

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMERICA)

ESCUELA DE POST GRADO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO



TESIS

**“NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS DE DISPOSICIÓN Y
GRAVAMEN DE BIENES EN EL PROCESO PENAL”**

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

PRESENTADA POR EL BACHILLER

WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR

LIMA, 2007

DEDICATORIA

A mis padres
Segundo y Victoria

W. J. D. T.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
--------------------	----

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.	DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL PROBLEMA	
1.1.	Descripción de la realidad materia de investigación.....	15
1.2.	Justificación e importancia de la investigación.....	17
1.3.	Objetivos y finalidad.....	17
1.3.1.	Objetivos.....	17
1.3.1.1.	Objetivo general.....	17
1.3.1.2.	Objetivos específicos.....	17
1.3.2.	Finalidad.....	18
2.	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	18
2.1.	Subproblemas.....	19
3.	HIPÓTESIS Y VARIABLES.....	19
2.1.	Hipótesis.....	19
2.2.	Variables.....	20
4.	MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.....	22
5.	UNIVERSO Y MUESTRA.....	22
5.1.	Delimitación del Universo.....	22
5.1.1.	Descripción Temporal.....	23
5.1.2.	Descripción Espacial.....	23
5.1.3.	Descripción Social.....	23
5.1.4.	Descripción Física.....	23
5.2.	Universo o población.....	23
5.3.	Muestra.....	24
6.	MÉTODO UTILIZADO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	25

6.1. Método.....	25
6.2. Tipo de Investigación.....	25
6.3. Técnicas de Recolección de Información.....	25
6.3.1. Encuesta.....	26
6.3.2. Entrevista.....	26
6.3.3. Análisis documental.....	26
6.3.4. Fichaje de Información Doctrinaria.....	26
6.3.5. Análisis Microcomparativo de Sistemas Jurídicos	26

CAPÍTULO II

DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. CUESTIONES GENERALES	28
1.1. La acción delincencial sobre la base de criterios de eficiencia.....	28
1.2. Ineficacia de la Administración de Justicia para resolver el conflicto creado por el delito.....	30
1.3. Un mecanismo de disuasión al agente del delito	31
1.4. Precisión del objeto de trabajo	33
2. INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS	34
2.1. Ineficacia estructural o por causa intrínseca	35
2.2. Ineficacia funcional o por causa extrínseca	37
2.3. La invalidez del acto jurídico	38
2.3.1. Nulidad	38
2.3.1.1. Clases	41
2.3.1.2. Causales	42
2.3.2. Anulabilidad	44
2.3.3. Revocabilidad e inoponibilidad – Acción Pauliana	45
2.4. Nulidad de actos de disposición o gravamen de bienes que generan la falta de pago de la reparación civil.....	51

2.4.1.	Naturaleza jurídica de la acción contenida en el artículo 97° del Código Penal.....	51
2.4.2.	Actos sujetos a la acción conforme al artículo 97° del Código Penal, el Decreto Legislativo N° 959, y el Código Procesal Penal.....	61
2.4.3.	Sujetos que pueden ser comprendidos en la acción	63
2.5.	Nulidad de los actos de disposición sobre bienes materia de decomiso.....	64
2.5.1.	Decomiso.....	64
2.5.2.	Decomiso de Instrumentos del delito.....	70
2.5.3.	Decomiso de efectos del delito.....	72
2.5.4.	Decomiso de ganancias del delito.....	72
2.5.5.	Naturaleza jurídica de la acción anulatoria.....	73
2.5.6.	Nulidad de Actos Jurídicos vinculados al delito de Enriquecimiento Ilícito.....	80
2.5.7.	Nulidad de Actos Jurídicos vinculados al delito de Lavado de Activos.....	82
2.6.	Nulidad de actos sobre bienes objeto del delito	85
2.6.1.	Naturaleza Jurídica de la acción anulatoria.....	85
2.6.2.	Nulidad de Actos Jurídicos vinculados al delito de Receptación.....	89
2.7.	Conclusiones	91
3.	EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN DE INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS	92
3.1.	Ejercicio de la pretensión en general	92
3.2.	Ejercicio de la pretensión anulatoria de los actos de disposición del agente del delito respecto a bienes materia de reparación civil.....	93
3.2.1.	Estado de la cuestión y posiciones críticas al respecto	93
3.2.2.	Nuestra posición	94
3.2.3.	Ejercicio de la acción	97
3.2.4.	Oportunidad en la que se resuelve	99

3.2.4.1.	Durante la sentencia	99
3.2.4.2.	En ejecución de sentencia	101
3.2.5.	Ejercicio de la pretensión anulatoria y constitución en parte civil	104
3.3.	Ejercicio de la pretensión anulatoria de actos de disposición de bienes materia de decomiso.....	107
3.4.	Conclusiones	111
4.	MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES EN EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA EN EL PROCESO PENAL	112
4.1.	Medidas cautelares para evitar actos de disposición Fraudulentos o para evitar daños irreparables	113
4.1.1.	Embargo	113
4.1.2.	Inhibición de enajenar	119
4.1.3.	Anotación de la demanda de nulidad	123
4.1.4.	Incautación.....	124
4.1.5.	Conclusiones	127
5.	EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE FRENTE A LA ACCIÓN DE NULIDAD	128
6.	EL TERCERO ADQUIRENTE	131
6.1.	Respecto a los bienes vinculados al pago de la reparación civil	137
6.1.1.	Tercero de buena fe y título oneroso	138
6.1.2.	Tercero de buena fe a título gratuito	139
6.1.3.	Tercero de mala fe	140
6.2.	Respecto a los bienes materia de decomiso	141
6.3.	Respecto de los bienes que constituyen objeto del delito	146
6.4.	Tercero y prescripción adquisitiva	148
6.4.1.	Cuando se trata de bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civil	148
6.4.2.	Cuando se trata de bienes objeto del delito	149
6.4.3.	Cuando se trata de bienes que constituyen efectos o	

ganancias del delito	150
6.5. Conclusiones	151
7. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD	153
8. CRITERIOS Y TENDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	155
8.1. Pronunciamientos del Poder Judicial de conformidad con el Ministerio Público	155
8.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional	158
8.3. Jurisprudencia Extranjera	159

CