, previa audiencia con la Comisión redactora. Terminado el documento del Proyecto, se trasladó al ministro de Justicia mediante el oficio 097-84-CRCC, y finalmente en el año de 1984 se promulga el nuevo Código Civil Peruano, cuya fuente más importante fue el Código italiano de 1942, mediante la Ley 23403.

Con a la promulgación de este sexto Código Civil, el Perú ha demostrado un constante esfuerzo por mantener la congruencia entre su marco jurídico y la realidad social, política y económica de cada época. Cada uno de los códigos promulgados a lo

largo de la historia refleja la evolución de la experiencia jurídica nacional y la influencia de modelos extranjeros que han contribuido a la formación de un sistema legal sólida y adaptable.

#### ***IV. REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984***

Desde su promulgación hasta el presente, el Código Civil de 1984 ha sido objeto de múltiples reformas. A partir del año 1994, se han planteado propuestas que iban desde “enmiendas urgentes” (por el propio Fernández Sessarego), hasta la idea de una reforma integral. Con este propósito, se formó una comisión encargada de preparar el anteproyecto de ley de reformas al Código Civil peruano de 1984. Tras liberación unánime, se decidió realizar reformas parciales que permitieran optimizar el código, garantizando su funcionalidad, seguridad y eficacia sin necesidad de un reemplazo total.

El Dr. Sessarego jugó un papel crucial en estas reformas, particularmente “en este período de trabajo se revisó la parte correspondiente al derecho de las personas naturales”. Fue él quien entregó el proyecto de enmiendas, al entonces presidente, del Congreso Constituyente el Proyecto de Enmiendas, siendo publicado posteriormente en el Diario Oficial El Peruano, un año después, consolidando así un paso importante hacia la modernización del código.

La presidencia de la Comisión optó por descentralizar su trabajo, creando subcomisiones para cada materia de los Libros y el Título Preliminar. Esta forma de trabajo ha aprobado, hasta la fecha, enmiendas al Título preliminar, al Libro Primero de Derecho de las Personas, al Libro del Acto Jurídico, la sección de Contratos y al Libro de Derechos Reales. Entre las reformas que nos interesan, se encuentran:

## 1. TÍTULO PRELIMINAR

El proyecto de reforma establece que “una norma legal se deroga o modifica sólo por otra norma legal de su mismo rango o de rango superior” (Fernández, 2009), y la calidad de ineficacia que adquiere una norma legal tras ser declarada inconstitucional o ilegal por la sentencia del Tribunal Constitucional (artículo II). Asimismo, se impide la aplicación analógica o la interpretación extensiva de aquellas normas legales que contienen excepciones, que restringen derechos o sancionan (artículo IV). Además, se precisa la teoría del abuso del derecho, indicando que “no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización y otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso” (artículo VII). También se regula la teoría de la nulidad de los actos jurídicos, bien de manera total (nulidad propiamente dicha) o parcial (anulabilidad), en los casos en que estos sean contrarios a normas imperativas o prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres.

En el transcurso de los años y tras un abanico de derogaciones y modificaciones, el código civil, al año 2024, regula los aspectos mencionados de la siguiente manera:

Artículo IV TP del Código Civil: “Aplicación analógica de la ley. La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. Este artículo fue aplicado por la Corte Suprema la aplicó en la Casación 1967-2019 Lima, donde se concluyó que “no puede aplicarse por analogía sustracción de la materia en nulidad de donación alegando que demandante obtuvo pretensión en otro proceso, pues implica restricción de derechos”.

Artículo II TP del Código Civil: “Ejercicio abusivo del derecho. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitarlas medidas cautelares apropiadas para evitar

o suprimir provisionalmente el abuso”. Este artículo se modificó por primera vez por el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, ley 25940, publicado en 1992, y nuevamente por la Resolución Ministerial 010-93-JUS, en 1993. El Tribunal Constitucional lo aplicó en el Expediente 05296-2007.PA/TC, señalando que: “El abuso del derecho supone desnaturalizar las finalidades que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas”.

Artículo V TP del Código Civil: “Orden Público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico. es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. Este principio fue aplicado por el Tribunal Constitucional en el Expediente 2670-2002-AA/TC: como “los límites explícitos de la libertad contractual son la licitud y el respeto a las normas de orden público”.

## 2. *DERECHO DE LAS PERSONAS*

La subcomisión subraya la inherencia de los derechos al ser humano, distinguiendo su empleo acorde a la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce, recalca que estas capacidades son inherentes a la persona; y regula derechos de la identidad y la salud.

Se aprobó la facultad de paralizar hechos susceptibles a causar daño o cesar la actividad productora del daño a los derechos inherentes al ser humano. El interesado puede solicitar a un juez o autoridad competente la adopción de medidas inmediatas y urgentes; y se pronuncian sobre deber de valorar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales al momento de evaluar la indemnización correspondiente.

Por su parte, los derechos patrimoniales de los menores de dieciocho años están sujetos a tutela o patria potestad, salvo disposición distinta. De igual forma, para la imposición de la curatela es requisito ser declarado interdicto. La subcomisión

enfatisa que la capacidad jurídica es inherente a la persona, introduciendo la calificación de “capacidad de ejercicio restringida”, sustituyendo a “incapacidad relativa”, siendo sus supuestos:

1. Los retardados mentales, 2. Los que sufren severo trastorno mental, 3. Los que dependientes crónicos de alcohol, 4. Los adictos a las drogas, 5. Los que sufren pena que conlleva la inhabilitación, 6. Los que por causa de una discapacidad física, mental o sensorial se encuentran impedidos aun temporalmente, del cuidado de sí mismos o de administrar su patrimonio.

Al presente año, el Código Civil regula la capacidad jurídica, con su última modificación en 2018 mediante el Decreto Legislativo 1384, que en su artículo 3 indica: “Capacidad jurídica. Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”. Este artículo fue aplicado por la Corte Supremos en la Consulta 21502-2017, Ventanilla, donde se: “anuló una sentencia que declara improcedente demanda de interdicción a favor de discapacitado mental sin motivar inaplicación de normativa vigente sobre capacidad”.

Otra modificación es el artículo 42 del Código Civil, que regula:

La capacidad de ejercicio plena. Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida,

independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Esta disposición fue modificada en el año 2023 por la Ley 31945, y aplicada por la Corte Suprema en la Casación 4139-2019, Lima, que determinó que el “hermano con esquizofrenia paranoide F20 tiene capacidad de ejercicio plena, independientemente de si requiere apoyos para su manifestación de voluntad”.

El Decreto legislativo 1384 (en adelante, DL.1384) en 2018, modificó el artículo 44 del Código Civil, derogando los incisos 2 y 3, y agregando un supuesto:

Tienen capacidad de ejercicio restringida. 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años. 2. [Derogado] 3. [Derogado] 4. Los pródigos. 5. Los que incurren en mala gestión. 6. Los ebrios habituales. 7. Los toxicómanos. 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

El Pleno jurisdiccional Nacional Civil de Familia en 2021 se pronuncia “La consulta procede excepcionalmente en sentencias de designación de apoyos y salvaguardas de personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad o tienen capacidad restringida”.

### 3. ACTO JURÍDICO

El Pleno acepta mantener el *nomen juris* de “acto jurídico” como la figura regulada, en lugar del “negocio jurídico”. Así, se establecen su concepto y requisitos, entre los que destacan:

1. Que el sujeto tenga plena capacidad de ejercicio, salvo los casos de excepción previstos en la ley, y que además esté legitimado para celebrarlo.
2. Que la relación jurídica sea lícita.
3. Que cuando recaiga sobre bienes, servicios o abstenciones, sean físicamente posibles, determinados o determinables, y susceptibles de tráfico jurídico.
4. Que su finalidad sea lícita.
5. Que se cumpla la formalidad que, bajo sanción de nulidad, establece la ley.

En 2018, el D.L. 1384 modificó la redacción del artículo 140 del Código Civil: “Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales. El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley, 2. Objeto física y jurídicamente posible, 3. Fin lícito, 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”. Se aplica por la corte suprema en la casación 18716-2018, Ucayali: “Se incumple requisito de validez al transferir bien ajeno, pues no se trata de un objeto jurídicamente posible”.

Se señala que la celebración de un acto jurídico simulado no tendrá consecuencia, al no existir concordancia entre el propósito interno de la voluntad de las partes y la voluntad externamente declarada. Para terminar, se plantea el análisis del error en la creación de voluntad y en la declaración como uno de los requisitos para considerar al error como vicio de consentimiento.

#### 4. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

El pleno aprobó el concepto de contrato como un “acto jurídico plurilateral, referente a una relación jurídica obligacional de carácter patrimonial”; en la formación del contrato acordó que puedan ser concertados por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos cuya formalidad sea prescrita por ley; también se acordó referirse a la celebración del contrato el uso del término “concentración”; y dispone que el Estado no podrá modificar por leyes o normas legales dictadas posteriormente lo estipulado en el contrato por las partes.

Se determinaron, los supuestos para la caducidad de la oferta cuando esta no contenga un plazo determinado o indeterminable: 1) si no es aceptada lo más pronto que la naturaleza de la operación lo permitan, o, 2) si se supera un tiempo considerable para comprender el contenido de la oferta y responder, por el mismo medio de comunicación del oferente.

En el año 2001, la Ley N°27420 modificó el contenido del artículo 1416 del Código Civil: “Plazo del compromiso de contratar: El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año”. La Corte Suprema, en la casación 3657-2014, Junín, resolvió que el tribunal inferior “«Ad quem» no debe determinar que posesión no es precaria sin considerar plazo de vigencia del contrato de promesa de venta”.

#### 5. DERECHOS REALES

La subcomisión señala los bienes como objeto de los derechos reales, razón por la cual este libro se aplica de modo subsidiario a las modalidades de derechos reales contempladas en otras leyes. Esto se refleja en el artículo 2088, el cual, hasta la fecha, no ha sido modificado ni ha generado jurisprudencia relevante: “La constitución,

contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real”.

Además, incorpora la obligación de inscribir en el registro respectivo para constituir, modificar o extinguir derechos reales. En el caso de bienes no registrados, la transacción se produce con la *treditio*, de este modo se evitan las contradicciones y dificultades presentes en la normativa anterior.

#### **V. DESARROLLO DOCTRINAL DEL ACTUAL CÓDIGO CIVIL**

Nuestro Código Civil vigente ha sido alabado por diversos estudiosos, tanto comentaristas extranjeros y nacionales, ya que, a comparación con otros cuerpos legales, el Código Civil peruano acoge una concepción humanista-personalista inspirada por el Código Civil francés de 1804, aceptado porque los Estados se alejaron del pensamiento materialista del siglo XVIII para adoptar la corriente personalista enfocada en proteger como objeto del Derecho al ser humano y desplaza del Derecho la ideología individualista-patrimonialista, es decir, la propiedad pasó a ser un simple instrumento indispensable para la vida.

El personalismo es una corriente filosófica que ofrece una visión del ser humano como un “ser libre” y creador, es un sistema abierto a las ideas, reflejado en el artículo 1 de la Constitución Política peruana. Briones Caballero, la describe como una “las grandes corrientes de la antropología surgidas en el siglo XX que, fundándose en el pensamiento cristiano y la filosofía moderna al mismo tiempo, lee con profundidad al hombre a la luz de la noción de persona”.

Se le ha reconocido al Código Civil peruano como carácter innovador por sus aportes a la dogmática jurídica universal, entre los que se encuentran: la “Teoría Tridimensional del Derecho” y la “Teoría del daño al proyecto de vida” (Varsi, 2013).

La primera teoría aparece simultáneamente en Brasil y en Perú a mediados del siglo XX, sostiene que el Derecho tiene como objeto de estudio el resultado de la interacción de tres dimensiones constitutivas: la vida humana social, los valores y las normas jurídicas. Esta teoría se percibe cuando se describe a la asociación, la fundación, el comité, y las comunidades campesinas y nativas como una “organizaciones de personas” que persiguen valores y están regulados por normas jurídicas.

La segunda teoría, la “Teoría del daño al proyecto de vida” se incorpora en el artículo 1985, bajo el concepto de “contenido de la indemnización”. Esta teoría aborda el daño en relación con el proyecto vital de una persona, es decir, aquello que el individuo ha decidido hacer o no hacer con su vida. Causar daño a este proyecto puede tener un impacto trascendental, llegando a desarrollar trastornos psicológicos, lo que pone en relieve su reparación en el ámbito jurídico.

## **VI. EL NUEVO MUNDO**

En este apartado se deben observar dos criterios necesarios: en primero lugar, el siglo XXI ha experimentado un súbito progreso tecnológico que, en los pocos años de disfrute, ha provocado transformaciones en el movimiento radical en el ámbito social, económico, político e ideológico a nivel mundial. En segundo lugar, el Derecho, al estar al servicio de la sociedad, debe proporcionar estabilidad y seguridad jurídica, por ese motivo su codificación debe estar en constante actualización para evitar una ruptura entre la ley y la realidad.

Actualmente, el avance tecnológico ha alcanzado niveles que antes parecían inimaginables, con innovaciones como la Inteligencia Artificial, realidad y las simulaciones virtuales, entre otros, insertando la interacción completa entre los seres humanos en internet. Lo más increíble de este hecho es que muchas de estas innovaciones surgen del deseo de volver realidad los relatos e historias de ficción.

El Metaverso, es un término utilizado por el autor Neal Stephenson en una novela de 1992 “Snow Crash”, para describir un lugar para el ocio, el arte y el comercio entre avatares controlados por humanos, un mundo virtual que influye en la mayoría de las dimensiones de la vida humana. A su vez, Stanley G. Weinbaum, en su obra “Las gafas de Pigmalión”, introduce una visión que inspiró las gafas de realidad virtual, describiendo unas gafas mágicas que producían una “película con visión plana y sonido, [...], el espectador interviene en el relato, habla a las sombras y las sombras le responde, y en lugar de desarrollarse en una pantalla se refiere por completo a quien participa en él”, en otras palabras, ofrece una experiencia interactiva en la que el espectador no solo veía una película, sino que participaba en ella y recibía respuestas de los personajes.

Años después, en “El Sol desnudo”, escrito por Isaac Asimov, se describió una sociedad en las interacciones cara a cara y el contacto físico eran considerados un desperdicio y repugnantes, y donde la mayoría de las actividades laborales y sociales es mediante hologramas proyectados a distancia y televisores 3D. Por último, William Gibson en su novela de 1984 “Neuromante”, cuenta acerca de una “alucinación consensuada experimentada a diario por millones de operadores legítimos, en todas las naciones (...). Una representación gráfica de datos abstraída de los bancos de cada ordenador del sistema humano. Una complejidad impensable. Líneas de luz que se extienden en el no espacio de la mente, racimos y constelaciones de datos. Como las luces de la ciudad, que se alejan”, este tiempo de abstracción visual fue llamado en la narrativa “Matrix”, popularizando la palabra “ciberespacio” (Talin, 2024), abriendo camino a muchas de las tecnologías actuales.

Cada una de estas ideas ha contribuido en este nuevo campo llamado “ciberespacio” o “metaverso”, una tendencia que proviene de Estados Unidos y es

complicado definirlo hoy en día. La doctrina se divide en tres posturas: quienes consideran que ambos términos como sinónimos; otro grupo asume que el metaverso este contenido en el ciberespacio; y un tercer grupo los acepta como dos figuras distintas que se complementan. Personalmente, me inclino por la segunda postura, por lo que en adelante utilizaré ambos términos de manera indistinta para analizar su repercusión en las instituciones jurídicas.

En 2022, Christense y Robinson proveyeron una descripción completa del metaverso como:

Una red expansiva de espacios digitales, incluidas las experiencias inmersivas en 3D en realidad aumentada, virtual y mixta, que están interconectados y son interoperables para que puedas moverte fácilmente entre ellos, y en los que puedes crear y explorar con otras personas que no están en el mismo espacio físico que tú.

Algunos se han referido al metaverso como un "Internet personificado" en el que los individuos se sentirán como si estuvieran realmente "presentes" en las experiencias y no simplemente observándolas a través de sus pantallas. Esto significa que la interacción con Internet (y los dispositivos que proporcionan acceso a Internet) tiene el potencial de ser mucho más naturales, incorporando modos de comunicación que incluyan el gesto y la voz, de manera que los individuos no se limiten a teclear o a pulsar. Además, se prevé que el metaverso pueda albergar casi todas las actividades en las que participamos actualmente (por ejemplo, socializar, trabajar, aprender,

entretenerse, comprar, crear contenidos, etc.) y que también haga posible nuevos tipos de actividades”<sup>2</sup>.

Un área emergente dentro de este campo es el “Metaverso Industrial”, que puede recopilar copias virtuales de maquinaria y fábricas completas, como un “gemelo digital”<sup>3</sup>, reúne información entre ambos entornos intentando convertirlo en uno solo. Esta tecnología alcanza a todas las personas, naturales o jurídicas, acoplando el mundo virtual y físico, permitiendo una fusión entre ambos. Los analistas prevén una expansión veloz, se calcula que para el año 2026 el “25% de las personas pasarán al menos una hora al día en el metaverso, ya sea para trabajar, comprar, recibir formación, interactuar en las redes sociales o con fines de ocio” (Fonseca, 2023).

En consecuencia, son indispensables las normas sociales que regulen el comportamiento en este mundo virtual. La característica del anonimato y al ser tan fácil ocultar la identidad y tan difícil obtener esa información, es casi imposible aplicar las leyes del mundo real, como manifiesta el buffet Cliffe Dekker (2022):

---

<sup>2</sup> One way to think about it is as an expansive network of digital spaces, including immersive 3D experiences in augmented, virtual, and mixed reality, that are interconnected and interoperable so you can easily move between them, and in which you can create and explore with other people who aren't in the same physical space as you. Some have referred to the metaverse as an “embodied internet” in which individuals will feel as if they are actually “present” in experiences and not simply looking at experiences through their screens. This means that interacting with the Internet (and the devices that provide access to the Internet) has the potential to be much more natural, incorporating modes of communication that include gesture and voice, such that individuals are not limited to typing or tapping.<sup>6</sup> In addition, the metaverse is envisioned to be able to host almost all the activities we currently take part in (e.g., socializing, work, learning, entertainment, shopping, content creation, etc.) and make new types of activities possible as well. Christense, L., y Robinson, A. (2022). The Potential Global Economic Impact of the Metaverse. *Analysis Group*. <https://www.analysisgroup.com/globalassets/insights/publishing/2022-the-potential-global-economic-impact-of-the-metaverse.pdf>

<sup>3</sup> Möller y Wolfgang. (2023). El Emergente Metaverso Industrial. *Ntt data*. <https://nttdatasolutions.com/es/blog/industrial-metaverse/>

El Metaverso permite que los avatares interactúen de la misma manera que lo hacen las personas en la vida real, incluidas las interacciones más nefastas como el discurso de odio, el acoso, la difamación y el robo. En consecuencia, el Metaverso necesitará ser regulado legalmente para evitar violaciones de los derechos humanos<sup>4</sup>.

A pesar de lo explicado, el desarrollador informático tiene la habilidad de programar el software y hardware, que forman el código del ciberespacio, el poder clave, con un conjunto de reglas implementadas para organizar la conducta con la que interactúan las personas, así como el término en el que se relacionan. Este código sujeta la vida dentro del ciberespacio, contiene un conjunto de reglas que organizan el comportamiento dentro del metaverso, y no es opcional para los usuarios. Las personas no tienen la libertad de elegir obedecer o no, por tanto, el usuario denunciado por mal comportamiento, se le podría prohibir el acceso al Metaverso. Sin embargo, esta sanción no será suficiente justicia para quienes sufren el daño en este entorno. Por ende, mientras el código esté alineado con normas sociales y jurídicas especiales, se podrá garantizar una mayor seguridad y justicia en el ciberespacio.

En un pobre intento de adaptarse a estos cambios, en 2023 se promulgó la Ley N.º31814, denominada “Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país”. Esta norma se limita a enunciar principios

---

<sup>4</sup> The Metaverse allows avatars to interact in the same way that people in real life do, including the more nefarious interactions such as hate speech, harassment, defamation, and theft. Consequently, the Metaverse will need to be legally regulated to prevent infringements of human rights. Hyslop, K., Nemudibisa, K., Leppan, F y Phashe, K. (2022). Safety in the Metavers. *Firm Cliffe Dekker Hofmeyr*. Recuperado de <https://www.thefastmode.com/expert-opinion/26455-safety-in-the-metaverse>

generales y definir conceptos como inteligencia artificial, sistemas basados en inteligencia artificial, tecnología emergente y algoritmo, promoviendo su utilización sin abordar de manera integral los desafíos que estas tecnologías plantean.

Dentro de este contexto, las instituciones del Código Civil peruano que, desde mi perspectiva, con mayor repercusión serán el derecho de las personas, derecho de familia, derecho de sucesiones, derechos reales y las fuentes de las obligaciones.

### 1. LIBRO I: DERECHOS DE LAS PERSONAS

En esta institución se verán afectados el Derecho a la intimidad personal y familiar, artículo 14 del Código Civil: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”; y el Derecho a la imagen y voz, artículo 15 del Código Civil “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden...”.

En el metaverso se recopilan grandes cantidades de datos personales, desde contactos y preferencias de los usuarios<sup>5</sup>, algo que ya realiza con la aceptación de “cookies” en las páginas, pero, además, incluye la detención de información sobre el comportamiento de la persona natural. Según Wolfgang “el gemelo digital transfiere datos en tiempo real desde el entorno físico al virtual”. Por tanto, es posible la captura de videos y grabaciones de voz a través de los avatares o “gemelo digital”, aun sin la

---

<sup>5</sup> Ara, T., Radcliffe.M., Fluhr, M., e Imp, K. (2022). Exploring the metaverse: What laws Will apply? *DLA Piper*. <https://www.dlapiper.com/en-us/insights/publications/2022/02/exploring-the-metaverse>

autorización del titular, y pueden ser utilizados al libre albedrío de quien lo capturo, atentando incluso contra el honor, el decoro o la reputación del titular.

Los avatares son como disfraz o alter ego<sup>6</sup> de quien lo utiliza guardando un anonimato, el cual dificulta la aplicación y la protección efectiva del Derecho, es decir, en la identificación de los infractores en caso de responsabilidad civil. Vinculado a ello, encontramos al famoso *Deepfakes* son:

Creaciones digitales que utilizan algoritmos de IA para generar contenido audiovisual convincente. Ya no estamos hablando de ediciones rudimentarias en Photoshop o doblajes mal sincronizados; los *deepfakes* tienen la capacidad de intercambiar rostros, crear discursos ficticios y poner palabras en la boca de figuras públicas de una manera que resulta difícil de discernir a simple vista” (EDJ X TECH LAW SCHOOL, 2022), tecnología idónea para engañar, defraudar o desprestigiar al titular, violando los derechos de la persona.<sup>7</sup>

Como en el nuevo programa de Netflix “Falso Amor”<sup>8</sup> que simula situaciones de infidelidad entre sus participantes mediante el uso de inteligencia artificial. En este programa, cinco parejas son separadas y ubicadas en dos casas diferentes. A los participantes cada cierto tiempo se les muestra videos de pareja interactuando con otras personas, y deben deducir si las escenas son reales o creadas por IA.

---

<sup>6</sup> Cheong, B. C. (2022). “Avatars in the Metaverse: Potential Legal Issues and Remedies. *International Cybersecurity Law Review*. <https://doi.org/10.1365/s43439-022-00056-9>

<sup>7</sup> Smaili, N., Rancourt-Raymond, A. (2024). Metaverse: welcome to the new fraud Marketplace. *Journal of Financial Crime*. (1), 188-200. <https://doi.org/10.1108/JFC-06-2022-0124>

<sup>8</sup> Sitio oficial de Netflix. (2023). “Falso amor”. <https://www.netflix.com/pe/title/81610979>

En este programa existe un consentimiento expreso por parte de los participantes del “show”, pero dentro del metaverso, debemos considerar la situación de aquellas personas que ingresan a este entorno virtual con otros fines, ya sea para el ocio o para desarrollar actividades económicas. Que al igual que los participantes del show se exponen a la misma recopilación masiva de datos personales y a las mismas consecuencias, es decir, la posibilidad de que se creen videos o contenido que representen escenas ficticias utilizando su imagen o avatar. Que podría impactar gravemente su reputación, especialmente en un entorno donde la difusión de información<sup>9</sup> y desinformación es veloz y puede alcanzar una amplia audiencia.

En ese sentido, sería extremadamente difícil para estas personas desmentir la veracidad de tales representaciones, porque los mecanismos actuales de prueba son insuficientes para el metaverso. La tecnología empleada para crear estos escenarios ficticios, sumada a la falta de un marco normativo adecuado que proteja los derechos de los usuarios en este espacio virtual, generan una vulnerabilidad que podría tener repercusiones irreversibles tanto a nivel personal como profesional.

Este problema se expande a la capacidad jurídica, la aptitud para realizar actos jurídicos válidos y generar efectos legales, formulando un reto para el legislador la meta de verificar la identidad y la edad real de la persona tras la pantalla; y delimitar si el menor de edad puede dar su consentimiento válido para ingresar al metaverso para llevar cabo actos jurídicos sin supervisión de los padres o tutores<sup>10</sup>, regulado en

---

<sup>9</sup> Jones-Chaljub, S. (2022). El ciberespacio como un entorno de interacciones. *Conceptualización del ciberespacio humano* (pp. 15-29). Sello Editorial ESDEG. <https://doi.org/10.25062/9786287602137.01>

<sup>10</sup> Niestadt, M. (2024). Protecting children in virtual worlds (the meraverse). European Parliamentary Research Service. Recuperado de <https://epthinktank.eu/2024/04/26/protecting-children-in-virtual-worlds-the-metaverse/#:-:text=While%20virtual%20worlds%20can%20boost,to%20harmful%20and%20illegal%20content.&text=Written%20by%20Maria%20Niestadt>.

el artículo 43 del Código Civil: “Incapacidad absoluta. Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”.

Propuesta de enmienda:

- Modificar el artículo 15.2 párrafo: Derecho a la imagen y voz. “El daño a la persona causado por el uso no autorizado de su imagen o voz otorgará el derecho a exigir la eliminación del contenido dañoso y a reclamar indemnización por daños y perjuicios”.

Con esta propuesta, pretendo ampliar la protección de los derechos de imagen y voz, ya contemplados en el Código Civil, hacia el entorno digital. El objetivo es asegurar que las personas conserven el control sobre su propia representación en estos espacios. De manera preventiva, se busca reducir los casos de difamación y daños a la reputación personal, así como preservar el derecho a la privacidad, tal como figura en el artículo 2 de la constitución peruana, fortaleciendo la capacidad del ciudadano para responder por su identidad digital.

Al establecer el derecho a exigir la eliminación de contenido no autorizado y la posibilidad de reclamar una indemnización, brindan herramientas legales para que las personas puedan defender sus derechos frente a posibles vulneraciones. Esto no solo confiere una solución inmediata, sino que también faculta a la víctima el derecho a recibir una compensación económica por los daños.

- Modificar el artículo 3: Capacidad Jurídica. “La capacidad jurídica en entornos virtuales se regirá conforme al artículo 43 y 44 del Código Civil”.

Esta modificación deja explícito que las normas que regulan la capacidad jurídica en el mundo físico también son aplican a los entornos virtuales, como el metaverso. Mi propuesta contribuye a prevenir abusos y proteger a los grupos

vulnerables de transacciones o actos jurídicos ejecutados en plataformas que podrían comprometer sus derechos y patrimonio. Se dirige a que a un entorno donde las plataformas no discriminan entre adultos y menores al momento de ofrecer productos o servicios que implican la celebración de contratos o acuerdos con efectos jurídicos.

Con el vínculo entre la capacidad jurídica y los entornos virtuales genera un mayor grado de responsabilidad para los foros digitales que operan en Perú, dado que deberán implementar mecanismos para verificar la identidad y la capacidad jurídica de sus usuarios, especialmente cuando se trate de menores de edad. Las plataformas que permiten la realización de contratos, ventas u otro tipo de acto jurídico en línea deberán contar con controles más estrictos, como la verificación de edad y la identidad, para garantizar que los usuarios tengan la capacidad legal necesaria para participar en tales actividades.

## 2. LIBRO III: DERECHO DE FAMILIA

El metaverso no es solo un espacio de simulación o un videojuego, sino un entorno digital donde las interacciones entre personas son tan reales y significativas como en el mundo físico. La institución del matrimonio, regulada en el artículo 234 del Código Civil, define el matrimonio como la *“unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”*. Además, el artículo 248 establece las *“diligencias para el matrimonio civil”*.

Actualmente, muchos trámites, como las solicitudes y formularios, se remiten por correo electrónico, y los procesos judiciales se llevan a cabo por plataformas de videollamadas, procedimientos que se han considerado válidos. Un ejemplo de la adaptación legal a las nuevas tecnologías es la Ordenanza Municipal N° 729-CMPC aprobada en Cajamarca en 2020, que permite la celebración virtual del matrimonio

bajo ciertas condiciones técnicas. Esto abre un interrogante importante: ¿cómo se regula el matrimonio celebrado dentro del metaverso?

El principal problema radica en el reconocimiento y la validez legal al matrimonio dentro del metaverso<sup>11</sup>, porque no cumplen con la formalidad exigidas por la ley, lo que impide otorgar los derechos y deberes propios del matrimonio a las partes involucradas. Un precedente interesante ocurrió en 2020 en Colombia, donde se celebró el primer matrimonio civil en el metaverso<sup>12</sup>. Los cónyuges, junto con el notario y los invitados, interactuaron en un entorno virtual mientras el evento era retransmitido en un “en vivo” por redes sociales. Esta situación suscitó debates sobre la validez legal de estos matrimonios y la posible evolución del derecho hacia la regulación de las interacciones en entornos virtuales.

La ordenanza de Cajamarca, aunque innovadora, presenta ciertas limitaciones que requieren mayor desarrollo. Por ejemplo, en su artículo 2, se establece que “el matrimonio civil, celebrado en ceremonia virtual, surtirá sus efectos una vez que el acta sea firmada por las autoridades celebrante, los pretendientes, las personas que hubieran prestado su consentimiento y los testigos”, el mismo artículo dice:

La celebración virtual del matrimonio civil se llevará a cabo mediante la plataforma digital señalada por la MPC, con la participación de la autoridad celebrante, los contrayentes y los testigos, conforme a la ley, para tal efecto se

---

<sup>11</sup> Dziobon, R. (2022). Weddings in the metaverse: digital challenges for our analogue marriage laws. *Penningtons Manches Cooper*. <https://www.penningtonslaw.com/news-publications/latest-news/2022/weddings-in-the-metaverse-digital-challenges-for-our-analogue-marriage-laws>

<sup>12</sup> Barboza Padilla, E., y Ortiz Urbina, D. (2022). El Contrato de Matrimonio Civil en el Metaverso: un análisis sobre su viabilidad jurídica según la legislación colombiana. *Universidad Libre Seccional Cúcuta* <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/27441/ART%C3%8DCULO%20INVESTIGATIVO.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

implementará una Plataforma digital técnicamente adecuada, en calidad y sonido.

Como puede observarse, se establece que el matrimonio civil virtual surtirá efecto una vez que el acta sea firmada por las partes involucradas y los testigos, pero no se especifica claramente si la firma debe ser manuscrita o digital, lo que puede generar incertidumbre en cuanto a la validez de dichas firmas en el entorno virtual. Este vacío podría ser aprovechado para permitir el uso de firmas digitales en el metaverso, validando así la ceremonia.

Además, la ordenanza exige una plataforma digital técnicamente adecuada, lo que abre la posibilidad de que los matrimonios virtuales se celebren dentro del metaverso, siempre que se cumplan con los requisitos de calidad y sonido impuestos por la normativa. Este es un avance significativo, pero aún se necesita más.

En este contexto, Edwing Tong, el segundo ministro de justicia de Singapur, en Techlaw fest 2022 en su discurso menciona:

Incluso un acontecimiento tan personal, íntimo y único como la celebración de un matrimonio puede tener lugar en el metaverso. No sería impensable que, además del registro de matrimonios, pronto se pueda acceder a otros servicios gubernamentales en línea a través del metaverso<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Even such a highly personalised, very intimate, once-in-a-lifetime event, like solemnisation of marriages, can take place in the metaverse. It would not be unthinkable that, besides registration of marriages, other government services can soon be accessed online via the metaverse. Ministry of Law. (2022). Opening Speech by Mr. Edwin Tong SC, Minister for Culture Community and Youth and Second Minister for Law at TechLaw.Fest 2022 Up Your Game. Recuperado de

Propuesta de enmienda: Modificar el artículo 248: Diligencias para el matrimonio civil. Asimismo, podrán contraer matrimonio civil ante el notario de la provincia del cualquiera de los cónyuges o en el entorno virtual por la autoridad competente.

### 3. LIBRO IV: DERECHO DE SUCESIONES

En esta área se plantea un desafío naciente en administración y reconocimiento legal, porque, aunque en el marco legal el legislador peruano no consideró los bienes digitales como criptomonedas, activos digitales, cuentas en redes sociales (objeto de comercio informal hoy en día) y propiedades virtuales, estos si pertenecen al patrimonio de las personas, y algunos son susceptibles a transmisión post mortem<sup>14</sup> “todo aquello que su titular, envía, recibe, almacena, comparte, gestiona o contrata vía internet y que puede valorarse desde un punto de vista económica” (García Herrera, 2018b).

El actual código establece el artículo 660 del Código Civil: “transmisión sucesoria de pleno derecho. Desde el momento de la muerte de una persona, **los bienes, derechos y obligaciones** que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores”, el artículo 815 del Código Civil: “Casos de sucesión intestada...”; y el artículo 816 del Código Civil: “Órdenes sucesorios...”. Se percibe que existe una falta de claridad y de reconocimiento legal en las sucesiones intestadas, respecto a la administración de bienes, los sucesores, tanto heredero como legatario, por ende,

---

<https://www.mlaw.gov.sg/news/speeches/2022-07-20-opening-speech-edwin-tong-techlaw-fest-2022-up-your-game/>

<sup>14</sup> LexisNexis. (2024). The application of Donatio Mortis Causa in the age of the internet to assets held in dematerialised form: the making of valid death bed gift of online bank accounts, shere accounts and registered land (Rahman v Hassan and others). Recuperado de <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/the-application-of-donatio-mortis-causa-in-the-age-of-the-internet-to-assets-held-in-dematerialised>

estarán impedidos al acceso a cualquier activo digital del causante por los mecanismos de autenticación (contraseñas) que no fueron compartidos en vida. Como, por ejemplo, el fallecimiento, en un accidente en Costa Rica, de Mircea Popescu, conocido en el ámbito de las criptomonedas como el "Zar del Bitcoin". Popescu, un influyente inversor y pionero en el uso de Bitcoin, dejó un legado controversial al llevarse consigo las claves de acceso a su fortuna estimada en dos mil millones de dólares en criptomonedas<sup>15</sup>.

También, es compleja la distribución de la herencia por la identificación de los bienes digitales, especialmente aquellos cuyo valor se alteran constantemente, como las criptomonedas. Este planteamiento por la falta de claridad y de reconocimiento legal perjudicaría a mayor grado en la sucesión intestada.

Propuesta de enmienda:

- Añadir artículo X: Definición de Bienes digitales. Los bienes digitales los activos en formato digital, como cuentas de redes sociales, *deecoin*, criptomonedas, archivos digitales y cualquier otro activo de esta naturaleza.

La inclusión de una definición especializada de “bienes digitales” y su reconocimiento formal dentro del Código Civil permite mejorar significativamente el tratamiento y la protección de estos activos en el sistema jurídico nacional. Esta medida aborda varios aspectos clave, los cuales se explicarán en mayor detalle a lo largo del escrito.

---

<sup>15</sup> La Nación. (2021). Murió el multimillonario de Bitcoin, Mircea Popescu, dejó US\$2000 millones, pero nadie tiene la contraseña. <https://www.lanacion.com.ar/economia/murio-el-multimillonario-de-bitcoin-mircea-popescu-dejo-us2000-millones-pero-nadie-tiene-la-nid02072021/>

En cuanto a la regulación de la herencia digital, la definición de bienes digitales facilita la correcta planificación y transmisión de estos activos en casos de sucesión, permitiendo que los herederos reciban formalmente el patrimonio digital del causante. Este cambio previene disputas legales entre herederos y protege los derechos sucesorios sobre bienes digitales, garantizando su correcta transferencia y disposición en caso de fallecimiento del titular.

- Modificar artículo 787: Obligaciones del Albaceas. 8. Procurar la división y partición de la herencia, incluyendo los bienes digitales. Las instituciones y plataformas que administren estos bienes al momento de la apertura de la sucesión.

El reconocimiento formal de los bienes digitales como parte del patrimonio sucesorio busca equipararlos a los activos ya regulados, evitando ambigüedades en su tratamiento tras el fallecimiento del titular. Esta medida brinda seguridad jurídica a los herederos y asegura que el albacea cumpla plenamente con sus obligaciones en relación con todo el patrimonio.

La propuesta establece una obligación clara para el albacea de gestionar estos activos con la debida diligencia, incluso en plataformas digitales que pueden requerir procedimientos específicos para acceder a cuentas o recuperar activos digitales. Esto garantiza un proceso de herencia más ágil y organizado, evitando retrasos en la participación de los bienes digitales, los cuales son especialmente vulnerables a problemas de acceso y burocracia digital.

#### 4. *LIBRO V: DERECHOS REALES*

Como se explicó anteriormente, los bienes digitales son susceptibles a transmisión en el mundo real y en el metaverso, es decir, es posible que sean objeto de contrato de compraventa. El legislador no diseñó la normativa para abordar todo lo

que conllevan los bienes digitales, lo que origina conflictos legales, sobre todo, en la protección de los derechos de los propietarios.

El profesor Marinotti (2022), de la Universidad de Indiana, lo explica mejor:

Cuando compras un artículo en el metaverso, tu compra se registra en una transacción en una cadena de bloques, que es un libro de contabilidad digital que nadie controla y en el que los registros de transacciones no se pueden eliminar ni alterar. Tu compra te asigna la propiedad de un NFT, que es simplemente una cadena única de bits. Almacenas el NFT en una billetera de criptomonedas que solo tú puedes abrir y que "llevas" contigo a donde quiera que vayas en el metaverso. Cada NFT está vinculado a un artículo virtual en particular<sup>16</sup>.

Los NFTs (Tokens No Fungibles) son activos digitales únicos que han revolucionado el concepto de propiedad en el entorno digital. Al ser infungibles, no pueden ser intercambiados entre sí de manera equivalente, lo que garantiza que cada

---

<sup>16</sup> When you buy an item in the metaverse, your purchase is recorded in a transaction on a blockchain, which is a digital ledger under nobody's control and in which transaction records cannot be deleted or altered. Your purchase assigns you ownership of an NFT, which is simply a unique string of bits. You store the NFT in a crypto wallet that only you can open, and which you "carry" with you wherever you go in the metaverse. Each NFT is linked to a particular virtual item. Marinotti, J. (2022). Can you truly own anything in the metaverse? A law professor explains how blockchains and NFTs don't protect virtual property. *The conversation*. Recuperado de <https://theconversation.com/can-you-truly-own-anything-in-the-metaverse-a-law-professor-explains-how-blockchains-and-nfts-dont-protect-virtual-property-179067#:~:text=When%20you%20buy%20an%20item,a%20unique%20string%20of%20bits>

NFT es único y exclusivo<sup>17</sup>. Este sistema permite a los usuarios acreditar su propiedad sobre diversos bienes digitales, como obras de arte, memes, tuits o fotografías, a través de la tecnología blockchain. El blockchain actúa como un registro descentralizado y seguro, proporcionando transparencia y trazabilidad a las transacciones, lo que muchos definen como una suerte de “libro de contabilidad” digital<sup>18</sup>.

A pesar de las garantías que ofrece la blockchain para los bienes digitales, el Libro de Derechos Reales no contempla la regulación de la propiedad de estos activos, lo que deja un vacío legal en cuanto a su protección. El dilema recae en los términos de servicios y contratos de usuarios que deben aceptarse para la compraventa de estos bienes, como contratos adherentes.

Esto genera una inseguridad jurídica para los propietarios para hacer valer los derechos, porque la titularidad y los derechos de propiedad se encontrarán dependiendo de políticas y decisiones unilaterales de las plataformas, de modo que, si estas desean cambiar los términos de servicio o clausuran, resultará en la pérdida de los bienes.

Asimismo, pueden perjudicar a los usuarios por falta de regulación procedimental en estas transferencias, dando lugar a fraude y estafas<sup>19</sup>; y porque la posesión puede ser interrumpida por accesos no autorizado, el hackeo.

---

<sup>17</sup> Villanueva, A. (2024). Qué son los NFT, cómo funcionan y cómo invertir en ellos. *FINECT*. <https://www.finct.com/usuario/vanesamatesanz/articulos/nft-como-funcionan-como-invertir>

<sup>18</sup> Martín Pérez. C. (2022). Tecnología blockchain: origen, funcionamiento y usos. *Repositorio Universidad de Zaragoza*. <https://zaguan.unizar.es/record/111139/files/TAZ-TFG-2022-362.pdf>

<sup>19</sup> Wahington State Department of Financial Institutions. (2022). *Investment Scams in the Metaverse\_ How to Protect Yourself from Losing Real Money in the Virtual World*. <https://dfi.wa.gov/consumer/alerts/investment-scams-metaverse>

Por otro lado, se encuentra la figura de la usucapión, o prescripción adquisitiva hallada en el artículo 950 del Código Civil: “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”; y el artículo 951 del Código Civil: “La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay”.

Lo establecido se dirige a los bienes materiales, a diferencia de los bienes digitales, cuya posesión se basa en el control de las cuentas y el acceso a plataformas específicas. El problema arriba en que el control de contraseñas, que permiten gestionar los activos digitales, no equivale a la posesión en términos legales, complicando su publicidad e inscripción notarial de estos bienes, por no contar con la documentación legal solicitada (además de su naturaleza anónima).

Propuesta de enmienda: Añadir inciso al artículo 2008: Registro de bienes virtuales. 8. Registro de bienes virtuales.

La opción de que los titulares de bienes virtuales registren su propiedad disminuiría el riesgo de disputas o apropiación indebida, aportando una base legal clara para reclamar derechos en caso de conflicto. De la mano con lo propuesto en el libro de sucesiones, los herederos y los albaceas podrían acceder a un inventario de los activos digitales que forman parte del patrimonio del causante. Esto agiliza el proceso sucesorio y organizado, puesto que los bienes digitales registrados serían identificados y distribuidos de manera eficiente, asegurando una transferencia patrimonio completo y ordenada.

Además, el registro de bienes virtuales cumpliría una función probatoria: serviría como prueba oficial de titularidad de los activos digitales, algo crucial para su uso en transacciones comerciales o contratos. Esto confiere transparencia y confiabilidad en las transacciones, minimizando riesgos y aumentando la seguridad jurídica. Los titulares de estos bienes gozarían de respaldo legal para defender su propiedad ante posibles usurpación o fraudes.

En conclusión, esta propuesta incrementaría la confiabilidad del sistema digital y protegería los derechos patrimoniales de los ciudadanos, asegurando seguridad en el uso, administrativos y tramitación de bienes digitales.

##### 5. *LIBRO VII: FUENTE DE LAS OBLIGACIONES*

Respecto a la figura del contrato, en el ciberespacio es denominado como “Contrato Digital” se planea el alcance de su validez por el cumplimiento de los requisitos legales como la oferta y aceptación. En nuestro ordenamiento civil se encuentran los artículos 1351 Código Civil: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”, y el Artículo 1373 del Código Civil: “Perfeccionamiento del contrato. El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

Como he mencionado reiteradas veces, el anonimato dentro del metaverso influye en la identificación de las partes, y a la capacidad jurídica vinculada a la obtención de consentimiento – complicación sobre todo para reconocer a los menores de edad- y los principios generales de Derecho, el principio de autonomía de la voluntad. La negociación y el convenio pueden estar viciados por una oferta con dolo, error por información incompleta o ambigua- puede ser por limitaciones de espacio en el diseño de la propia plataforma digital-, o coerción en la aplicación; de igual manera; la aceptación cuando es implícita da lugar a dudas porque debe ser

automática en algunas plataformas, por lo que no se sabe si es una aceptación plena a la oferta<sup>20</sup>.

En cuanto a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que puedan suceder en este mundo virtual, como difamación<sup>21</sup>. La evaluación de estos daños no patrimoniales intangibles es más ardua por su naturaleza subjetiva y variable en el impacto en las víctimas. Se regula la materia en el artículo 1969 del Código Civil: “Indemnización por daño moroso y culposo. Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...” y en el artículo 1985 del Código Civil:

Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Por último, las acciones de los usuarios son especialmente difíciles de regular para evaluar el alcance por negligencia en la seguridad de la plataforma. El alto volumen de actividad dentro de las plataformas dificulta la supervisión totalmente efectiva y es un reto para implantar medidas adecuadas en las políticas de seguridad,

---

<sup>20</sup> Golf-Papez, M., Heller, J., Hilken, T., Chylinski, M., Ruyter, K., & Keeling, D. (2022) Embracing falsity through the metaverse: The case of synthetic customer experiences. *Bussines Horizons*, 65 (5), 739-749. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2022.07.007>

<sup>21</sup> Barón, V. (2022). Reputation in the metaverse. *Bristows*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fd477710-6415-4ebf-b8f8-cc3c3437c931>

moderación de contenido y respuesta a incidentes; y obtener la información idónea para identificar el grado de diligencia.

Propuesta de enmienda:

i. Añadir Título de Capítulo de Contratos Digitales.

Esta sugerencia de un título específico sobre contratos digitales en el Código Civil dedica un marco sólido e idóneo a las realidades del entorno digital, admitiendo el reconocimiento y protección de los activos virtuales y sus transacciones. Esta modificación lograría múltiples beneficios y contribuiría significativamente al derecho peruano, como se ilustra a continuación:

- Con este capítulo, los activos digitales se gestionarían bajo normas claras, lo que asistiría su tratamiento dentro de la legislación patrimonial y aseguraría su regulación conforme a los principios de propiedad.
- Este título protege derechos sobre activos como criptomonedas, cuentas en redes sociales y documentos digitales, asegurando que estos sean reconocidos como derechos patrimoniales. Con tal regulación los activos digitales pueden ser transferidos, heredados o incluso embargados en caso de deuda, lo cual garantiza que el sistema civil trate a estos bienes bajo los mismos principios y protecciones aplicables a la propiedad regulada.
- Reconocer los bienes digitales en el capítulo, habilitaría su incorporación formal en contratos de compraventa, intercambios o como garantías en préstamos. Al incluir explícitamente los contratos digitales, el Código Civil impulsaría nuevas formas de comercio y la integración de activos digitales en el sistema financiero formal, brindando transparencia, seguridad y respaldo legal.

ii. Añadir artículo X:

Recopilación, preservación y autenticación de infracciones virtuales. Se deben establecer estándares para la recopilación, preservación y autenticación de la evidencia de la infracción virtual. Se incentiva el uso de tecnología avanzada de la verificación y encriptación para salvaguardar la integridad y seguridad de la evidencia de la infracción virtual.

Fijar pautas para la recolección y preservación de la evidencia digital apoya a las partes y a las autoridades, fomentando la adopción de criterios uniformes en casos donde las pruebas se basen en de transacciones digitales, imágenes o vídeos en línea. Esto dota de mayor celebridad y seguridad al proceso judicial, reduciendo la probabilidad de errores en el manejo o presentación de dicha evidencia.

Incentivar la tecnología de verificación y encriptación para resguardar evidencia digital (como grabaciones, capturas de pantalla o datos en línea) con altos niveles de seguridad ofrece a los usuarios una mayor confianza en el sistema legal, protegiendo sus derechos ante infracciones como la vulneración de derechos de autor, usurpación de identidad o difamación.

## **VII. CONCLUSIONES**

La evolución de las nuevas tecnologías, particularmente en el metaverso y el ciberespacio, han expuesto una necesidad de modificación del marco legal existente. La realidad digital carece de una regulación adecuada, lo que manifiesta serios desafíos para la seguridad jurídica.

Es fundamental priorizar modificaciones en las siguientes instituciones del Derecho: Derecho de Familia, Derecho de la Persona, Fuente de las Obligaciones, Derecho de Sucesiones y Derechos Reales.

Considero ciertos artículos del Código Civil peruano deben ser modificados, y otros deben incorporarse para obtener una regulación más efectiva en el contexto digital.

Las cuestiones formuladas sirven como punto de partida para una reflexión sobre cómo el Código Civil peruano debe evolucionar para hacer frente a los retos de un mundo digital en constante cambio:

- ¿Cómo pueden modificarse las normas de contrato para incorporar acuerdos virtuales? ¿Qué garantías se pueden implementar para proteger a las partes involucradas?
- ¿Cómo debería regularse el matrimonio y las obligaciones para adaptarse a los nuevos tipos de transacciones y relaciones que emergen en el ciberespacio?
- ¿Cómo se pueden salvaguardar los derechos fundamentales de las personas en un entorno donde la privacidad y la seguridad son vulnerables?
- ¿Qué consideraciones deben tenerse en cuenta para regular los bienes y propiedades en el metaverso, incluyendo la eficacia los derechos de los herederos en el entorno digital?

### **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

- Alterini, A., Soto, C. (2000). El proceso de codificación del Derecho privado en Perú y Argentina. *Derecho PUCP*, (53), 513-529. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.014>
- Ara, T., Radcliffe, M., Fluhr, M., Imp, K. (2022). Exploring the metaverse: What laws Will apply? *DLA Piper*. <https://www.dlapiper.com/en-us/insights/publications/2022/02/exploring-the-metaverse>

Basadre, J. (1986). *Historia del Derecho Peruano*. Lima: Edigraf S.A.

Barboza, E., Ortiz, D. (2022). El Contrato de Matrimonio Civil en el Metaverso: un análisis sobre su viabilidad jurídica según la legislación colombiana. *Universidad Libre Seccional Cúcuta*  
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/27441/ART%C3%8DCULO%20INVESTIGATIVO.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Barón, V. (2022). Reputation in the metaverse. *Bristows*.  
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fd477710-6415-4ebf-b8f8-cc3c3437c931>

Briones, R. (2023). El personalismo: la persona como clave de la antropología. *Revista de Mariana*. <https://revistamarina.cl/es/articulo/el-personalismo-la-persona-como-clave-de-la-antropologia-filosofica>

Castañeda, E. (1966). Los treinta años del Código Civil. *THEMIS Revista De Derecho*, 36-38. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12630>

Cheong, B. C. (2022). "Avatars in the Metaverse: Potential Legal Issues and Remedies. *International Cybersecurity Law Review*. <https://doi.org/10.1365/s43439-022-00056-9>

Christense, L., Robinson, A. The Potential Global Economic Impact of the Metaverse. *Analysis Group*.  
<https://www.analysisgroup.com/globalassets/insights/publishing/2022-the-potential-global-economic-impact-of-the-metaverse.pdf>

- Dans, E. (2022). ¿Metaverso o mundo virtual? Recuperado de <https://www.enriquedans.com/2022/06/metaverso-o-mundo-virtual.html>
- Dziobon, R. (2022). Weddings in the metaverse: digital challenges for our analogue marriage laws. *Penningtons Manches Cooper*. <https://www.penningtonslaw.com/news-publications/latest-news/2022/weddings-in-the-metaverse-digital-challenges-for-our-analogue-marriage-laws>
- Edj X Tech Law Shcool. (2022). Deepfakes: Manipulación de Pruebas y su impacto en los procesos judiciales. <https://www.edjxtechlawschool.com/post/deepfakes-manipulaci%C3%B3n-de-pruebas-y-su-impacto-en-los-procesos-judiciales>
- El Peruano. (2020). Matrimonio virtual: 39 parejas se dieron el sí mediante nueva forma de unir sus vidas ante la ley. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia/112024-matrimonio-virtual-39-parejas-se-dieron-el-si-mediante-nueva-forma-de-unir-sus-vidas-ante-la-ley>
- Fernández Sessarego, C. (2009). Los 25 Años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas. *Lima: Editora Jurídica Motivensa*.
- Fuenmayor, L. (2022). Metaverso. *Boletín Jurídico*. Recuperado de [https://ojs.urbe.edu/index.php/boletin\\_juridico/article/view/2917](https://ojs.urbe.edu/index.php/boletin_juridico/article/view/2917)
- Fonseca, R. (2023). Calidad del Software en el Metaverso: Claves para el Éxito. *Ntt data*. <https://co.nttdata.com/insights/blog/calidad-del-software-en-el-metaverso>
- García Herrera, V. (2018b). El tratamiento de datos de personas fallecidas. *Actualidad Civil*, (5).

Golf, M., Heller, J., Hilken, T., Chylinski, M., Ruyter, K., & Keeling, D. (2022) Embracing falsity through the metaverse: The case of synthetic customer experiences. *Bussines Horizons*, 65 (5), 739-749. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2022.07.007>

Hang Lee, Z., Zhou, Braud, T., & Hui., P. (2022). What is the Metaverse? An Immersive Cyberspace and Open Challenges. *Cornell University*. <https://arxiv.org/pdf/2206.03018>

Hyslop, K., Nemudibisa, K., Leppan, F., & Phashe, K. (2022). Safety in the Metavers. *Firm Cliffe Dekker Hofmeyr*. Recuperado de <https://www.thefastmode.com/expert-opinion/26455-safety-in-the-metaverse>

Jone, S. (2022). El ciberespacio como un entorno de interacciones. *Conceptualización del ciberespacio humano* (pp. 15-29). Sello Editorial ESDEG. <https://doi.org/10.25062/9786287602137.01>

La Nación. (2021). Murió el multimillonario de Bitcoin, Mircea Popescu, dejó US\$2000 millones, pero nadie tiene la contraseña. <https://www.lanacion.com.ar/economia/murio-el-multimillonario-de-bitcoin-mircea-popescu-dejo-us2000-millones-pero-nadie-tiene-la-nid02072021/>

Lessig, L. (2002). Las leyes del ciberespacio. *THEMIS Revista De Derecho*, (44), 171-179. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10069>

LexisNexis. (2024). The application of Donatio Mortis Causa in the age of the internet to assets held in dematerialised form: the making of valid death bed gift of online bank accounts, share accounts and registered land (Rahman v Hassan

and others). Recuperado de <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/the-application-of-donatio-mortis-causa-in-the-age-of-the-internet-to-assets-held-in-dematerialised>

Martín, C. (2022). Tecnología blockchain: origen, funcionamiento y usos. *Repositorio Universidad de Zaragoza*. <https://zaguan.unizar.es/record/111139/files/TAZ-TFG-2022-362.pdf>

Marinotti, J. (2022). Can you truly own anything in the metaverse? A law professor explains how blockchains and NFTs don't protect virtual property. *The conversation*. Recuperado de <https://theconversation.com/can-you-truly-own-anything-in-the-metaverse-a-law-professor-explains-how-blockchains-and-nfts-dont-protect-virtual-property-179067#:~:text=When%20you%20buy%20an%20item,a%20unique%20string%20of%20bits>

Mejorada, M. (2009). Codificación Civil y Reforma. *Revista Themis*, (84), 13-18. [https://app.vlex.com/search/jurisdiction:PE+content\\_type:4/el+proceso+de+codificaci%C3%B3n+del+per%C3%BA+del+codigo+civil/vid/651787233](https://app.vlex.com/search/jurisdiction:PE+content_type:4/el+proceso+de+codificaci%C3%B3n+del+per%C3%BA+del+codigo+civil/vid/651787233)

Ministry of Law. (2022). Opening Speech by Mr. Edwin Tong SC, Minister for Culture Community and Youth and Second Minister for Law at TechLaw.Fest 2022 Up Your Game. Recuperado de <https://www.mlaw.gov.sg/news/speeches/2022-07-20-opening-speech-edwin-tong-techlaw-fest-2022-up-your-game/>

Newar, B. (2022). Los matrimonios y los juicios pueden celebrarse en el metaverso. <https://es.cointelegraph.com/news/marriages-and-court-cases-can-be-held-in-the-metaverse>

- Niestadt, M. (2024). Protecting children in virtual worlds (the meraverse). European Parliamentary Research Service. Recuperado de <https://epthinktank.eu/2024/04/26/protecting-children-in-virtual-worlds-the-metaverse/#:~:text=While%20virtual%20worlds%20can%20boost,to%20harmful%20and%20illegal%20content.&text=Written%20by%20Maria%20Niestadt>
- Oliver, R. (2022). Los retos de la Empresa, el Derecho y la Comunicación en el mundo actual. *J.M. Bosch Editor*. <https://app.vlex.com/sources/38160/chapter:397798351>
- Ordelin, J., Salette, B. (2019). La disposición post mortem de los bienes digitales: especial referencia a su regulación de América Latina. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (83), 29 – 60. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.002>
- Osterling, F. (1984). El Proyecto del Código Civil y el Derecho de Obligaciones. *THEMIS Revista De Derecho*, (1), 7-9. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10476>
- Sitio oficial de Netflix. (2023). “Falso amor”. <https://www.netflix.com/pe/title/81610979>
- Smaili, N., Rancourt-Raymond, A. (2024). Metaverse: welcome to the new fraud Marketplace. *Journal of Financial Crime*. (1), 188-200. <https://doi.org/10.1108/JFC-06-2022-0124>
- Talin, B. (2024). Historia y evolución del concepto de metaverso. *Morethandigital*. <https://morethandigital.info/es/historia-y-evolucion-del-concepto-de-metaverso/>

- Varsi, E. (2013). Aportes al Derecho-Carlos Fernández Sessarego. *Jurídica*, 4-6. Recuperado de [https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3259/Varsi\\_Rospigliosi\\_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3259/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Vega, Y. (2020). ¿La era de los Códigos o la era de los Restatements? Reflexiones sobre la vigencia del Código como modelo legislativo. *Advocatus*, (038), 69-81. <https://doi.org/10.26439/advocatus2019.n038.4891>
- Villanueva, A. (2024). Qué son los NFT, cómo funcionan y cómo invertir en ellos. *FINECT*. <https://www.finect.com/usuario/vanesamatesanz/articulos/nft-como-funcionan-como-invertir>
- Vinueza-Patiño, G., Robles-Zambrano, G., & Arandia-Zambrano, J. (2023). Robo de identidad en el metaverso y vulneración de la imagen personal en Ecuador. *IUSTITIA SOCIALIS*, 8 (1), 94-104. <https://doi.org/10.35381/racj.v8i1.2495>
- Washington State Department of Financial Institutions. (2022). *Investment Scams in the Metaverse\_ How to Protect Yourself from Losing Real Money in the Virtual World*. <https://dfi.wa.gov/consumer/alerts/investment-scams-metaverse>
- Möller y Wolfgang. (2023). El Emergente Metaverso Industrial. *Ntt data*. <https://nttdata-solutions.com/es/blog/industrial-metaverse/>

### 1. JURISPRUDENCIA

- Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (8 de agosto de 2019). *Casación 18716-2018 Ucayali*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (23 de setiembre de 2015). *Casación 3657-2014 Junín*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. (5 de octubre de 2023). *Casación 4139-2019 Lima*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente. (31 de marzo de 2022). *Casación 1967-2019 Lima*.

Perú. Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (3 de noviembre de 2017). *Consulta 21502-2017 Ventanilla*.

Perú. Poder Judicial del Perú, Acuerdos Plenarios del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia. (2021).

Perú. Tribunal Constitucional. (10 de junio de 2010). *Expediente 05296-2007.PA/TC Amazonas*.

Perú. Tribunal Constitucional, Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otras. (30 de enero de 2004). *Expediente 2670-2002-AA/TC Lima*.

Por:

Ingrid Dayhanna

Nuñez Seminario \* \*\*

*IMPLICANCIAS DE INCLUIR UNA CLÁUSULA  
DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EN EL  
ACTO TESTAMENTARIO*

**Resumen**

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar las implicancias que trae consigo la posibilidad de que el testador incluya una cláusula testamentaria mediante la cual hace reconocimiento de la filiación. Esto porque por una parte se encuentra el carácter esencialmente revocable del testamento y por otra la esencia irrevocable del acto de reconocimiento de filiación. Por lo cual, surgen los siguientes cuestionamientos: ¿puede revocarse esta cláusula testamentaria al estar contenida en un acto esencialmente revocable?, ¿a partir de cuándo surte efectos este reconocimiento?, ¿con su sola declaración o tras la muerte del testador? En este sentido, se estudiarán las principales instituciones del Código civil implicadas en la problemática con la finalidad de realizar un análisis sistemático y brindar una solución coherente con los principios que rigen el Derecho, así como con las normas que regulan su contenido.

**Abstract**

This paper examines the implications of a testator including a testamentary clause that acknowledges parentage. The issue arises due to the fundamentally revocable nature of wills contrasted with the irrevocable character of an acknowledgment of parentage. Key questions include whether such a clause can be revoked as part of a revocable document and when the acknowledgment takes effect—whether upon declaration or only after the testator’s death. The analysis focuses on relevant provisions of the Civil Code, aiming to provide a solution consistent with legal principles and regulatory frameworks.

---

\* Practicante pre-profesional en Dirección de Departamento-Universidad de Piura. Estudiante del X ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: [nunezseminarioingrid@gmail.com](mailto:nunezseminarioingrid@gmail.com)

\*\* Agradezco al Dr. Luis Castillo, al Dr. Jensen García y a la Lic. Laura Zeta por su generosa escucha y orientación para el desarrollo de este artículo. De igual forma a la Dra. Maricela Gonzáles por el apoyo brindado al revisar una versión preliminar de las ideas contenidas en este artículo.

Recibido: 23 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

**Palabras clave:** testamento, filiación, efectos, condición, revocabilidad.

**Keywords:** will, parentage, effects, condition, revocability.

### Sumario

**I. INTRODUCCIÓN. 1. NOCIONES GENERALES. 2. PLANTEAMIENTO. II. EL TESTAMENTO. 1. DEFINICIÓN DE TESTAMENTO. 2. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA. 3. CLASES DE TESTAMENTO. 4. PARTICULARIDADES DEL TESTAMENTO. 5. CONTENIDO DEL TESTAMENTO. III. EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN. 1. PARTICULARIDADES DEL RECONOCIMIENTO. 2. JUSTIFICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO. IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

##### **1. NOCIONES GENERALES**

Antes de iniciar el desarrollo de este trabajo conviene precisar a qué categoría de la ciencia jurídica pertenece la problemática abordada. Sobre esto, se tiene que entre las variadas instituciones en las que se ha estructurado el Derecho, se encuentra como una de las más importantes la perspectiva que ofrece la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Sobre este tema, Gómez Taboada (2011), señala que el primero está integrado por aquellas ramas del Derecho en el que el Estado, sea como parte de una relación jurídica o de forma unilateral, actúa en su condición de tal, y no como un sujeto privado de derechos. Mientras que, en el segundo, se contienen todas aquellas ramas en las que las relaciones jurídicas se establecen entre personas particulares, sean físicas o jurídicas. Además, indica que dentro de los ámbitos que contiene el Derecho Público se ubica el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho penal. Mientras que los

comprendidos por el Derecho Privado son principalmente el Derecho civil y el Derecho mercantil (p. 34).

La materia objeto de estudio forma parte del Derecho civil, específicamente del Derecho de sucesiones, regulado por el Código civil peruano a partir del Libro IV, Sección segunda referida a la sucesión testamentaria. Dentro de este Derecho, ciertamente el acto jurídico testamentario resulta ser de gran relevancia. Así lo refiere Ruggiero (1931), para quien, de todos los actos jurídicos no existe ninguno que saque ventaja al testamento en la importancia de las consecuencias y efectos que está destinado a producir, en la solemnidad de las formas que lo acompañan ni en el particular cuidado con la que la ley atiende a cumplir la suprema voluntad del testador (p. 1134).

Con similar entendimiento, Fernández Hierro (1998), precisa que el testamento es una institución clave del Derecho de sucesiones dado que, aunque la sucesión puede regularse por ley y el acto testamentario tendrá que respetar esos límites legales, como institución propia del Derecho civil, y concretamente del Derecho sucesorio, la que resalta es la del testamento, por todas las implicancias que trae consigo (p. 143).

Al igual que Valencia Carranza (1990), para quien el testamento es el más importante entre los actos jurídicos de la esfera del Derecho privado, por cuanto que en él se dispone de todo el patrimonio o de una parte de este, así como de la trascendencia de los actos extrapatrimoniales que puede contener, porque a diferencia de otros actos jurídicos, solo producirá efectos tras la muerte de su autor (p. 6).

Visto así, se entiende la importancia que supone el estudio de esta institución del Derecho, puesto que es una manera en la que el ordenamiento jurídico peruano le otorga a la voluntad del causante, siempre que se ajuste al marco legal

correspondiente, la capacidad de crear consecuencias jurídicas cuya finalidad se oriente a regular situaciones para después de su muerte.

## 2. PLANTEAMIENTO

En cuanto al acto testamentario el Código civil prevé que una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte. Siendo válidas aquellas disposiciones de carácter no patrimonial aun cuando el acto testamentario solo se limite a ellas (artículo 686). Además, establece que el testador tiene derecho a revocar, en cualquier tiempo el contenido testamentario, siendo que cualquier declaración en contrario carece de valor (artículo 798). Por otro lado, respecto al reconocimiento de filiación el Código civil admite que este acto puede realizarse mediante testamento (artículo 390) y que una vez producido no admite modalidad y es irrevocable (artículo 395).

En correspondencia con esto, se advierte que el testamento es un acto de última voluntad esencialmente revocable. Su contenido es variado, pudiéndose establecer disposiciones patrimoniales como no patrimoniales. En estas últimas, se prevé el reconocimiento de filiación el cual en esencia es irrevocable y no admite modalidad en cuanto a su eficacia.

Queda claro entonces que el Código civil peruano, si bien admite al reconocimiento como uno de los posibles contenidos del testamento, no resuelve la problemática acerca de cuándo surte efectos este acto<sup>1</sup>. Tampoco precisa si es que este

---

<sup>1</sup> Esta discusión, no se evidencia en Italia, puesto que, sobre la irrevocabilidad del reconocimiento el Código Civil italiano establece que “el reconocimiento (de hijo no matrimonial) es irrevocable. Cuando está contenido en un testamento tiene efectos desde el día de la muerte del testador, incluso si el testamento fue revocado” (artículo 256). Con esto, verificamos que, para el Código civil italiano, no queda duda de que el reconocimiento es: (1) irrevocable; (2) surte efectos luego de la muerte del testador.

reconocimiento reviste una naturaleza distinta y ajena al testamento, o debe entenderse como parte de este acto *mortis causa*.

Con lo cual, para brindar una solución coherente en el ámbito práctico, es necesario comprender el contenido de las instituciones jurídicas del Código civil peruano vinculadas al caso en concreto, así como su aplicación con referencia a la problemática abordada. Para esto, se utiliza el siguiente orden: en primer lugar, se abordará lo concerniente al acto testamentario. En segundo lugar, se precisarán los alcances del reconocimiento. En tercer lugar, se analizará la problemática central del trabajo. En cuarto lugar, se expondrán las conclusiones alcanzadas.

## **II. EL TESTAMENTO**

### **1. DEFINICIÓN DE TESTAMENTO**

Para Gómez Taboada (2011) el testamento se entiende como un acto unilateral de última voluntad en el que el otorgante, determina el destino de sus bienes para después de acontecida su muerte. Pudiendo establecer disposiciones de carácter patrimonial como no patrimonial (p. 101).

Según Albaladejo García (2004), es un acto solemne (o formal), por el que unilateralmente una persona sola (carácter unipersonal) establece ella misma (carácter personalísimo) para después de su muerte, las disposiciones (patrimoniales o no) que le competan, pudiendo siempre revocarlas. Precisa que es esencia del testamento el disponer para después de la muerte del testador, para poder regular la situación cuando esto suceda (disposición *mortis causa*). Además, establece que, por tener carácter solemne, será nulo el testamento otorgado sin observar alguna de las formas previstas por la ley (p. 211).

Por su parte, Jordano Barea (1999) advierte que hay tres concepciones fundamentales del testamento: 1. En un sentido formal, el testamento no sería un negocio jurídico sino solo una simple forma documental idónea para acoger la múltiple variedad de los negocios a causa de la muerte, admitido por el Ordenamiento. Aquí lo que caracteriza al testamento no es el contenido sino una forma. 2. En un sentido sustancial y amplio, el testamento es concebido como un negocio a causa de muerte, teniendo un carácter general y un contenido variable, patrimonial y no patrimonial. 3. En un sentido sustancial y estricto: el testamento es entendido como un negocio jurídico unilateral y no recepticio, mortis causa, típico, mediante el cual se dispone el patrimonio para el tiempo posterior a la muerte del testador (pp. 13-17).

Según Royo Martínez (1951) el testamento será aquel negocio unilateral solemne, personalísimo e irrevocable. Mediante el cual una persona establece disposiciones, especialmente patrimoniales para después de su muerte (p. 72).

Ahora bien, aunque el Código civil peruano no establezca con precisión el concepto y características del acto testamentario. Se puede admitir sin mayor discusión y atendiendo a las definiciones antes señaladas, que el testamento será aquel acto, esencialmente revocable, mediante el cual una persona, conforme a ley, instituye disposiciones de carácter patrimonial como no patrimonial, que regirán de manera posterior a su muerte.

## 2. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

Como lo ha detallado Fernández Hierro (1998), algún sector de la doctrina ha considerado negar el carácter de negocio del testamento, aludiendo que no produce de entrada efecto alguno y que es únicamente algo interno. De esta manera se ha colocado al testamento entre los negocios jurídicos imperfectos cuya actuación se

complementa con la muerte del causante, siendo así, para un sector doctrinal, *negotium imperfectum*, puesto que en tanto se encuentre con vida el causante no se producirá efecto jurídico alguno (p. 154).

De esta opinión es Josserand (1952) para quien hasta que la muerte del testador suceda, el acto testamentario no es más que un proyecto que puede ser revocado *ad nutum* por el que lo ha otorgado (p. 849) y De Buen (1923) quien también señala que el testamento solo alcanza un carácter definitivo tras la muerte del causante (p. 398).

Sobre esto, se comparte lo indicado por Fernández Hierro (1998, p. 154) quien aclara que si bien estas precisiones son ciertas no se debe olvidar lo precisado por Puig Peña (1954) quien alega que es incorrecto afirmar que la voluntad testamentaria sea interna o provisional, ya que cuando el testador emite una declaración formal de voluntad en el testamento lo hace con carácter definitivo y vinculante para después de que se ocasione su fallecimiento, lo mismo que no impide que durante el transcurso del tiempo pueda revocar el primer testamento (p. 92).

Sobre el mismo tema, es interesante mencionar lo precisado por Álvarez Caperochipi (2018), para quien la voluntad testamentaria es una especialidad frente al orden legal sucesorio. Por esto, la forma en la que se expresa esta voluntad es una solemnización de lo querido por el causante. Establece que la forma misma es la expresión de esa voluntad del testador, en cuanto jurídicamente eficaz (p. 312). Este autor, además refiere que, la voluntad del causante no es absoluta, sino que “se debe integrar en el orden legal la voluntad declarada, formalmente expresada y claramente deducible del propio testamento, en el estricto marco de lo disponible” (p. 313). Por lo que opina que:

La voluntad *mortis causa* no es una voluntad negocial; la sucesión no se rige por la voluntad del causante. El interés de la familia, la función divisoria del patrimonio y la tutela del crédito son los tres grandes principios que dominan toda la normativa legal sucesoria. Por ello la voluntad del testador solo se explica como una cierta disponibilidad de contenido dentro del orden legal típico (p. 313).

Tomando en cuenta los planteamientos de Puig Peña (1954) y Álvarez Caperochipi (2018) se sostiene que la voluntad testamentaria no se queda solo dentro de un marco subjetivo o interno, sino que al momento en el que el causante decide expresar una declaración formal de voluntad a través del acto testamentario, esta voluntad en la medida que cumpla con las formalidades previstas por la ley, tiene fuerza vinculante, lo cual no es contrario a que de manera posterior su autor decida sustituirla. Y tras la muerte del testador, surtirá efectos, no de manera absoluta, sino siempre enmarcándose en las disposiciones y principios que rigen la normativa legal sucesoria.

### 3. CLASES DE TESTAMENTO

Según el artículo 691 del Código civil peruano, el testamento puede ser ordinario o especial. Son ordinarios el testamento otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo; y especiales, el militar y el marítimo. A efectos de la problemática solo se abordarán con precisión los testamentos ordinarios.

**Tabla 1**

*Régimen previsto para los testamentos ordinarios en el Código civil peruano*

|                                       | Concepto  | Formalidades                        | Especialidades  |
|---------------------------------------|---|-------------------------------------|---|
| <b>Otorgado por escritura pública</b> | El testador manifiesta su voluntad ante quienes otorga el testamento, quienes quedan enterados de ella.   | Contenidas en el artículo 696 CC.   | Este testamento es el único por el cual puede testar el analfabeto (artículo 692 CC) con las formalidades adicionales del artículo 697 CC.  |
| <b>Cerrado</b>                        | El testador, sin revelar cuál es su última voluntad, declara ante quienes otorga su testamento, que esta se encuentra contenida en el documento que presenta. | Previstas en el artículo 699 CC.    | Sobre su revocación (artículo 700 CC). Sobre su custodia y presentación judicial (artículo 701 CC). Sobre su apertura (artículo 701 CC). Sobre su modificación a testamento ológrafo (artículo 703 CC). |
| <b>Ológrafo</b>                       | El testador sin necesidad de declarar ante nadie, consigna por escrito de su puño y letra su última voluntad.   | Establecidas en el artículo 707 CC. | Sobre su presentación ante juez (artículo 708 CC). Sobre su apertura judicial (artículo 709). Sobre su traducción oficial (artículo 710 CC). Sobre la protocolización del expediente (artículo 711 CC). |

*Nota.* Elaboración propia, con los conceptos recopilados de Albaladejo García (2004, p. 216).

#### 4. PARTICULARIDADES DEL TESTAMENTO

Si bien el Código civil peruano no lo establece a detalle, para la *communis opinio*, las características del testamento como acto jurídico son: (1) acto unilateral; (2) acto unipersonal; (3) acto personalísimo; (4) acto mortis causa; (5) esencialmente revocable; (6) solemne.

**Tabla 2**

*Características del acto testamentario*

| <b>Unilateral</b>   | <b>Unipersonal</b>  | <b>Personalísimo</b>  | <b>Mortis causa</b>  | <b>Revocable</b>   | <b>Solemne</b>  |
|---|---|---|--|--|---|
| Para que el acto sea eficaz, solo basta la voluntad de quien testa. | Solo una persona puede testar mediante testamento. No se admite uno otorgado de forma mancomunada o conjunta. | Se excluye en principio que alguna persona intervenga en el testamento de otra. | Los efectos se generan después de acontecida la muerte del testador. | El testador puede cambiar o derogar lo dispuesto. La revocación debe ser libre e individual. | Es necesario que revista la forma y solemnidad fijada por ley. Bajo sanción de nulidad. |

*Nota.* Elaboración propia, con información recopilada de Castán Tobeñas (1989, p. 467) y Albaladejo García (2004, p. 212).

Con objeto de la pregunta central, se explicará con mayor detalle el carácter de revocabilidad del acto testamentario.

Al respecto, Luca de Tena (1990), indica lo siguiente:

La revocabilidad del acto testamentario se apoya en un doble fundamento. El primero, viene dado por la eficacia *post mortem* del testamento, de donde se deriva que, si la voluntad está destinada a que antes de la muerte no tenga efectos, nada impide revocar aquellas disposiciones y orden sucesoral que todavía no han tenido ni van a tener efectos, hasta que la muerte se haya producido. El segundo, se fundamenta en la no receptibilidad. Según se ha afirmado, la perfección orgánica de la declaración testamentaria es independiente del conocimiento que uno o más terceros, sucesores o no,

podrían tener de ella. Como en propiedad de esa declaración de voluntad todavía no produce transmisión patrimonial ni ha creado relación jurídica, no pueden existir perjuicios ni confianza defraudada que pudieran obstruir la revocación (pp. 562-563).

Para Saavedra Velazco (2008) la revocación resulta ser aquel mecanismo jurídico mediante el cual se protege la voluntad del testador. Advierte, que esta voluntad ha tenido que ser libre y espontánea, no habiendo sufrido alteración alguna. Con lo cual, sostiene que el fundamento jurídico de esta revocabilidad puede ser graficada en la máxima latina *ambulatoria est voluntatis hominis usque ad vitae supremum exitum* y tiene como fin último el asegurar la absoluta libertad en la disposición de bienes por parte del testador (p. 220).

Por su parte, Pelegrino Toraño (2022), precisa que la revocación testamentaria es aquel derecho que tiene el testador, en correspondencia con su voluntad revocatoria de eliminar la eficacia de anteriores disposiciones de última voluntad. Además, establece que el fundamento de la revocación como causal de ineficacia testamentaria se cimienta en la propia naturaleza de doble carácter de perfección del negocio testamentario, pues, aunque este es un acto perfecto para quien lo otorgó, carece de total relevancia, *ante mortem*, frente a terceros. Con lo cual, estaría justificado que el autor pueda revocar en todo momento las disposiciones testamentarias. Si esto no fuera así, el testamento no sería un verdadero acto de última voluntad (pp. 220-222).

##### 5. CONTENIDO DEL TESTAMENTO

Según refiere el Código civil peruano, por el testamento una persona tiene la posibilidad de disponer de sus bienes (total o parcialmente) para después de su muerte

(artículo 686). Además, deja claro que su contenido no está limitado a ordenar cuestiones patrimoniales, pudiendo ocuparse también sobre disposiciones de carácter no patrimonial. Sobre estas últimas podemos mencionar aquellas que versen sobre: el reconocimiento un de hijo extramatrimonial, el reconocimiento de deudas, o de la comisión de un delito, designación de tutores, disposiciones acerca del destino del cadáver, entierros, funerales del testador, entre otras.

Como lo ha señalado Albaladejo García (2004) existen dentro del testamento dos contenidos posibles:

Uno que se puede llamar típico en cuanto que es el normal y el que básicamente aspira a recoger el testamento, y que consiste en lo que el testador establece para regular el destino de sus bienes cuando muera; y otro, atípico, compuesto por aquel conjunto de disposiciones que caben en el testamento y que se encaminan a regular para después de la muerte cuestiones no patrimoniales, como nombrar personas para cargos tutelares, reconocer un hijo, ordenar funerales y enterramiento, etc., de las cuales la ley exige para algunas que se hagan en testamento y otras que se pueden hacerse en éste o también de otros modos (p. 237).

A propósito de la problemática abordada en este trabajo, se estudiará únicamente las implicancias de incluir en el testamento una disposición no patrimonial destinada a reconocer la filiación.

### **III. EL RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN**

Varsi Rospigliosi (2003) precisa que el reconocimiento es un “acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad el vínculo entre padre e hijo” (p. 733). Con parecido sentido, señala Mendez Costa (1984) que “el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo” (p. 67). Por su parte, Gatti (1953) establece que el reconocimiento “es el acto jurídico que contiene la declaración de paternidad o maternidad y que a su vez atribuye legalmente el estatus de hijo natural” (p. 53). Con estas definiciones, se puede concluir que el reconocimiento es un acto jurídico voluntario por parte de quien expresa su manifestación de voluntad para establecer una relación filial con el reconocido.

El Código civil peruano contempla lo relacionado con esta materia en su Libro III (Derecho de familia) de la Sección tercera (Sociedad paterno- filial) del Título II (Filiación extramatrimonial) del Capítulo primero (Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales), en los artículos del 386 al 401 del cuerpo normativo.

En el artículo 388 del Código civil peruano se establece que el hijo extramatrimonial podrá ser reconocido por el padre y la madre de manera conjunta o solo por uno de ellos. Además, este reconocimiento puede realizarse en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento (artículo 390). Y que como acto no admite modalidad y es irrevocable (artículo 395). Cabe precisar que, una vez realizado el reconocimiento de filiación, se generan un conjunto de derechos y obligaciones entre el reconocido y el padre que declaró su reconocimiento, tales como la patria potestad, y todos sus atributos, la obligación de prestar alimentos y el derecho de recibirlos, el deber asistencial y de cuidado entre los sujetos cuya filiación se genera

(funciones de protección), derechos sucesorios, el derecho a la identidad expresado en el derecho a llevar los apellidos que correspondan, entre otros (Moslo, 2014, p. 15).

### 1. PARTICULARIDADES DEL RECONOCIMIENTO

En concordancia con lo establecido por la doctrina mayoritaria, tal y como lo ha precisado Domínguez Guillén (2006), se le atribuye al reconocimiento, el ser un acto declarativo de filiación, personalísimo, libre, irrevocable, solemne, puro y simple, unilateral, impugnabile, exclusivo de la filiación extramatrimonial y con efectos *erga omnes* (p. 31).

**Tabla 3**

*Caracteres del acto de reconocimiento*

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| <b>Declarativo de filiación</b> | Constituye en esencia una declaración de voluntad cuyo objeto es el establecimiento de la filiación extramatrimonial.   |
| <b>Personalísimo</b>            | El establecimiento voluntario del vínculo filiatorio solo atañe al sujeto que reconoce.   |
| <b>Libre</b>                    | Acto espontáneo, parte de la liberalidad del sujeto.  |
| <b>Irrevocable</b>              | Una vez realizado, no es posible retractarse. La nulidad que atañe al instrumento que lo contiene no afecta su contenido.   |
| <b>Solemne</b>                  | Debe efectuarse bajo las formas previstas por ley.  |
| <b>Puro y simple</b>            | El reconocimiento no puede estar sometido a carga o condición.  |
| <b>Unilateral</b>               | Deriva exclusivamente de la voluntad de quien lo efectúa.   |
| <b>Impugnabile</b>              | Puede ser impugnado por quien tenga legítimo interés.   |
| <b>Exclusivo de filiación</b>   | El reconocimiento es una figura exclusiva de la filiación extramatrimonial. Este acto necesariamente convoca a un hijo extramatrimonial producto de una relación de progenitores no unidos en matrimonio. |
| <b>Erga Omnes</b>               | El reconocimiento produce efectos frente a todos y vale contra cualquiera.  |

*Nota.* Elaboración propia, con información recopilada de Domínguez Guillén (2006, pp. 31- 48).

Con objeto de la problemática abordada se buscará explicar con mayor precisión el carácter de irrevocabilidad del acto de reconocimiento. Al respecto, indica Varsi Rospigliosi, que esta característica se fundamenta en la estabilidad jurídica de las relaciones familiares. De forma que quien consiente no puede luego desdecirse o retractarse de su declaración (2011, p. 234).

Por su parte, Pinella Vega (2014), señala que esta característica es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es su presupuesto. En este sentido, advierte que quien lo practica no puede de manera posterior, por su voluntad, dejarlo sin efecto, sin perjuicio de las acciones de impugnación e invalidez (p. 24).

Para Tuesta Vásquez (2015), la irrevocabilidad del reconocimiento es una de las características más importantes del acto de reconocimiento. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta no se opone a la nulidad de la declaración de voluntad, puesto que el padre bien puede solicitar esta nulidad acreditando que en su declaración de reconocimiento hubo error, dolo o violencia. Por lo cual, la autora concluye afirmando que mientras que el reconocimiento de un hijo natural emane de una persona capaz, sea libre y sincero, será irrevocable (p. 34).

De igual forma, Ramírez Izaguirre (2015), considera que este carácter del reconocimiento tiene por finalidad que el sujeto que decide reconocer a un hijo extramatrimonial se vea imposibilitado de pretender la ineficacia funcional sobreviniente del reconocimiento, es decir, que no pueda pretender eliminar los efectos que dieron origen a la situación jurídica de padre e hijo que ostentan (p. 4).

## 2. JUSTIFICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

El acto de reconocimiento de filiación encuentra su fundamento, en el artículo 2 de la Constitución política del Perú. El cual reconoce como uno de los Derechos fundamentales de la persona, el derecho a la identidad.

Según Fernández Sessarego (2010), este derecho, abarca el conjunto de atributos que permiten distinguir a una persona de otra. Es pues, el derecho a ser uno mismo y no otro. En consiguiente, afirma que cada persona tiene derecho a su identidad, es decir a exigir que se respete su verdad personal, reconociéndola como ella misma es, sin alteraciones o desfiguraciones. Por tanto, obliga a que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad de otra persona, atribuyéndole calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios, ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, pensamientos o actitudes (p. 19).

A su vez, la Constitución peruana de 1993 consolida la igualdad de todos los hijos ante la ley, proscribiendo toda mención sobre el estado civil de los padres, sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad (artículo 6). Con lo cual, se entiende que la legislación constitucional peruana reconoce y promueve sin distinciones la acción de reconocimiento de filiación.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho del niño a preservar la identidad en sus relaciones familiares. Esto trae consigo, el deber de los Estados de garantizar la conformidad de los datos genealógicos del menor, así como su historia y lazos parentales. En esta línea, Plácido (2008) advierte que, si se busca garantizar tal cometido, es menester promover la

determinación de la filiación a partir del principio de igualdad en la responsabilidad paterna. Ya sea que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio.

Para Gandulfo (2007) la justificación del reconocimiento viene dado por la constitución del vínculo jurídico filial, el cual abre la puerta a un cierto haz de derechos, obligaciones y deberes filiales. Con lo cual, importa, de tal modo, una mayor protección para los individuos involucrados en este tipo de relaciones, especialmente de aquellos que son la parte más débil de la relación, los niños. Por tanto, la filiación jurídica es una figura que se entiende que la ley debe favorecer. Puesto que, como lo entiende el autor, el admitir formalmente la progenitura biológica respecto de alguien, no es un acto que dé igual. Sino que es una relación más compleja, ya que, en ella, se encuentra contenidas cuestiones más que patrimoniales, habiendo en realidad, una plasmación de ese haz de derechos y deberes filiales que imponen a los padres una fuerte carga para asumir respecto de sus hijos jurídicos (p. 203).

Con similar postura, Villagra García y Fernández Martínez (2022), sostienen que el acto de establecer la filiación es de suma importancia dado que en esta institución se fundan las relaciones familiares, se establecen derechos y obligaciones de la potestad parental, los órdenes sucesorios, el derecho de alimentos y la nacionalidad. Estos autores indican que, es justo por esa importancia que reviste la filiación, que las normas que reglamentan sus efectos son de orden público, no susceptibles de ser modificadas por las partes (p. 52).

Con lo precisado anteriormente, se concluye que el reconocimiento no es un acto de mera liberalidad por parte de quien reconoce. Sino que comporta un acto de vital trascendencia, puesto que, constituye un conjunto de consecuencias jurídicas orientadas a reconocer un vínculo jurídico entre los miembros de una familia. Y como consecuencia de este vínculo se instaura un sinfín de derechos y deberes familiares de

orden público. Los cuales, debido al marco normativo nacional e internacional orientado a la protección de la célula más importante de la sociedad, la familia, deben y tienen que ser protegidos.

#### ***IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA***

“Mariano Maticorena Irme es un ciudadano peruano de 48 años, tiene una salud envidiable y es muy feliz, aunque siempre ronda por su mente uno de sus mayores miedos, su muerte. Por esto, cierto día, obedeciendo a su carácter de control excesivo, decide realizar un testamento y disponer de todos sus bienes. Además de incluir disposiciones patrimoniales, redacta una disposición extrapatrimonial mediante la cual establece un reconocimiento a favor de Renato, un joven que conoció años atrás y que por lo que sabía podría ser su hijo, no tenía certeza sobre este dato, pero pensó que sería mejor cerrar toda posibilidad. Una vez expresada su última voluntad decide irse de viaje a la India. Durante esos 8 meses que estuvo en un retiro espiritual, cambió totalmente su forma de ver las cosas y su relación con su miedo más grande, su muerte, desapareció. Por esto regresa a Perú y quiere revocar su testamento en su integridad, tanto las cláusulas patrimoniales como la extrapatrimonial donde reconocía a Renato”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Caso ficticio planteado por la autora con fines didácticos, el cual pretende evidenciar la aplicación práctica de la problemática analizada.

Con referencia al caso y considerando la problemática abordada conviene plantearse las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las consecuencias de incluir una cláusula de reconocimiento de filiación en el acto testamentario?, ¿podría Mariano revocar la cláusula testamentaria por la cual hace reconocimiento de la filiación hacia Renato, entendiendo que forma parte de un acto esencialmente revocable como lo es el testamento?, ¿cuándo debería surtir efectos la cláusula de filiación hacia Renato?, ¿con la sola constitución en el acto testamentario o tras la muerte de Mariano?

Como primer punto se sostiene que el reconocimiento de filiación que Mariano decide incluir en su testamento fue producto de un acto libre y voluntario, mediante el cual no hubo ningún vicio que permita afirmar que la voluntad de Mariano al querer reconocer a Renato fuera producto de error, violencia o amenaza. Por tanto, se comprueba que Mariano sabía la importancia que revestía este acto, y que además en caso de que falleciera, este reconocimiento, sería efectivo.

Cuando Mariano decide revocar el testamento en su integridad, surgen los cuestionamientos. No se niega que el testamento, es un acto de última voluntad y es esencialmente revocable. Por tanto, le permite al testador, dejar sin efectos las cláusulas testamentarias que considere convenientes en el momento en que así lo crea necesario, esta posibilidad encuentra sustento en la protección de la última voluntad del predisponente.

No obstante, se debe tener en cuenta que las cláusulas patrimoniales que se instituyen en el testamento no revisten la misma naturaleza que la cláusula mediante la cual Mariano hizo reconocimiento de filiación hacia Renato. Puesto que, las primeras obedecen a cuestiones de disposición material sobre los bienes del testador, mientras que la segunda constituye una institución que va más allá del orden personal del predisponente.

En este sentido, no se debe olvidar lo señalado por la doctrina en cuanto a la importancia de la irrevocabilidad del reconocimiento, dado que el admitir formalmente la filiación respecto de alguien no es un acto que dé igual, sino que es una relación mucho más compleja, la cual trae consigo obligaciones y derechos más allá de lo referido únicamente al ámbito patrimonial, habiendo en realidad una plasmación de ese conjunto de deberes filiales que se imponen a los padres respecto a sus hijos jurídicos.

En consecuencia, frente a la pregunta de si Mariano puede o no, revocar la cláusula donde hace reconocimiento de filiación por encontrarse contenida en un acto esencialmente revocable. Se concluye que no puede hacerlo, dado que este reconocimiento mantiene su propia naturaleza, independientemente de estar contenida en un acto de última voluntad y que a su vez sea en esencia revocable. Por tanto, es razonable sostener que desde el momento en el que Mariano decide incluir una cláusula de reconocimiento en su testamento, deja de haber un solo acto (el testamentario), encontrándose ahora, dos actos (el acto de reconocimiento y el testamento), contenidos en un solo documento, que será el mecanismo elegido por Mariano para extrapolar su voluntad *mortis causa*.

Esta distinción parte por entender lo siguiente: que al ser el estado de filiación una de las cuestiones más importantes con relación al lugar que ocupa una persona dentro de una familia, como célula vital de la sociedad, es irracional que el legislador haya dejado su constitución al mero arbitrio y voluntariedad del testador<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre este especial cuidado que tiene el Legislador peruano en cuanto a la constitución del estado de filiación podría encontrarse, por ejemplo, en los plazos excesivamente cortos y diversos requisitos que se han establecido en el Código civil en caso de que una vez constituido el estado de filiación se busque impugnar la paternidad (artículo 400).

Sobre este tema, se dispuso en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil de 1984 que la razón de su planteamiento obedece a “lograr la consolidación del estado de familia de[l] que se goza, en función de un imperativo de estabilidad”. En consecuencia, se desprende que el legislador cuida de tal modo el estado de filiación y su constitución que no permite que esta se mantenga en constante incertidumbre, lo mismo que encuentra sustento constitucional en el artículo 4 de la Constitución política del Perú, el cual consagra la protección y defensa de la familia como célula vital de la sociedad. Así como, en el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prevé que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

Por las razones antes mencionadas, queda claro que el testamento es un acto esencialmente revocable, pero no podrá serlo en todo su contenido. No obstante, cabe hacer una precisión, en el caso de que Mariano haya reconocido mediante un testamento ológrafo, y decida revocar en su integridad el documento. Se sostiene que, pudiendo ser el testamento ológrafo cualquier tipo de documento mediante el cual el testador plasme su última voluntad y que por lo general se encuentra bajo su propia guarda. Resulta muy fácil que obedeciendo a su propia liberalidad decida deshacerse del mismo. Sin embargo, se precisa que en este escenario no existe una revocación. Dado que, para hablar de revocación en sentido estricto, en principio es necesario que exista en el mundo jurídico y en este caso (a menos que haya sido conocido por Renato) solo quedaría en la esfera privada del predisponente. En consecuencia, si bien este supuesto obedece a un cambio de voluntad por parte del predisponente, no es susceptible de configurar una revocación en sentido jurídico.

Una vez delimitado este aspecto, se pretende abordar lo referido a la pregunta acerca de cuándo debería surtir efectos el reconocimiento de filiación contenido en el acto testamentario.

Sobre este tema distintos autores sostienen que la cláusula de reconocimiento de filiación debería surtir efectos con su sola constitución en el acto testamentario (de manera inmediata), puesto que el supeditar su eficacia hasta la muerte del causante significaría someterla a una modalidad del acto jurídico<sup>4</sup>, lo cual es manifiestamente contrario a la misma naturaleza del reconocimiento de filiación.

En el contexto legal peruano esta postura parecería ser la adecuada considerando que el artículo 395 del Código civil establece la prohibición de supeditar el reconocimiento de filiación a una modalidad. No obstante, de ser aplicable podrían generarse inconvenientes en los siguientes aspectos:

---

<sup>4</sup> Algunos postulados se encuentran en Beltrán de Heredia (1965) quien señala que el reconocimiento es un negocio de Derecho de familia que no puede someterse a término ni condición. Este autor entiende que tratándose el reconocimiento de filiación de un acto peculiar del Derecho de familia resulta lógico que sea incompatible con la eficacia *post mortem* característica de las disposiciones testamentarias. Por su parte, Cicu (1959) advierte que de no entenderse que la cláusula de reconocimiento de filiación surte efectos inmediatos, supondría supeditar su efectividad a un término o condición suspensiva, la cual vendría dada por la muerte del testador, situación que indudablemente resulta inconcebible en las relaciones jurídicas familiares. Quicios Molina (1999) entiende que, aunque el reconocimiento se contenga formalmente en un testamento no es materialmente contenido testamentario y la eficacia *post mortem* deriva del contenido y no de la forma testamentaria. Lacruz Berdejo (2010) establece que quien ha reconocido en un documento cumpliendo con todas sus formalidades y condiciones legales es porque quiere y busca que se produzcan los efectos correspondientes a la relación paternofamiliar. Finalmente, Ammerman Yebra y García Goldar (2017), al preguntarse sobre esta problemática, fundamentan que bajo su parecer resulta más importante reconocer y otorgar efectos inmediatos a una filiación que ya ha sido reconocida en lugar de conservar la naturaleza *mortis causa* de las disposiciones testamentarias. Puesto que sostienen que la cláusula de reconocimiento de filiación en cualquiera de sus formas, incluida la testamentaria, debe conservar sus rasgos característicos, como sucede con la irrevocabilidad, no siendo razonable que se encuentre sometida a un plazo incierto que es marcado por la muerte del testador.

1. En el ámbito sistemático, de otorgársele efectos inmediatos a la cláusula de reconocimiento se terminaría desconociendo no solo la naturaleza del testamento sino también la misma voluntad del legislador. Puesto que, si es que esta cláusula produce efectos de manera inmediata aun cuando se encuentra en un acto *mortis causa*, carecería de sentido que el legislador haya previsto en el artículo 390 del Código civil esta modalidad para reconocer un hijo extramatrimonial, bastando que se pueda realizar únicamente por registro de nacimientos o por escritura pública.
2. En el ámbito operativo, si es que se otorgase efectos inmediatos a este reconocimiento, aun cuando se encuentre contenido en el acto testamentario: ¿Cuál sería el mecanismo utilizado para dar aviso al reconocido?, ¿el notario tendría facultades para notificar este reconocimiento en caso se haya otorgado en un testamento por escritura pública?, ¿no violaría acaso el secreto profesional? Estas preguntas resultan relevantes y más aún cuando en el Perú no se prevé actualmente un plan de operaciones frente a esta posibilidad.
3. En el ámbito sobre la seguridad de las relaciones familiares, se considera que si el predisponente ha elegido el testamento (como acto *mortis causa*), es porque probablemente su situación familiar le impida reconocer a su hijo extramatrimonial si es que no es de manera secreta y que *prima facie* no tendrá repercusión social hasta su muerte. Por tanto, de concederle efectos inmediatos aun cuando se encuentre contenido en un acto de última voluntad, terminaría desincentivando el uso de este instrumento, el cual durante muchos años ha posibilitado que los hijos reconocidos mediante acto *mortis causa* gocen de un conjunto de derechos respecto del causante.

Hasta cierto punto las razones referidas sirven para cuestionar la inmediatez de los efectos de la cláusula de reconocimiento de filiación contenida en un acto de última voluntad, sin embargo, no parecen solucionar la imposibilidad de someter el acto de filiación a una modalidad.

En virtud de la limitación de estas razones, conviene formular un enfoque complementario. Este parte por afirmar que la prohibición establecida en el artículo 395 del Código civil peruano se refiere únicamente a aquellos elementos accidentales que por liberalidad de las partes se incluyen en determinado acto jurídico y que inciden en el despliegue de sus efectos jurídicos<sup>5</sup>. En este sentido, se sostiene que la *ratio legis* de esta prohibición es evitar que un acto tan importante como el acto de filiación se someta a eventos que dependan del mero arbitrio del predisponente.

Por tanto, se afirma que la muerte del testador como requisito del acto testamentario no es de ninguna forma una modalidad en el sentido que pretende prohibir el legislador, puesto que las modalidades del acto en tanto elementos accidentales o accesorios son incorporados por las partes y una vez añadidos limitan la eficacia del acto. Esta situación no se advierte en el caso de la eficacia del testamento, puesto que tal y como se establece en el artículo 686 del Código civil es el propio legislador quien señala que el testamento tendrá efectos después de la muerte del testador, dejando en claro que este requisito no depende de la voluntariedad de las partes, sino que deviene de la misma naturaleza del acto testamentario, siendo así no un elemento accidental del acto sino un elemento esencial del mismo.

---

<sup>5</sup> Cfr. Torres Vásquez (2018) quien sostiene que a las modalidades del acto jurídico se les denomina elementos accidentales dado que pueden existir o no, puesto que su existencia depende de la voluntad de las partes. Siendo que la condición y el plazo son elementos accesorios o accidentales en cuanto que resultan extraños a la misma estructura del acto jurídico pero que una vez incorporados por las partes dejan de ser ajenos a este acto y devienen en elementos que tienen una importancia análoga a los elementos esenciales del acto jurídico, dado que de ellos dependerá la eficacia del acto (p. 797).

Consecuentemente, no sería razonable identificarla con una modalidad impuesta por las partes, puesto que en realidad supone una *condictio iuris* del acto jurídico.

En este sentido, se parte del planteamiento establecido por Albaladejo García (1993) quien refiere que cuando la eficacia de un negocio se hace depender de un acontecimiento incierto que procede de la misma naturaleza del negocio o es dispuesta por el ordenamiento jurídico, supone estar frente a una *condictio iuris*, una condición de Derecho. Concepto que para algunos autores significa estar ante un requisito exigido por la ley pero que para este autor configura un requisito legal de eficacia. Además, el autor refiere que la *condictio iuris* no participa de la misma naturaleza de la *condictio facti*, (condición impuesta por las partes) es decir que ambas no son condiciones, solamente lo es la segunda. Puesto que, la única coincidencia que comparten viene dada por constituirse como requisitos de eficacia del negocio. Por tanto, admite que la *condictio iuris* podría consistir incluso en un acontecimiento futuro que no fuese incierto, con tal que de este dependa la eficacia del acto (p. 257).

Este parecer permite fundamentar la postura adoptada en este artículo, puesto que se considera que la muerte del testador viene a ser una *condictio iuris* del acto testamentario, obedeciendo por tanto no a la liberalidad y mero arbitrio de las partes - supuesto que el legislador busca evitar- sino a la voluntad jurídica del legislador. En consecuencia, este argumento termina siendo determinante para sostener que los efectos de la cláusula de reconocimiento de filiación contenida en un acto testamentario -aunque tenga una naturaleza propia-, se encuentran supeditados a la muerte del testador, no como una modalidad del acto jurídico sino como parte esencial del instrumento elegido por el predisponente para manifestar su voluntad de establecer la filiación.

Teniendo esto en claro, se concluye que el contenido testamentario independientemente de la naturaleza que revista, deberá respetar los propios límites de la esencia de este acto *mortis causa*, puesto que en la medida en que se reconozcan estas particularidades, se podrá asegurar su correcto funcionamiento.

## V. CONCLUSIONES

La filiación y la sucesión testamentaria son dos aspectos del Derecho civil íntimamente conexos, por tanto, se deben estudiar atendiendo la naturaleza y particularidades propias de cada institución.

Las cláusulas patrimoniales como la que hace reconocimiento de filiación son susceptibles de ser incorporadas al acto testamentario. No obstante, ambas revisten caracteres distintos. Las primeras, obedecen a disponer cuestiones sobre los bienes del causante. La segunda, obedece a conformar una institución que va más allá del orden personal del predisponente.

La cláusula de reconocimiento, independientemente del acto en el que se encuentre, mantiene su naturaleza. Consecuentemente, será irrevocable y sus efectos no podrán someterse a modalidad alguna. De modo que, una vez que el predisponente de manera libre y voluntaria declare el reconocimiento de filiación, queda sujeto a los efectos que trae consigo.

El reconocimiento contenido en un acto testamentario deberá tener efectos *post mortem*, esta es una característica que comparte la cláusula de filiación con el resto del contenido testamentario. No obstante, la muerte del causante no debe entenderse como una modalidad a la que se debe someter el acto de filiación, sino como un carácter esencial del instrumento *mortis causa* que el predisponente ha elegido para externalizar su voluntad.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo García, M. (1993). *El negocio jurídico*. Editorial Bosch.
- Albaladejo García, M. (2004). *Curso de Derecho civil. IV Derecho de Familia*. Editorial Edisofer.
- Álvarez Caperochipi, J. (2018). *Derecho de sucesiones*. Instituto Pacífico.
- Ammerman Yebra, J. y García Goldar, M. (2017). Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos. *Revista de Derecho Civil*, (1), pp. 77-124. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/239>
- Beltrán de Heredia Castaño, J. (1965). El reconocimiento de hijo natural en testamento. *Revista de Derecho privado*. (XLIX). pp. 183-202.
- Castán Tobeñas, J. (1989). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI. Editorial Reus.
- Cicu, A. (1959). El testamento. Traducción del italiano y notas al Derecho español por Manuel Fairén Martínez. *Revista de Derecho privado*. p. 19.
- De Buen, D. (1923). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II. Editorial Reus.
- Domínguez Guillén, M. (2006). El reconocimiento voluntario de filiación. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. (23). pp. 27-68. Disponible en: <https://bit.ly/3CY1KGb>
- Fernández Hierro, J. (1998). Concepto y naturaleza de testamento. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 46(1), pp. 143-162. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2269360>
- Fernández Sessarego, C. (2010). Derecho a la vida, la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. *Curso de actualización. Nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales del Derecho constitucional. Análisis Casuísticos*. Recuperado de: <https://bit.ly/3D0a9Jh>

- Gandulfo, E. (2007). Reconocimiento de paternidad tópicos y cuestiones civiles. *Revista Chilena de Derecho*. 34(2). pp. 201-250. Recuperado a partir de: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v34n2/art02.pdf>
- Gatti, H. (1953). Modalidad de la voluntad testamentaria. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 4(4), pp. 849-1000. Recuperado a partir de: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd>
- Gómez Taboada, J. (2011). *Derecho de Sucesiones*. Jurista Editores.
- Jordano Barea, J. (1999). *El testamento y su interpretación*. Editorial Comares.
- Josserand, L. (1952). *Derecho civil*. Tomo III. Ediciones Jurídicas.
- Lacruz Berdejo, J. (2010). *Elementos de Derecho civil*. Tomo IV. Editorial Dykinson.
- Luca de Tena, G. (1990). La interpretación de testamentos. En Trazegnies Granda, Rodríguez Iturri, Cárdenas Quiros, Garibaldi F. (Eds.), *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Méndez Costa, M. (1984). *Filiación extramatrimonial. Derecho de Familia*. Tomo II (pp. 59-109). Editorial Rubinzal y Culzoni Editores.
- Moslo, M. (2014). *Derecho a la identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 00550- 2008-PA/TC*. [Tesis de pregrado]. Universidad de Piura.
- Plácido A. (2008). La evidencia biológica y la presunción de la paternidad matrimonial. El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. *Actualidad Jurídica*. (181). pp. 47-60. Recuperado a partir de: <https://bit.ly/4ghsYpO>
- Pelegriño Toraño, L. (2022). La revocación de las disposiciones testamentarias. Un análisis comparativo del derecho peruano y el derecho cubano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 14(18), pp. 215-253. Recuperado a partir de: <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/629/890>

- Pinella Vega, V. *El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial* [Tesis para optar el título de abogado]. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Puig Peña, F. (1954). *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo V. Fábula Libros.
- Quicios Molina, S. *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*. [Tesis para obtener el grado de Doctor] Universidad Autónoma de Madrid.
- Ramírez Izaguirre, L. (2015). La irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial vs interés superior del menor: a propósito de la Consulta N° 132-2010- La Libertad. *Derecho y cambio social*. 12(42). pp. 1-15.
- Royo Martínez, M. (1951). *Derecho sucesorio "mortis causa"*. Editorial Edelce.
- Ruggiero, R. (1931). *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Reus. Disponible en: <https://bit.ly/4fTIVT3>
- Saavedra Velazco, R. (2008). Caracteres del negocio de última voluntad: planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas. *IUS ET VERITAS*, 18(36), pp. 216-261. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12260>
- Torres Vásquez, A. (2018). *Acto Jurídico*. Tomo VI. Jurista editores.
- Tuesta Vásquez, F. *Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial* [Tesis para obtener el título de abogado]. Universidad Autónoma del Perú.
- Valencia Carranza, E. (1990). El testamento como negocio jurídico. *Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM*. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/3/cnt/cnt1.pdf>
- Varsi Rospigliosi, E. (2003). *Características especiales del reconocimiento como acto jurídico*. *Código Civil comentado*. Tomo II. Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I. Gaceta Jurídica.

Villagra García, A. y Fernández Martínez, R. *Importancia del reconocimiento de filiación en niños de 5 a 12 años según los encargados o tutores* [Tesis para obtener el grado de abogado]. Universidad Tecnológica Intercontinental.

Por:

Carlos Andrés

Arbulú Mansilla \* \*\*

*SI EL CÓDIGO NECESITA CAMBIOS,  
HABLEMOS DE PROPIEDAD Y CONTRATOS  
DE ARRENDAMIENTO*

**Resumen**

En el marco de la conmemoración de los cuarenta años del Código Civil Peruano, el presente ensayo se analizan las instituciones jurídicas de propiedad, prescripción adquisitiva y contratos de arrendamiento en busca de demostrar la necesidad de una interpretación sistemática del mismo, evidenciando la necesidad de ciertas reformas y enmiendas en este cuerpo normativo, proponiendo una serie de cambios en cuatro artículos.

**Abstract**

Within the framework of the commemoration of the forty years of the Peruvian Civil Code, this essay analyses the legal institutions of property, acquisitive prescription and leasing contracts to demonstrate the need for a systematic interpretation of the code, evidencing the need for certain reforms and amendments in this body of law, proposing a series of changes in four articles.

**Palabras clave:** Derecho Civil Patrimonial, transferencia de propiedad, contrato de arrendamiento, inmueble.

**Keywords:** Civil Patrimonial Law, transfer of property, lease contract, real estate.

---

\* Estudiante del VIII ciclo de la facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: [carbulum@gmail.com](mailto:carbulum@gmail.com)

\*\* Este ensayo está dedicado a mis padres, quienes me han apoyado y formado. Los quiero mucho.

Recibido: 25 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

**Sumario**

**I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. III. DESARROLLO. 1. TRANSMISIÓN DE BIEN INMUEBLE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 949: “¿SI FIRMO YA ES MÍO?”. 2. PRESCRIPCIÓN CON JUSTO TÍTULO: “LO TENGO TODO Y ME HACEN ESPERAR”. 3. LA CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN VIRTUD DE LOS ARTÍCULOS 1700 Y 1704: “¿QUÉ PASA CUANDO SE VENCE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO?”. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.**

**I. INTRODUCCIÓN**

El Código Civil Peruano es el conjunto normativo más importante del Derecho Privado peruano, tanto por su relevancia y uso en prácticamente todas las ramas del sistema jurídico<sup>1</sup>, como por la gran cantidad de instituciones, muchas de ellas fundamentales, que regula. Este año se cumplen cuarenta años de su publicación, año en el que no solamente se conmemora el tiempo por el que ha transcurrido la vigencia de este, sino que se solemniza su gran aporte al Derecho Civil Comparado y, sobre todo, a la doctrina que del código surge.

Habiendo dejado claro la importancia del Código, también debemos tener en cuenta que existen muchos debates alrededor de este. Estas discusiones doctrinales han revelado ciertos inconvenientes que tienen determinadas regulaciones, tanto problemas originarios, como aquellos que surgen de inadecuadas o apresuradas reformas que se han ido dando a lo largo de estos años. Dichas observaciones deben ser siempre materia de análisis del legislador peruano, no sin antes advertir que las propuestas de reformas y enmiendas que se den doctrinalmente deben atender

---

<sup>1</sup> Lo mencionado se indica en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984: “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

siempre a una interpretación sistemática del Código Civil, para evitar posteriores vacíos y/o problemas en la utilización de ciertas normas que buscan el correcto funcionamiento del ordenamiento y la protección de determinados derechos.

El objetivo principal del presente ensayo es, en el marco de esta conmemoración, dejar claro que es necesario hacer una serie de reformas y enmiendas a nuestro Código Civil, debido a que, a lo largo de estos cuarenta años, la doctrina y jurisprudencia, que ha desarrollado este conjunto normativo, ha dejado en evidencia una serie de deficiencias que pueden ser corregidas. Para conseguirlo, se podrá observar a lo largo de este texto tres figuras del Derecho Civil Patrimonial que son muy usadas en nuestro sistema jurídico y que necesitan una serie de reformulaciones.

Es de común conocimiento que el Derecho Privado es aquel conjunto de instituciones y normas encausadas a la defensa de los intereses de la persona, fundadas en la persona, así como en su libertad personal y su dignidad humana, reconociendo que la persona tiene poder económico. Por tanto, se defienden los intereses patrimoniales, al tener esta índole económica. Esta rama del Derecho puede dividirse en Derecho Civil Patrimonial y Derecho Civil No Patrimonial. Para fines del presente escrito nos detendremos a explicar brevemente el Derecho Civil Patrimonial, que tiene por objeto de estudio los intereses económicos de la persona, aquella relación jurídico patrimonial que vincula a dos o más sujetos con un objeto en un contexto económico. A su vez, la relación jurídico patrimonial se puede dividir en dos ramas: una estática, Derechos Reales, y otra dinámica, Derecho de Obligaciones. La primera rama mencionada explica cómo están atribuidos los bienes escasos a las personas, debiendo tener en cuenta que no llegan a constituir negocios jurídicos, sino actos jurídicos de atribución. En cambio, la segunda está referida a las obligaciones, al intercambio de las cosas. Ambos sectores están profundamente vinculados, son

recíprocos, pues, para llegar a tener el derecho de propiedad, muchas veces se requiere de la vertiente dinámica. Por tanto, cabe resaltar que el sector estático no se entiende sin el dinámico, ni viceversa.

## **II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Habiendo introducido el presente ensayo, buscaré, a lo largo de su desarrollo, demostrar que existe la necesidad de ciertas reformas y enmiendas en el Código Civil Peruano haciendo siempre una interpretación conjunta de todo el marco normativo relevante para dichas propuestas de corrección.

Para demostrar dicha tesis principal, trataré tres temas controversiales de Derecho Civil Patrimonial que funcionarán como argumentos: la transmisión de un bien inmueble en virtud del artículo 949; prescripción adquisitiva con justo título; y la conclusión del arrendamiento en virtud de los artículos 1700 y 1704. Cada uno de estos tres argumentos serán tratados de manera individual y cada uno tendrá su propia conclusión que servirá de fundamento de la tesis principal.

## **III. DESARROLLO**

### **1. TRANSMISIÓN DE BIEN INMUEBLE EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 949: “¿SI FIRMO YA ES MÍO?”**

Para iniciar con el desarrollo de este primer y sensible tema, es necesario recordar los sistemas que enmarcan la transmisión de propiedad de bien inmueble: el sistema romano, francés y alemán. El primer sistema por mencionar es el sistema romano (Díaz Tarrillo, 2023), que nos habla del título y el modo, siendo el título aquello que genera la obligación o la obligación propiamente dicha y, el modo, como aquel acto material que transfiere la propiedad. Consecuentemente, surge el sistema consensualista francés, como “una innovación sustancial respecto al Derecho romano,

lo que determinó la victoria del concepto de la voluntariedad sobre el formalismo jurídico” (Gálvez Castro, 2021, p. 121), siendo que la mera obligación, el mero consentimiento genera la transferencia de propiedad, dejando claro que el transferente solamente puede hacer uso de una acción personal. Por último, tenemos al sistema alemán, que no es muy relevante para este texto, pero que resumiremos en aquella separación de dos negocios jurídicos, uno que contiene la obligación de transferir, y otro que genera la transferencia de propiedad.

Teniendo claro dichos sistemas, podemos empezar a analizar el artículo 949 del Código Civil Peruano de 1984, que nos indica que “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

A primera vista y desde la perspectiva práctica, podríamos afirmar que nos encontramos frente a un sistema consensualista de transferencia de bien inmueble, siguiendo así el sistema francés. No obstante, hay quienes podrían afirmar que nuestro sistema siempre debe seguir el sistema romano-germánico, debido a la regulación de las obligaciones, contratos y derechos reales que sigue un enfoque romano; por lo tanto, cabría entender que este artículo funcionaría como el modo y el título vendría a ser el acto o negocio jurídico que contenga la obligación.

Por mi parte, soy de los que defiende que este artículo forma parte del sistema consensualista, verlo de otra forma sería intentar forzar la figura jurídica y, por lo tanto, un sin sentido. Sin embargo, pienso que este artículo está mal planteado y genera una gran cantidad de problemas, entre estos su interpretación. Dice Alfredo Bullard y comparto íntegramente que:

La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. (Bullard González, 2003, p. 123)

Muchos autores afirman que este sistema activa la circulación de la riqueza, beneficiando al adquirente y permitiéndole ser propietario incluso antes de cumplir, de ser el caso, la obligación a su cargo (Gálvez Castro, 2021, p. 122). Si seguimos la figura de la compraventa de un bien inmueble, esta afirmación carece de sentido cuando hay un incumplimiento por parte del acreedor; cuando hay un conflicto con otros “propietarios” que adquirieron el inmueble; en caso esta transferencia se dé frente a un propietario que no registró la compraventa y se dificulte la inscripción en registros públicos; o cuando se analiza los artículos del libro séptimo, sección segunda, título primero, capítulo cuarto en donde se hable de las obligaciones del vendedor transferente para perfeccionar dicho traslado de dominio sobre la cosa.

Desarrollando el primer inconveniente mencionado en el párrafo anterior, imaginemos que Pedro busca transferir la propiedad de un inmueble a María por un contrato de compraventa, ¿qué pasaría si María no paga la contraprestación? Si nos regimos por los libros sexto y séptimo del Código, tendríamos que afirmar que Pedro podría, en virtud que todo contrato de compraventa contiene prestaciones recíprocas (Castillo Freyre, 2020, p. 18), hacer uso de todos los medios de defensa, otorgados a este tipo de contratos, para que María cumpla; no obstante, María ya es la propietaria del bien en virtud del 949, por lo tanto, ya no se podría invocar, en busca de ejemplificar, la figura de la excepción de incumplimiento del artículo 1426 que exige la simultaneidad de las prestaciones, únicamente cabría la resolución del contrato o

el uso de alguna acción judicial para exigir el cumplimiento o resolver el contrato, dejando en evidencia la poca practicidad y la dificultad que se genera en la circulación de los bienes inmuebles, impidiendo el uso de figuras jurídicas pensadas para proteger las relaciones jurídicas obligatorias que conforman el ámbito dinámico del Derecho Civil Patrimonial.

Por otra parte, si es que nos encontramos frente a un conflicto con otros acreedores del inmueble, lo lógico sería pensar que nos regimos por el artículo 1135 del Código. Empero, el artículo 949 nos dice que basta con la obligación para convertirse en propietario, ¿por qué este artículo le da prevalencia a la inscripción y a aquellos documentos con fecha cierta anterior? La respuesta es que se deja de lado completamente el artículo 949 en busca de brindar seguridad jurídica, porque si nos enfocamos en dicho artículo, todos los acreedores podrían tener aquel derecho de propiedad frente al inmueble, porque son de buena fe (artículo 2014). Es así como evidenciamos otro problema del artículo a reformar.

Siguiendo con las críticas, el registro hace oponible frente a terceros el derecho de propiedad adquirido, pero ¿qué pasa si he adquirido un inmueble que ha pasado por varios contratos de compraventa no inscritos? Surgen muchos problemas, porque, muy aparte de la poca seguridad jurídica en el tráfico de este inmueble, no será posible plasmar en los registros dicho derecho de propiedad sin que antes todos los contratos de compraventa previos se inscriban, aumentando así la inoponibilidad de la propiedad frente a terceros y la inseguridad jurídica de dicho dominio.

Por último, es de imposible entender que, en el caso de la compraventa, la mera obligación transfiera la propiedad. En el capítulo cuarto del título que regula la compraventa como contrato típico, en precisamente en los artículos del 1549 al 1551 se establece una serie de obligaciones del vendedor para perfeccionar la transferencia

de propiedad, obligaciones que carecen de sentido si nos regimos por el sistema de transmisión de dominio que establece el artículo criticado en este argumento.

Habiendo discutido y criticado brevemente la norma materia de la propuesta de reforma, es necesario hacer alusión al Derecho Comparado, viendo en primer lugar aquel mensaje del Poder Ejecutivo Chileno al Congreso de Chile proponiendo la aprobación del Código Civil, texto que indicaba que:

La transferencia y transmisión de dominio, [...]; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. (1855)

Lo mencionado hace clara mención a un sistema romano de transferencia de propiedad, donde el título es aquel instrumento jurídico que contiene la obligación y, el modo, es la inscripción en registros.

Continuando con el derecho comparado, el artículo 686 del Código Civil Chileno de 1856, donde se indica que “se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador”. Ya hemos adelantado el sistema que rige la transferencia de propiedad en Chile, siendo la inscripción en registros aquel modo por el que se concreta la transferencia.

Por su parte, el artículo 2643 del Código Civil Italiano de 1942 expone lo siguiente: “Deberán hacerse públicos mediante transcripción: 1) contratos que

Si el Código necesita cambios, hablemos de propiedad y contratos de arrendamiento

transfieren la propiedad de bienes inmuebles; [...]” en relación con el artículo 2643 del mismo Código que dice que:

Los actos previstos en el artículo anterior no surten efecto respecto de terceros que por cualquier concepto hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de escritura transcrita o inscrita con anterioridad a la transcripción de las propias escrituras. Una vez realizada la transcripción, ninguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos frente a su autor puede surtir efecto contra quien la transcribió, aunque la compra se remonte a una fecha anterior.

El sistema italiano exige, para que la transferencia de la propiedad se concrete en su totalidad, la inscripción en registros, siendo este el modo de transferencia.

Asimismo, el artículo 656 del Código Civil Suizo de 1907 norma que:

La inscripción en el registro de la propiedad es necesaria para la adquisición de la propiedad de la tierra. Quien adquiere un edificio por ocupación, herencia, expropiación, ejecución forzosa o sentencia, se convierte en propietario de él antes de su inscripción, pero sólo puede disponer de él en el Registro de la propiedad después de cumplida esta formalidad.

Así, descubrimos también que en el ordenamiento suizo se exige la inscripción en registros como aquel modo de poder constituirse en propietario.

Habiendo observado dichos sistemas jurídicos y demostrado que el sistema de título y modo como lo proponemos es uno utilizado en otros ordenamientos, entraré

a detallar la propuesta de reforma. Este cambio en el artículo 949 consistirá en convertir el sistema consensualista en un sistema romano de título y modo, tal y como se hace (a su manera) en cada uno de los artículos de códigos civiles extranjeros mencionados, siendo que el artículo 949 del Código deberá presentar el siguiente contenido: La inscripción en registros públicos de aquel negocio o acto jurídico que transfiere la propiedad es necesaria para consolidar la transferencia del dominio del inmueble.

Esta propuesta de reforma trae consigo el fundamento que persigue a los derechos reales y que el profesor Mateo Gómez Matos repite constantemente en sus clases en la Universidad de Piura, siendo que no cabe la existencia de un derecho real si es que ese derecho no puede ser oponible, oponibilidad que el registro otorga y la mera obligación de transferir el bien, no.

Una posible contradicción a este sistema según dice Mario Castillo Freyre (2007, pp. 72-75), es el posible estancamiento de la riqueza o aquel mercado paralelo o informal que podría traer consigo esta reforma. No obstante, la primera premisa es un sin sentido, debido a que hoy muchas de las personas exigen que el vendedor tenga el fundamento registral para poder transferir el bien inmueble y nuestro propio sistema te incita a seguir este modo de transferir, incluso siendo muy peligroso adquirir un inmueble de alguien que no lo tiene inscrito a su nombre, debido al posible problema futuro de determinar quién es el verdadero propietario del bien; por otra parte, aquel mercado paralelo o informal que se puede crear con este tipo de sistema es una contradicción clara, debido a que la informalidad la propone propiamente el actual artículo 949, donde se podría transferir la propiedad de manera oral sin ningún respaldo formal de efectuada dicha transferencia.

Por último, la posibilidad de transferencia sin inscripción genera justamente este estancamiento de la riqueza y problemas por la informalidad en registros como ya hemos indicado en el párrafo anterior. Un bien inmueble, bajo el artículo cuestionado, podría ser transmitido muchas veces, con buena fe y de manera completamente legal, sin la necesidad de la inscripción en registros, pero el problema surge cuando se quiere inscribir la última transferencia. El artículo 2015 nos habla justamente del tracto sucesivo en los registros para que este derecho se pueda inscribir. En la resolución del Tribunal Registral N°. 193-2021-SUNARP-TR se define que:

El principio de tracto sucesivo obliga al registrador a verificar si quien efectúa el acto de disposición, o de quien deriva el derecho, aparece como titular registral del derecho. Correspondiendo rechazar todo acto dispositivo que no provenga del titular inscrito.

Así, el tribunal registral deja claro que la oponibilidad que otorga registros no se puede dar en caso se transfiera la propiedad inmueble varias veces sin inscripción de cada transferencia realizada de manera sucesiva.

En conclusión, la informalidad y los problemas en la circulación de la riqueza son inconvenientes que ya se viven con este sistema. Queda claro que la propuesta de reforma es necesaria y funcional, no sin antes añadir que, para que esta reforma funcione a la perfección, antes se debe hacer una mejora en el sistema registral peruano y, siguiendo lo que dice el profesor argentino Alfredo Colmo (1961, pp. 232-234), que es imprescindible que se practique previamente una operación de catastro de todos los inmuebles de cada zona registral. Dicho debate de reforma en base al

Derecho Registral lo dejaré abierto para otro debate, dejando la base para iniciar un cambio a mejor en nuestro sistema jurídico, buscando que esa interpretación sistemática necesaria funcione mucha mejor y con artículos coherentes.

## 2. *PRESCRIPCIÓN CON JUSTO TÍTULO: “LO TENGO TODO Y ME HACEN ESPERAR”*

Sin más preámbulos, ¿qué es el justo título? El artículo 950 del Código nos habla de un "justo título" que puede tener un poseedor para poder reducir el plazo de prescripción a la mitad, pero a lo largo del código no se define con precisión lo que este título significa.

En primer lugar, remontándonos a la definición de los romanos clásicos, la *iusta causa usucapions* (el justo título) se define como:

Una situación jurídica objetiva que por sí misma justificaría la adquisición inmediata de la propiedad, pero que por la insuficiencia formal del acto de transmisión o atribución (*traditio rei Mancipi* o acto discrecional del pretor), o bien por la falta del derecho del transmitente (*adquisición a non domino*), vale solamente para iniciar la usucapión. (Arangio Ruiz, 1973, p. 235)

Por otra parte, es necesario mencionar la definición que la Casación N°. 61-2018-Lima Este trae a colación sobre lo que es el justo título, enunciándolo como aquel “acto jurídico mediante el cual se transmite la propiedad, pero por determinadas causas resulta ineficaz, lo que excluye aquellos casos en los que solamente se transmite la posesión”. Esto implica que el poseedor debe tener un documento o situación que aparenta legalidad, que, aun cuando posteriormente se descubra que

tiene defectos legales que impiden la exigencia de la obligación y la futura transmisión de la propiedad de manera efectiva, dicho título sí tiene validez para adquirir por prescripción.

Ahora bien, ¿es posible brindarle beneficios a un sujeto que tiene un título inválido y/o ineficaz que transfiere la propiedad? Desde mi perspectiva, esta afirmación, en base a las definiciones brindadas genera, una situación de vulnerabilidad del dominio del propietario de un inmueble. ¿Acaso un contrato de compraventa inválido te puede traer beneficios? No, no es un "justo" título y lo que correspondería es realizar las correcciones correspondientes de dicho título o esperar los 10 años correspondientes con los requisitos debidos para solicitar la prescripción adquisitiva siempre y cuando haya buena fe, porque si exijo la prescripción con justo título ¿hay buena fe en utilizar un título inválido y/o ineficaz para adquirir la propiedad de otro? La respuesta es no, el conocer una situación que desfavorece y utilizarla para favorecerse uno mismo es mala fe.

Siguiendo con el análisis, es cierto que la figura guarda sentido si es que vemos su vigencia desde el punto de vista histórico, ya que surge en el derecho romano; sin embargo, debemos tener en cuenta que lo histórico no siempre es lo mejor y que, en busca de proteger y regular de mejor manera las figuras jurídicas de nuestro ordenamiento, podemos dejar de lado determinados instrumentos que antes funcionaban, pero que hoy, en la práctica, no sirven o incluso generan problemas, como ocurre en el presente caso.

Vayamos a un supuesto argumento que fundamentaría la razón de este artículo: la falta de formalidad de un negocio jurídico, como lo podría ser una donación. No cabe la posibilidad que se produzca la transferencia de un bien inmueble sin que se cumpla la formalidad exigida por ley, dicho negocio jurídico es nulo; pero

con base en la interpretación que se le da al artículo 950, el beneficiado de la donación -sabiendo de las normas del Código Civil, tal y como se establece que las dichas son de común conocimiento y vinculan el actuar de las personas dentro de las instituciones que el Código regula- podría utilizar dicho “justo título” para iniciar una prescripción adquisitiva. ¿Qué pasaría si en dicho supuesto se trata de una persona mayor con hijos? Podría hacer lo mismo, incluso sin el examen médico y el visto de los herederos que corresponde en estas situaciones.

Veamos la compraventa de un bien inmueble. Dicha situación no genera inconvenientes *a priori*. Para ejemplificar de mejor manera, en una compraventa, la obligación de transferencia del inmueble se traslada a los herederos en caso de fallecimiento o, en caso de que se declare incapaz al deudor, la persona responsable de la administración de los bienes del deudor deberá transferir el inmueble utilizando el modo correspondiente que sería buscar la inscripción en registros públicos (si seguimos la reforma que en el argumento anterior proponemos). Toda esta explicación sería mucho simple bajo el sistema actual de transferencia de propiedad, donde la mera obligación te hace propietario y, por lo tanto, bastaría con el iniciar un proceso de otorgamiento de escritura pública y solucionar el inconveniente. Asimismo, si nos encontramos ya en el sistema de título y modo que proponemos para la reforma del 949, también sería cuestión de iniciar un proceso de otorgamiento de escritura pública para obtener la propiedad y, como consecuencia, no sería necesario este segundo párrafo del artículo 950.

Por último, ni siquiera el justo título para la prescripción puede ser usado como prueba de buena fe, justamente por su falta de concordancia con la normativa del Código, normativa que, como hemos dicho, vincula todo el actuar de las personas.

En consecuencia, con base en lo explicado, considero que la existencia de este segundo párrafo del artículo 950 es, hoy por hoy, innecesaria y problemática, siendo incluso una rienda suelta que los jueces utilizan y utilizarán sin el correcto enfoque, debido a que no hay un correcto enfoque de este artículo ni fundamento actual que sostenga su existencia en el sistema jurídico peruano.

Entonces, para concluir este segundo argumento, propongo enmendar el artículo 950 quitándole el segundo párrafo, quedando de la siguiente manera: La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

3. *LA CONCLUSIÓN DEL ARRENDAMIENTO EN VIRTUD DE LOS ARTÍCULOS 1700 Y 1704: “¿QUÉ PASA CUANDO SE VENCE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO?”*

Vencido el plazo o las obligaciones de un contrato, corresponde que esa relación jurídica contractual, que surge del negocio jurídico, termine. No obstante, hay una gran dificultad para determinar cuándo termina aquella relación jurídica en el contrato de arrendamiento, siendo este un contrato muy usado en nuestro sistema jurídico.

La explicación histórica y de los sistemas jurídicos que existen para la conclusión del arrendamiento está explicada en el ensayo titulado “El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento (arts. 1700 y 1704)” de Alejandro Falla Jara en la revista Themis (1989); por lo que les recomiendo revisar dicho artículo, el cual es muy interesante y cuyo enlace puede ser encontrado en la bibliografía de este trabajo. Por lo mencionado, en el presente argumento

únicamente haré la crítica a los artículos 1700 y 1704 de Código Civil Peruano y presentaré la propuesta de enmienda de dichos artículos.

Tengo que aclarar que no comparto la conclusión a la que llega Alejandro en su ensayo, mucho menos comparto la idea de ignorar la existencia de un artículo para poder utilizar el otro correctamente, dicha interpretación no corresponde a la interpretación sistemática que yo promuevo y que, siempre que no se deje de lado los diferentes tipos de interpretación, debe regir el análisis jurídico sistemático de nuestro Código.

Por otra parte, es esencial para esta parte del ensayo definir lo que es una penalidad, siendo este una sanción económica establecida sobre una relación jurídica obligacional con el fin de motivar el cumplimiento de las obligaciones por una o ambas partes. La penalidad puede ser establecida por acuerdo entre partes o mediante la ley, siendo esta última de operación automática, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario en base a los principios que rigen las relaciones jurídicas obligacionales.

Ahora bien, pasando a analizar los debatidos artículos, habría que tener claro que el arrendamiento termina cuando vence el plazo, sin que sea necesario que esto se notifique, tal y como se indica en el artículo 1699. La idea principal del artículo 1700 es que, si el arrendatario permanece en el bien, debe continuar pagando la renta como en el contrato durante el periodo en el que se encuentre en el inmueble una vez vencido el plazo, funcionando dicho monto como una penalidad exigible. Por otra parte, el artículo 1704 nos dice que, cumplido el artículo 1699 o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento y el arrendatario permanece en el bien, el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del inmueble (repetición de lo que se dice en el

1700) y a cobrar la penalidad acordada o, en caso esta no se haya pactado, una renta extra por el periodo precedente.

Teniendo esa base clara, surgen un problema: la referencia a la continuación del arrendamiento. A mi interpretación, dicha “continuación” no hace referencia a una extensión del contrato de arrendamiento, esa afirmación contradijera el propio artículo 1699 y los artículos de incumplimiento de las obligaciones recogidos en el libro VI del Código. La continuación a la que se hace referencia en dichos artículos debe ser entendida como aquella continuación del arrendatario en el uso del bien materia del contrato de arrendamiento incumplido, generando así la necesidad de pagar por el uso del bien sin el derecho de continuar con el arrendamiento, puesto que dicho vínculo ya no existe.

Habiendo adelantado la idea, debería entenderse como penalidad legal lo enmarcado en el artículo 1704, siendo que tanto 1700 como 1704 son aplicables al mismo tiempo. Respecto al pago de la renta y demás obligaciones anexas al uso del bien que fue materia del arrendamiento, se aplica el artículo 1700; y, en relación con la penalidad por el incumplimiento y los posibles daños ocasionados, se aplicaría el artículo 1704. Debo dejar claro que la penalidad incluida en el artículo 1704 sería una aplicable si es que en el negocio jurídico no se pacta algún tipo de penalidad y que la exigencia de devolución del inmueble vendría a ser un derecho irrenunciable por parte del arrendador, ya que esta devolución del bien sería justamente parte de un derecho previo que de manera directa o indirecta afecta al propietario de dicho bien.

La interpretación brindada es una basada en una interpretación sistemática del código que impide dejar de lado algún artículo relevante para el análisis y aplicación jurídica, interpretación que debe regir en nuestro ordenamiento. No obstante, para

evitar tanto debate en relación con estos mal redactados artículos, propongo los siguientes cambios a manera de reforma en dichos artículos:

En el artículo 1700 se debería indicar lo siguiente: Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, este debe cumplir las mismas estipulaciones del contrato vencido, funcionando como penalidades las obligaciones económicas que fueron establecidas, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

Asimismo, el artículo 1704 debería estar redactado de la siguiente manera: En virtud de lo indicado en el artículo 1700, una vez se haya solicitado la devolución del bien, el arrendador tiene derecho a cobrar la penalidad convenida por el incumplimiento de devolución del bien o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva.

De este modo, se solucionarían todos los inconvenientes en relación con la interpretación del arrendamiento, protegiendo este contrato tan usado y exigiendo a los arrendatarios el cumplimiento de sus obligaciones con una intensidad mayor.

#### ***IV. CONCLUSIONES***

Habiendo culminado los tres argumentos correspondientes, podemos realizar cuatro conclusiones del trabajo realizado.

En primer lugar, es necesario interpretar el sistema consensualista del artículo 949 como un sistema romano de título y modo, debido a nuestro ordenamiento civil. No obstante, sería conveniente reformar dicha norma, debiendo presentar el siguiente contenido: La inscripción en registros públicos de aquel negocio o acto jurídico que transfiere la propiedad es necesaria para consolidar la transferencia del dominio del inmueble.

Si el Código necesita cambios, hablemos de propiedad y contratos de arrendamiento

En segundo lugar, se debe enmendar el artículo 950 eliminando el segundo párrafo, debido a que su aplicación es un sinsentido, quedando de la siguiente manera: La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

En tercer lugar, corresponde realizar una interpretación sistemática de los actuales artículos 1700 y 1704 que permita utilizar ambas normas si es que no se llega a realizar la reforma de dichos artículos, siendo estos cambios los siguientes:

Artículo 1700: Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, este debe cumplir las mismas estipulaciones del contrato vencido, funcionando como penalidades las obligaciones económicas que fueron establecidas, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.

Artículo 1704: En virtud de lo indicado en el artículo 1700, una vez se haya solicitado la devolución del bien, el arrendador tiene derecho a cobrar la penalidad convenida por el incumplimiento de devolución del bien o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva.

Finalmente, como cuarta conclusión, se ha podido demostrar la tesis del presente ensayo, determinando que existe la necesidad de ciertas reformas y enmiendas en el Código Civil Peruano haciendo siempre una interpretación conjunta de todo el marco normativo relevante para dichas propuestas de corrección, de las

cuales hoy traemos tres iniciativas en el marco de estos cuarenta años del Código Civil Peruano.

Sin más que añadir, me gustaría reiterar la importancia de la doctrina en el desarrollo de estos cuarenta años del Código vigente, siendo esta la fuente del derecho que enriquece y hoy conmemora al reconocido Código Civil Peruano de 1984.

## **V. BIBLIOGRAFÍA**

Albaladejo García, M. (1993). *El Negocio Jurídico* (2. ed.). Librería Bosch.

Arangio Ruiz, V. (1973). *Instituciones de Derecho Romano*. Ediciones Depalma.

Avendaño Valdez, J. (2002). *Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad*.

Avendaño Valdez, J., y Avendaño Arana, F. (2017). *Derechos reales*. Fondo Editorial PUCP.

Bullard González, A. (2003). *Sistemas de Transferencia de Propiedad*. Palestra Editores.

Castillo Freyre, M. (2007). *Transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica*. Palestra Editores.

Castillo Freyre, M. (2017). *Derecho de las Obligaciones*. Fondo Editorial PUCP.

Castillo Freyre, M. (2020). *Contratos típicos*. Fondo Editorial PUCP.

Colmo, A. (1961). *De las obligaciones en general*. Abeledo Perrot.

Díaz, L. (2023). *Manual de derecho privado romano clásico*. Tirant lo Blanch.

Falla Jara, A. (1989). El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento (arts. 1700 y 1704). *THEMIS Revista De Derecho*, (14), 84-93. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10788>.

- Fernández Sessarego, C. (2017). “Sin filosofía no hubiera hecho nada”. Entrevista al maestro Carlos Fernández Sessarego / Entrevistado por Fort Ninamancco. LP Pasión por el Derecho. Enlace web: <https://bit.ly/4eZ2Y1a>
- Gálvez Castro, G. M. (2021). Nuevos perfiles de la transferencia de la propiedad y la seguridad jurídica. LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFÉ.
- Giambrone & Partners. Contratos de compraventa de inmuebles en Italia. Giambrone Law. Recuperado de: <https://bit.ly/4fV4uCU>
- Gonzales Barrón, G. (2002). Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Juristas Editores.
- Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil (1855). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080094>.
- Monje Mayorca, D. F. (2022). “Título y modo”: El pensamiento de Andrés Bello y el sistema traslativo de la propiedad. Revista de Derecho Privado, 43, 161-183.
- Ramírez Cruz, E. M. (2016). Prescripción adquisitiva de dominio: Los conceptos del justo título y la posesión, y la ambigüedad de la jurisprudencia nacional. Editoriales Rodhas.
- Ríos, G., y Leyva, S. (2021). Transferencia de bienes inmuebles en el Perú: Análisis a los principales efectos de su inscripción registral. IUS360. Disponible en: <https://ius360.com/transferencia-de-bienes-inmuebles-en-el-peru-analisis-a-los-principales-efectos-de-su-inscripcion-registral-gladys-rios-y-sebastian-leyva/>.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Tratado de derechos reales: Parte General*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Varsi Rospigliosi, E. (2018). *Tratado de derechos reales: posesión y propiedad*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

### 1. *NORMAS*

Italia. Decreto Real N°. 262. *Codice Civile* (16/03/1942).

Perú. Decreto Legislativo N°. 295. *Código Civil* (24/07/1984).

Suiza. Ley federal. *Schweizerische Zivilgesetzbuch* (10/12/1907).

### 2. *JURISPRUDENCIA*

Chile. Decreto con fuerza de ley N° 1. *Código Civil de la República de Chile* (14/12/1856).

Perú. Arequipa: Tribunal Registral. Resolución N°. 193-2021-SUNARP-TR (10/05/2021). Almenara Sandoval, J.; Ojeda Portugal, L. y Luna Chambi, R.

Perú. La Libertad: Corte Suprema de Justicia. Casación No. 1017-2019-La Libertad (06/11/2019). Romero Díaz; Cabello Matamala; Ampudia Herrera; Lévano Vergara y Ruidías Farfán.

Perú. Lima Este: Corte Suprema de Justicia. Casación No. 61-2018-Lima Este (11/08/2020). Pariona Pastrana; Toledo Toribio; Yaya Zumaeta; Bustamante Zegarra y Linares San Román.

Por:

Liliana Katherine Cordero  
Mendoza\*

*LA AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD EN LA  
CONTRATACIÓN CIVIL ELECTRÓNICA:  
ANÁLISIS DE SU PROBLEMÁTICA Y  
PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA SU  
INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL  
PERUANO*

**Resumen**

La autora analiza el problema de la autenticidad y la integridad en la comunicación electrónica y su incidencia en la contratación civil. Entre las alternativas de solución propuestas por el ordenamiento jurídico peruano que aborda el tratamiento de la contratación electrónica, resalta el aporte brindado por el segundo párrafo del artículo 51 del Código de Comercio, que, entendido en un sentido amplio y general, puede ser de aplicación a la contratación electrónica actual. Además, propone la incorporación de una norma similar en el articulado del Código Civil para garantizar la fiabilidad de los contratos civiles de forma libre o no formales.

**Abstract**

The author examines the issue of authenticity and integrity in electronic communication and its impact on civil contracts. Among the solutions proposed by Peruvian law regarding the treatment of electronic contracts, the contribution provided by the second paragraph of Article 51 of the Commercial Code stands out. This Article, understood in a broad and general sense, can be applied to current electronic contracts. Additionally, the author proposes incorporating a similar provision into the Peruvian Civil Code to ensure the reliability of informal civil contracts.

**Palabras clave:** autenticidad, integridad, contratación electrónica, firma electrónica, firma digital.

**Keywords:** authenticity, integrity, e-contracts, e-signatures, digital signature.

---

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: [liliana.cordero@alum.udep.edu.pe](mailto:liliana.cordero@alum.udep.edu.pe)

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

### Sumario

**I. INTRODUCCIÓN. II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: GENERALIDADES. 1. TRATAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. 2. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y MEDIOS ELECTRÓNICOS. 3. CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACION ELECTRÓNICA. 4. EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN. 5. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. A) Principio de neutralidad tecnológica. B) Principio de identidad del ordenamiento. C) Principio de equivalencia funcional. III. PROBLEMA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN. 1. EL PROBLEMA DE LA AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 2. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN. A) La firma digital. B) El aporte del segundo párrafo del artículo 51 del Código de Comercio Peruano. IV. PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

El acelerado y vertiginoso desarrollo de los medios tecnológicos es un hecho ineludible, una realidad que exige ser afrontada de forma oportuna y eficaz. Constituye uno de los mayores desafíos que plantea nuestra época a la ciencia del Derecho. En el ámbito del Derecho Civil, una de sus más importantes instituciones, el contrato, se ha visto considerablemente afectada por las nuevas tecnologías. La regulación civil se encuentra en la encrucijada de garantizar el alcance de la seguridad jurídica en la contratación civil realizada por medios electrónicos, medios que, intrínsecamente, son inseguros.

La contratación civil electrónica es, pues, el tema que nos ocupa en las siguientes líneas. Se iniciará el presente ensayo con un desarrollo breve de las generalidades de la contratación electrónica: se abordarán los principios que la rigen y su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano. Luego, se desarrollará el problema de la autenticidad e integridad en la contratación electrónica y las

alternativas de solución que podemos hallar en su propio régimen jurídico, con la inserción de ciertas precisiones respecto a su interpretación. Finalmente, se presenta una propuesta de *lege ferenda* para su incorporación en el Código Civil, que pretende dar una fiabilidad razonable a la mayoría de los contratos civiles realizados por medios electrónicos, esto es: a los contratos de forma libre o no formales.

## **II. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: GENERALIDADES**

### **1. TRATAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

A efectos de lo perseguido en este ensayo, nos enfocaremos en el tratamiento de la contratación electrónica que hace el ordenamiento peruano en el Código Civil (haciendo énfasis en la modificación realizada por la Ley 27291), en el Código de Comercio y en la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales.

### **2. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y MEDIOS ELECTRÓNICOS**

Conviene conocer, en primer lugar, el concepto de contratación electrónica. La contratación electrónica es aquella contratación que se lleva a cabo a través de medios electrónicos. Su característica esencial es que la forma en la que se manifiesta al exterior el acuerdo o acuerdos contractuales entre las partes es mediante medios electrónicos. Por lo demás, los contratos electrónicos son muy similares a los contratos tradicionales. Producirán los mismos efectos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, siempre y cuando, por supuesto, concurren los requisitos previstos para su validez (en el artículo 140 y 1352 del Código Civil), tales como: plena capacidad de ejercicio de los contratantes, existencia de consentimiento, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y, de ser el caso, la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En esta misma línea se expresa Davara (2005), que define a la contratación electrónica como “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo” (p. 198). Por su parte, Clemente (2000) sostiene que los contratos electrónicos “son aquellos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos” (p. 61). Por su parte, Moreno Navarrete (1999) señala que:

El contrato electrónico es fundamentalmente un contrato a distancia, con las siguientes particularidades: 1) Se utiliza el medio electrónico para la formación de la voluntad (la forma electrónica de consentir). 2) A través del medio electrónico permanece, en la mayoría de las ocasiones, prueba cierta del negocio, pues, en definitiva, es un contrato escrito sui generis (documento electrónico) (p. 34).

Es importante, además, que tengamos claro qué son los medios electrónicos. Estos son mecanismos o sistemas que permiten producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones a través de la emisión y flujo de electrones mediante circuitos eléctricos (anexo de la Ley 18/2011 española, de 5 de Julio de 2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia).

En el lenguaje coloquial se suele entender como medios electrónicos solamente a los dispositivos digitales, como laptops, smartphones o similares que cuenten con acceso a internet. Pero, en un sentido jurídico -y en el ámbito de la informática -, abarca más que ello.

Es necesario tener en cuenta cuáles son los tipos de medios electrónicos y saber distinguirlos. Para ello, no es útil lo expuesto por Álvarez (2022) y Medoff & Kaye (2017):

Medios electrónicos analógicos: son medios que presentan información mediante la transcripción de magnitudes físicas -como las ondas y señales- continuas en otro sistema, generando un resultado físico determinado, como una imagen, determinados sonidos, entre otros, que es proporcional al valor de dicha información. (Real Academia Española, s.f., definición 2). Se incluyen aquí la televisión, la radio, la telefonía fija, el telégrafo, etc. Estos dispositivos tienen por objetivo ser análogos a la experiencia perceptual, datos o fuente de información (Álvarez, 2022).

Medios electrónicos digitales: son medios que, a diferencia de los medios electrónicos, no transcriben magnitudes físicas, sino que las convierten, traducen en determinados parámetros numéricos de tipo binario (0-1) que son, luego, expresados en sonidos e imágenes. (Medoff & Kaye, 2017). Lo digital persigue analogar y mejorar, en relación con la optimización de la memoria y el procesamiento, los dispositivos y tecnologías analógicas ya existentes (Álvarez, 2022). Se incluyen aquí a los smartphones, internet, laptops, computadoras, etc.

Se puede afirmar, en conclusión, que el concepto de medio electrónico es un concepto bastante amplio porque abarca tanto a los medios electrónicos analógicos como a los medios electrónicos digitales.

### 3. *CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA*

Es importante, además, que conozcamos cuáles son las características más resaltantes de los contratos electrónicos. A este efecto, la propuesta de Barriuso Ruiz (2006) es muy ilustrativa. El considera, entre otras, las siguientes:

- La desmaterialización del documento electrónico.
- La esencialidad de los mensajes, ante la inexistencia de acuerdos previos o de configuraciones explícitas.
- La incorporeidad de las relaciones, al realizarse en ausencia física de las partes.
- La aparición de transferencias y flujos de datos electrónicos, en la mayoría de los casos con efectos transfronterizos.
- Las distintas fases de formación del consentimiento, con la parte de voluntad latente que encierran y el flujo informático de decisión.
- La decisión como atributo de la inteligencia, voluntad y personalidad humana.

(pp. 219-130)

La consideración de la segunda característica señalada por Barriuso será esencial para el desarrollo del planteamiento del problema jurídico objeto de este ensayo, que realizaremos más adelante.

#### 4. *EL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN*

Es bien conocido que tanto la oferta y la aceptación, al confluir, configuran el consentimiento que da lugar a la perfección de todo contrato. En caso de la contratación *tradicional*, no supone un gran problema identificar en qué momento confluyen la oferta y la aceptación y, por tanto, queda perfeccionado el contrato. Pero ¿qué sucede en la contratación electrónica?, ¿Ambas, la oferta y la aceptación deben realizarse por vía electrónica?, ¿Será que solo la oferta o solo la aceptación? No cabe duda de que es una cuestión importante precisar qué declaración contractual debe emitirse por medios electrónicos para poder afirmar que el contrato ha sido celebrado de forma electrónica.

No parece ser acertado decir que es necesario que sea la oferta la declaración contractual que debe ser manifestada por medios electrónicos, sin importar por qué medio se expresa la aceptación. Porque, si esto fuera así, podría fácilmente afirmarse, por ejemplo, que, si una persona observa en una red social publicidad sobre un auto, al dirigirse a la concesionaria de la marca de éste y comprarlo, estaría celebrando un contrato de compraventa electrónico, lo cual, evidentemente, carece de sentido.

Consideramos, aquí, de acuerdo con Moreno Navarrete (1999) que la declaración contractual que debe manifestarse por medios electrónicos para poder afirmar que nos encontramos frente a la celebración de un contrato electrónico es la aceptación. Además, podemos observar que, en esta misma línea, se expresa el artículo 1373 y el segundo párrafo del artículo 1374 del Código Civil, que contemplan:

Artículo 1373. El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Artículo 1374. [...] Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

En efecto, la declaración de voluntad que emite el destinatario de la oferta, en la cual expresa su conformidad con los términos de esta, puede, según nuestro ordenamiento jurídico, ser emitida de forma electrónica. Y cuando esto suceda, se prevé que es posible presumir que la declaración contractual ha sido recibida cuando el remitente reciba el acuse de recibo. Por tanto, cuando se produce la recepción y conocimiento de la aceptación emitida de forma electrónica, por parte del emisor de la oferta -haya sido esta manifestada de forma tradicional o electrónica- se habrá perfeccionado el contrato electrónico.

##### 5. *PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA*

Es importante, ahora, abocarnos a la exposición de los principios que rigen la contratación realizada por medios electrónicos. Si bien, sobre los mismos, existen enumeraciones más extensas en la doctrina civil y mercantil. A efectos de lo abordado en el presente ensayo, solo haremos referencia a tres de estos, teniendo como referencia lo expuesto por Zegarra (2021) e Illescas (2001):

###### *A) Principio de neutralidad tecnológica*

Bajo este principio, consideramos que la ley debe permanecer neutra en lo que corresponde a los tipos de tecnología y su desarrollo. La ley no podrá inclinarse a un tipo específico de tecnología por las cuales se puede transmitir declaraciones contractuales. Porque, de no ser así, se corre el riesgo de excluir tipos o estados de la tecnología que de hecho existen pero que el legislador no ha tenido en cuenta.

Además, porque la ley podría quedar obsoleta en un lapso muy breve de tiempo por no incluir todas las posibles tecnologías que irán apareciendo en un futuro. Por ello, las normas deberán abarcar en la misma medida y extensión, tanto las tecnologías incipientes como las tecnologías plenamente operativas a la fecha de vigencia de la ley o leyes pertinentes (Illescas, 2001).

Este principio lo podemos encontrar, en nuestro ordenamiento, en el primer párrafo del artículo 141-A del Código Civil, que a la letra dice:

Artículo 141-A. Formalidad: En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Este artículo fue incorporado por la Ley N° 27291, publicada el 24 de junio del 2000. Por tanto, podemos decir que, hasta antes de esta fecha, las manifestaciones de voluntad en materia contractual que debían realizarse mediante una formalidad solo podían ser expresadas físicamente: mediante tinta y papel. Sin embargo, actualmente, esta formalidad e incluso la firma que se requiera podrá ser expresada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Por tanto, podemos afirmar que este artículo 141-A no vincula a utilizar una determinada tecnología en la celebración de los contratos, sino que permite que puedan ser admitidas todas las tecnologías existentes y las futuras; en concreto, al mencionar: cualquier otro medio análogo (Zegarra, 2021).

*B) Principio de identidad del ordenamiento*

Este principio implica que el ordenamiento jurídico será el mismo para todas las tecnologías: existentes y futuras. Es decir, que las reglas aplicables serán las mismas (Zegarra, 2021).

Este principio lo observamos también en el artículo 141-A del Código Civil que ya hemos mencionado líneas arriba. En concreto, partiendo de este artículo, si la ley exige que determinados contratos se realicen con una formalidad específica o que requieran de firma -que tradicionalmente se expresa de forma física-, en caso de ser celebrados de forma electrónica, también requerirán de esa misma formalidad. Por supuesto, en este último caso la formalidad o firma se expresará a través de medios electrónicos (Zegarra, 2021).

Además, observamos este principio en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, que declara lo siguiente:

Artículo 1. Objeto de la ley: La presente ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

De este artículo se puede deducir la presencia del principio de identidad del ordenamiento cuando se establece que las reglas aplicables a la firma manuscrita para su validez y eficacia también podrán ser aplicadas a la firma electrónica.

Todo lo afirmado anteriormente tiene su fundamento en el postulado que establece que la electrónica es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades

de las partes contratantes y no un nuevo derecho regulador de la significación jurídica de las mismas. Por tanto, no será necesario que la reglamentación de los contratos realizados por medios electrónicos acarree un cambio sustancial en el derecho preexistente de los contratos privados tradicionales. Al contrario, solo será necesario reglar las particularidades presentes en el contrato electrónico (Illescas, 2001).

*C) Principio de equivalencia funcional*

Este principio podemos observarlo en el segundo párrafo del artículo 1, y en el artículo 2 de la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, que establecen:

Artículo 1. Objeto de la ley [...] Entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

Artículo 2. Ámbito de aplicación: La presente ley se aplica a aquellas firmas electrónicas que, puestas sobre un mensaje de datos o añadidas o asociadas lógicamente a los mismos, puedan vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos.

El principio de equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes o documentos electrónicos una regla de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad efectuadas por el mismo sujeto. Es decir, que los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración de voluntad deben producirse independientemente del

soporte -tradicional: papel o electrónico - en el que se contiene la declaración (Illescas, 2001).

En este sentido y de acuerdo con los artículos mencionados en este apartado, por este principio se afirma que el ordenamiento jurídico no exige ni más ni menos formalidades a la firma electrónica incluida en los contratos celebrados mediante las nuevas tecnologías o medios electrónicos. Sino que exige lo mismo que lo requerido a la firma realizada de forma manuscrita o *tradicional*: el mismo nivel de seguridad, deliberación, etc. En concreto, se atribuye a la firma electrónica la misma validez y eficacia jurídica de la que goza la firma realizada en formato escrito o firma manuscrita. Por supuesto, siempre y cuando la firma electrónica cumpla con todas o algunas de las funciones - autenticidad e integridad - de la firma manuscrita que requiere la ley para sus fines (Zegarra, 2021). En efecto, lo que se persigue con la firma electrónica es garantizar que determinada persona es la que interviene en la transacción, y que el documento en el que se expresa su manifestación de voluntad está íntegro y responde a su contenido (Davara, 2005).

### **III. PROBLEMA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN**

Llegados a este punto, tras haber explicado las implicancias generales de la contratación electrónica y los principios que la rigen, podemos iniciar con la exposición de uno de los principales problemas del contrato realizado por medios electrónicos.

#### **1. EL PROBLEMA DE LA AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA**

La determinación de la personalidad de cada una de las partes del contrato permite la atribución de los derechos y obligaciones que surgen de la relación

contractual entre las mismas. En esta misma línea se encuentra el artículo 1363 del Código Civil, que establece que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos que se trate de derechos y obligaciones no transmisibles. Por ello, se puede afirmar la importancia de que la identificación de las partes contratantes se haga de forma clara e indubitable.

Usualmente, la identidad de las partes contratantes se valida a través de la firma. Esta permite expresar no solo la identidad, sino también la autoría de las declaraciones de voluntad emitidas y la aceptación o conformidad de los contratantes con el contenido del contrato.

En este sentido, no cabe duda de que la firma manuscrita permite garantizar la autenticidad y la integridad de los documentos electrónicos. Por sí misma, la firma manuscrita puede cumplir ambas funciones porque es sumamente difícil y poco probable que una persona firme de la misma manera que otra. Y, en todo caso, esto siempre puede ser verificado por peritos especializados en la materia, a través de métodos que permiten demostrar la autenticidad de este tipo de firma, como el cotejo. La firma manuscrita permite afirmar que la declaración de voluntad emitida por una parte contractual le corresponde solo a ella, esto es que es auténtica, y que el contenido implícito en esa declaración de voluntad no ha sido alterado después de que se ha colocado la firma, es decir: que es íntegro.

Sin embargo, no sucede lo mismo con las declaraciones de voluntad o mensajes emitidos de forma electrónica o informática. De manera general, la información electrónica que es transmitida a través de computadoras, links, routers, nodos, redes, entre otros, generan un flujo de datos susceptibles de ser alterados e interceptados. Por ello, al estar expuestos al posible acceso, no permitido, de cualquier persona que sepa quebrar las protecciones dispuestas por la red o por cualquiera de los medios por

el que se transmite la información electrónica, el riesgo de suplantación de la personalidad del contratante, de interceptación de los mensajes electrónicos, de reproducción exacta e indefinida de estos últimos o de la alteración de mismo contrato atenta de modo directo contra la seguridad jurídica (Barriuso Ruiz, 2006).

Es importante, además, tener en cuenta que lo electrónico es intrínsecamente reproducible en los mismos términos, es decir: exactamente. Por tanto, por sí mismo un mensaje electrónico no puede garantizar, o más bien, no garantiza casi en lo absoluto su integridad y autenticidad. A diferencia de lo que sucede con la firma manuscrita, la firma electrónica será posible de ser reproducida de forma exacta.

Asimismo, precisamos, de acuerdo con Zegarra (2021), que cualquier sistema de firma electrónica que se quiera instaurar será, en principio, repudiable porque las características técnicas del mensaje informático, esto es, su aptitud para ser indefinidamente reproducido sin pérdida considerable de información hace intrínsecamente creíble la negativa del declarante de haber firmado e incluso de haber dado su declaración por medios electrónicos.

Volviendo, entonces, al artículo 2 de la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, afirmamos que el *quid* de la cuestión es que es intrínsecamente complicado asegurar la autenticidad e integridad en la contratación celebrada a través de medios electrónicos.

## 2. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

Ante esta problemática, encontramos en nuestro ordenamiento jurídico dos alternativas de solución que permiten garantizar la autenticidad e integridad en los mensajes electrónicos implicados en la contratación electrónica, estas son: la firma digital y el aporte del segundo párrafo del artículo 51 del Código de Comercio.

### A) *La firma digital*

El concepto de firma electrónica lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, este es: “cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.”

La firma electrónica puede ser cualquier símbolo transmitido por medios electrónicos, que puede emplear, a decisión del usuario, claves, passwords u otros códigos, y que permite identificar que la declaración emitida por una parte le corresponde en efecto a ella y que la obliga en los términos pactados. Por supuesto que, en los casos en que la ley exija para la celebración del contrato electrónico una formalidad determinada y una firma que cumpla las mismas funciones de las que goza la firma manuscrita, será labor de las partes demostrar que la firma electrónica que utilizarán cumple las mismas funciones que la firma manuscrita.

Por tanto, dentro de la firma electrónica, podemos incluir los siguientes tipos:

- Firma digitalizada mediante escaneo de la firma manual, pero con marcas de securización, en formato de imagen GIF, JPG, etc.
- Firma digital con Algoritmos Asimétricos: RSA, DSA, Curvas Elípticas, otros, [...], En combinación con algoritmos Hash: SHA-1, MD5, otros.
- Firma digital con Algoritmos Simétricos: DES, RC4, otros.
- Quantum: Firma con algoritmos cuánticos, etc.

- Otros: vertebrados con dispositivos incorruptibles de creación de firma y de verificación de firma, basados en el estándar ISO/IEC 7948-2. (Barriuso Ruiz, 2006, pp. 389-390).

Como la firma electrónica puede ser cualquier símbolo, por sí sola no puede garantizar la autenticidad e integridad de la declaración de voluntad emitida a través de medios electrónicos. Es decir, la firma electrónica, por sí misma, no es capaz de cumplir las mismas funciones, tal como exige la norma, de la firma manuscrita. En consecuencia, se ha previsto un tipo de firma electrónica que garantice siempre la integridad y autenticidad en la contratación: la firma digital.

La definición del tipo de firma digital a la que es menester referirnos, podemos encontrarla en el artículo 3 de la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales: “La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas a una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.”

En esta firma digital, se utiliza un criptosistema con claves asimétricas, que está basado en que cada uno de los operadores tiene dos claves, una pública que se da a conocer a todos los intervinientes en el tráfico electrónico y una privada que solo es conocida por el usuario y que debe mantener en secreto (por ello se le denomina privada) (Davara, 2005).

Se trata, además, de un sistema unidireccional porque a través del mensaje electrónico cifrado de A y a través de la clave pública de este, no es posible que B acceda a la clave privada de A. Así, gracias a la tecnología informática utilizada en este

sistema, es posible garantizar que la clave privada de cada uno de los operadores o intervinientes se mantendrá en secreto, solo conocida por uno de ellos (Davara, 2005).

Cuando el operador A quiere enviar un mensaje electrónico aplicará a este su clave privada, y el mensaje cifrado de esta forma se enviará a B, quien aplicará la clave pública de A para poder obtener el mensaje descifrado. Cuando B aplica al mensaje electrónico cifrado la clave pública de A, solo podrá obtener un mensaje inteligible si es que ha sido cifrado con la clave privada de A. Con este sistema asimétrico, no será posible que un tercero altere eficazmente el mensaje electrónico cifrado que ha sido enviado por A, porque si lo altera, cuando B aplique a dicho mensaje electrónico, la clave pública de A el mensaje será ininteligible. Este es el motivo por el cual, B tampoco podría alterar el mensaje electrónico que ha recibido de A. Todo esto implica que cuando B obtiene un mensaje inteligible, habiendo utilizado, evidentemente, la operación de descifrado con la clave pública de A puede presumir la autoría: que el mensaje ha sido, efectivamente, enviado por A, y la integridad del mensaje: que lo está recibiendo tal como ha sido enviado, sin alteraciones realizadas (Alonso Ureba y Alcover Garau, 2000).

Evidentemente, la fiabilidad de este sistema está basada en la confidencialidad de las claves de cada uno de los intervinientes. Por ello, además de realizar un uso correcto del criptosistema en el que se basa la firma digital, será fundamental mantener en secreto estas claves.

Teniendo en cuenta esto, y volviendo al artículo 3 de la Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales, podemos afirmar que cuando la ley exige una formalidad y firma que cumpla las mismas funciones que cumple la firma manuscrita, para la validez y eficacia del contrato electrónico, se refiere precisamente a este tipo de firma. Es decir, que siempre que las partes contratantes al celebrar un contrato

electrónico que requiere determinada formalidad utilicen la firma digital, garantizarán automáticamente la autenticidad e integridad de las declaraciones de voluntad emitidas para la celebración de este.

*B) El aporte del segundo párrafo del artículo 51 del Código de Comercio Peruano*

El segundo párrafo del artículo 51 del Código de Comercio establece lo siguiente:

Artículo 51. Eficacia y prueba de los contratos mercantiles [...] La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.

Si bien este artículo refiere en concreto al telégrafo, dispositivo o medio electrónico completamente obsoleto o en desuso en nuestros días, si se interpreta de forma certera (es decir, en sentido amplio, no limitando su aplicación al telégrafo), resulta sumamente útil para abordar la problemática de la contratación electrónica actual (Zegarra, 2021).

Ya hemos visto en apartados anteriores, que el repudio hecho por parte de uno de los contratantes es intrínsecamente creíble por la esencia de *lo electrónico*, que permite reproducir de forma exacta o idéntica mensajes transmitidos de forma electrónica. Sin embargo, esta norma permite afirmar que, cuando una de las partes contratantes niega o repudia haber emitido una declaración de voluntad, que, en efecto ha enviado no podrá desvincularse de ella o se le trasladará la carga de la prueba

(según cada caso en concreto y la convención realizada por las partes). Ello, por supuesto, si es que previamente ha pactado vincularse contractualmente mediante la utilización de un medio electrónico, con signos convencionales pactados de igual forma

Lo dispuesto por este artículo permite que las partes establezcan, mediante una especie de preacuerdo contractual, las condiciones jurídicas y técnicas que regirán en la contratación que realizarán de forma posterior. Este preacuerdo al que me refiero, tal como señala Barriuso Ruiz (2006), permite que las partes, contemplen y definan cuestiones como: la desmaterialización del documento, la autoría, la incorporeidad de los sujetos intervinientes, la autenticación, el valor probatorio, la responsabilidad por error, la protección de los datos personales y patrimoniales y el no repudio de envío y recibo de los mensajes electrónicos (p. 237).

Este preacuerdo no obligará a las partes a perfeccionar el contrato, de modo posterior, a modo de un contrato preparatorio. Solo las obligará a perfeccionarlo con la presencia de los elementos que previamente han acordado.

En esta misma línea, se expresa la última parte de la Exposición de Motivos del artículo 51 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

[La] amplia libertad en la elección de la forma de los contratos que el nuevo Código consagra de manera ilimitada, dentro de los principios eternos del derecho y la moral, no envuelve igual libertad en cuanto al modo de probar la existencia de los vínculos jurídicos creados por la mera voluntad de los contratantes. En interés de estos mismos y de la más pronta y rápida ejecución de los pactos convenidos, ordena el nuevo Código, que la existencia de tales

convenciones debe constar por los medios que taxativamente tiene establecidos la legislación mercantil o la común, *sin dejar este importante punto de la economía jurídica de los particulares* (énfasis hecho por el legislador).

Vemos, entonces, que el segundo párrafo del artículo 51 permite a las partes la posibilidad de garantizar de forma mucho más sencilla la autenticidad e integridad de los mensajes que emitan de forma electrónica.

Pero ello no es todo. Esta norma, además, permite obtener una ventaja adicional para las partes que celebran contratos de forma electrónica: garantizar la fiabilidad de los contratos que celebren de forma mucho más barata: es decir por el solo pacto entre ellas. Ya no mediante el empleo de una firma digital, que como hemos visto garantiza siempre la autenticidad e integridad de los mensajes emitidos electrónicamente, pero conlleva un costo un tanto elevado.

#### ***IV. PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO***

A esta altura del desarrollo de nuestro tema, resulta patente la necesidad de incorporar una norma legal en nuestro Código Civil que expresamente permita a todas las personas que se propongan celebrar contratos (válidamente) a través de medios electrónicos, garantizar la fiabilidad de las declaraciones de voluntad que emitan por estos medios. Y hacerlo, de forma económica, ágil y eficaz: es decir, por la sola convención entre partes contratantes del medio electrónico que utilizarán y de los signos convencionales que adoptarán para la celebración del contrato.

El texto que propongo se incorpore a continuación del artículo 1374 del Código Civil, es el siguiente:

Las partes siempre responderán de las declaraciones contractuales y mensajes que hayan emitido utilizando los signos convencionales, las condiciones y el medio electrónico que previamente hayan pactado por escrito, en los términos en que lo hubiesen establecido, para la celebración de contratos realizados por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

De acuerdo con el texto propuesto, es menester precisar lo siguiente:

- Que la aplicación de esta norma se realizará únicamente a los contratos no formales, en los que la ley no exija una formalidad solemne, porque para ello el ordenamiento jurídico prevé la firma digital.
- Que las partes tendrán la opción de realizar un preacuerdo para poder garantizar la integridad y autenticidad de las futuras declaraciones de voluntad que emitan al contratar a través de medios electrónicos. Sin que este acuerdo las obligue a perfeccionar dicho acuerdo en el futuro.
- Que las partes deberán realizar este preacuerdo por escrito, a efectos de facilitar, ante la aparición de controversias, el registro de las condiciones jurídicas y técnicas que han pactado y que deberán aplicarse en el contrato que celebrarán de forma posterior.
- Que las convenciones o signos convencionales pactados por las partes funcionan de forma similar a cómo lo haría la utilización de la firma electrónica, por tanto, es responsabilidad de los contratantes mantener las convenciones pactadas - que constituyen un mecanismo de seguridad - en secreto o custodiarlas de forma diligente.

- Que el preacuerdo realizado por las partes permite que ambas asuman el riesgo de responder, en los términos en que lo hubiesen establecido, por las declaraciones de voluntad o mensajes que emitan si es que han utilizado las convenciones o signos convencionales previamente pactados.
- Que la utilización, por parte de los contratantes, permitirá trasladar la carga de la prueba a la parte que niegue haber emitido las declaraciones negociales que se le atribuyen.

## **V. CONCLUSIONES**

El estudio de la contratación electrónica civil supone abordar, de forma inevitable, el problema de la autenticidad e integridad de la comunicación electrónica en general.

Los mensajes emitidos a través de medios electrónicos tienen la particularidad de poder ser reproducidos de forma exacta e indefinida sin pérdida de información relevante, es por ello que, cualquier sistema de firma electrónica por sí solo será intrínsecamente repudiable.

Sin duda, el mecanismo relativo a la contratación contenido en el segundo párrafo del artículo 51 del Código de Comercio, entendido en un sentido amplio y general, puede ser equiparable a la contratación electrónica de nuestros días. Solo entendido de ese modo, se afirma que permite garantizar una contratación electrónica fiable y asequible, resolviendo de forma efectiva el problema de la autenticidad e integridad de la contratación realizada por medios electrónicos. Por ello, se considera relevante la reproducción similar de su contenido esencial en un artículo que sea incorporado en el Código Civil.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Ureba, A. y Alcover Garau, G. (2000). La firma electrónica. En R. Mateu de Ros y J. M. Cendoya Méndez de Vigo (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital* (pp. 175-205). Aranzadi.
- Álvarez, V. (2022). Analogías y metáforas en las señales analógicas y digitales. *Revista Márgenes: Espacio, Arte y Sociedad*, 15(1), 27-35.  
<https://doi.org/10.22370/margenes.2022.15.23.3602>
- Arias de Rincón, M.I. (2002). La formación y perfección del contrato por internet. *Revista Chilena de Derecho*, 29(23), 111-126.
- Barriuso Ruiz, C. (2006). *La Contratación Electrónica*. (3ª ed.). Dykinson.
- Bolotnikoff, P. (2004). *Informática y Responsabilidad Civil*. La Ley.
- Clemente Meoro, M. (2000). Algunas consideraciones sobre la Contratación Electrónica. *Revista de Derecho Patrimonial*, 4, 59-86.
- Davara Rodríguez, M.A. (2005). *Manual de derecho informático*. (7ª ed.). Aranzadi.
- Fernández, R. (2001). *Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet*. Pedro Brosa & Asociados.
- Illescas Ortiz, R. (2001). *Derecho de la Contratación Electrónica*. Civitas Ediciones.
- Medoff, N.J., Kaye, B.K. (2017). *Electronic Media: Then, Now, and Later* (3rd ed.).  
<https://doi.org/10.4324/9781315697031>
- Moreno Navarrete, M. (1999). *Contratos Electrónicos*. Marcial Pons.

Real academia española. (s.f.). Analógico. En *Diccionario de la lengua española*.

Recuperado en 23 de julio del 2024, de <https://dle.rae.es/anal%C3%B3gico>

Zegarra Mulánovich, A. (2021). *Notas de Contratos Mercantiles*. Universidad de Piura.

### 1. *NORMATIVA*

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo N° 295 de 1984, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Código de Comercio [CCo.]. 1 de julio de 1902 (Perú).

España. Ley 18/2011 reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 5 de julio de 2011.

Perú. Ley N° 27269 Ley de Firmas y Certificados Digitales. Diario oficial El Peruano, 28 de mayo de 2000.

Perú. Ley N° 27291 Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica. Diario oficial El Peruano, 24 de junio de 2000.

# RESEÑAS



Por:

Diego Enrique

Méndez Vásquez\*

*EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y  
SISTEMA INTERAMERICANO DE  
DERECHOS HUMANOS. ZULIMA SÁNCHEZ  
SÁNCHEZ\*\**

El procedimiento administrativo es una de las instituciones centrales del Derecho administrativo; sin embargo, creo que no se tiene claro el porqué de su importancia. Para comprenderlo haría falta, en primer lugar, determinar su correcta naturaleza jurídica y no solo su configuración legal o atributos. Así, más que estudiar el procedimiento administrativo, se estudia el debido procedimiento o el derecho a la defensa. En el Perú la situación no es distinta; más allá de un trabajo del profesor Chang Chuyes<sup>1</sup>, el procedimiento administrativo, como tal, no ha pasado de estudiarse desde su definición legal y considerarse un conjunto de actos para dictar otro acto.

El estudio del procedimiento como verdadera institución jurídica sigue en construcción y a este propósito se suma el libro de la profesora Sánchez, de reciente publicación y recomendable lectura. En este trabajo se consolida, sistematiza y abstraen bases de la jurisprudencia del Sistema interamericano de derechos humanos referidas al procedimiento administrativo como herramienta que permite controlar la actuación de la Administración pública. Con el propósito de partir de bases comunes, el segundo apartado del libro resalta la importancia de la codificación de normas del

---

\* Abogado y magíster en Derecho Administrativo por la Universidad de Piura. Asesor de la Dirección general de desarrollo normativo y calidad regulatoria del Ministerio de justicia y derechos humanos. Profesor de la Escuela de posgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola.

\*\* A Coruña, Colex, 2023, 158 págs.

<sup>1</sup> Chang Chuyes, G. (2020). "El proceso administrativo. La conversión del procedimiento en proceso administrativo: el aggiornamento de una antigua propuesta y su aplicación en la actualidad" en Castillo Córdova, L. (coord.). Los procesos en el sistema jurídico peruano, Palestra, Lima, pp. 243-281.

Recibido: 24 de julio de 2024

Aceptado: 20 de octubre de 2024

procedimiento administrativo en los países latinoamericanos y el asentamiento del principio de legalidad, como manifestaciones del afianzamiento del Estado de Derecho. Por último, se destaca que el procedimiento administrativo ha supuesto una mayor protección de los derechos humanos dado que, a juicio de la autora, ha permitido que los jueces latinoamericanos controlen el ejercicio del poder y defiendan los derechos de los ciudadanos frente a la Administración.

El tercer acápite de la obra de la profesora Sánchez indaga sobre la influencia internacional del reconocimiento de la dimensión procedimental de los derechos fundamentales en la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH. Pese a que la Convención Interamericana de Derechos Humanos no existe una mención expresa del procedimiento administrativo, la autora evidencia cómo la Corte IDH ha ampliado, en favor del procedimiento administrativo, el ámbito de aplicación de las garantías judiciales y el derecho a la protección del judicial. Por este motivo, a partir de vincular el procedimiento y el derecho a la buena administración, destaca la necesidad de que esta perspectiva convencional se incorpore en la regulación del procedimiento administrativo en Latinoamérica. Con base en esta premisa, manifiesta la necesidad de: i) brindar a los administrados recursos efectivos para controlar la legalidad; ii) garantizar la existencia de la tutela cautelar (en compatibilidad con la presunción de validez de los actos administrativos); iii) asegurar el cumplimiento de sentencias; y, iv) contar con mecanismos de protección frente a la inactividad de la Administración.

Bajo la misma metodología, el cuarto apartado del libro plantea la necesidad de aprobación de normas que permitan un cambio y evolución en la producción de actos administrativos, en favor de una mayor garantía de los derechos de las personas frente a la Administración. Para ello, hace un interesante análisis de las exigencias que

plantea el Estado Social en la regulación del procedimiento administrativo a fin de evitar la dispersión normativa en un mismo ordenamiento jurídico y, por otro lado, garantizar la tutela judicial efectiva. Desde la cláusula de Estado Social y de la relevancia de garantizar la efectividad de la actividad administrativa, la profesora Sánchez realza al procedimiento como un mecanismo que permite legitimar las decisiones administrativas y, en consecuencia, pone sobre la mesa algunas necesidades para hacerlo posible, tales como: hacer uso efectivo de las nuevas tecnologías, superar la mera actividad probatoria documental en el procedimiento administrativo y fortalecer el derecho a ser escuchado.

Finalmente, el quinto acápite de este trabajo destaca el papel de la Corte IDH en el fortalecimiento del proceso de codificación del procedimiento administrativo como garantía de protección y respeto al pleno ejercicio de los derechos humanos. En buena cuenta, desde la jurisprudencia convencional latinoamericana, la profesora Sánchez abstrae los principios o garantías comunes a todas las Administraciones públicas. Entre otros, la autora desarrolla los criterios comunes para: i) el control de la discrecionalidad en el marco del debido proceso, a fin de promover la correcta motivación y evitar la discrecionalidad; ii) la actuación transparente de la Administración que permite la revisión de las actuaciones, incluso, durante el procedimiento; y, iii) el respeto de las garantías de las personas interesadas en el procedimiento.

Todo cuanto antecede hace posible señalar que este trabajo constituye una referencia básica en la construcción sistemática y racional del estudio del procedimiento administrativo, puesto que permite identificar que, en la definición de la naturaleza de esta institución no se debe obviar su finalidad instrumental no solo como garantía de la participación o contradicción de los administrados, sino como

herramienta que facilita el apego a la legalidad (y razonabilidad) de las decisiones de la Administración Pública.



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

# REVISTA DE DERECHO

Vol. 24/2024

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)

E-ISSN 2664-3669 (versión en línea)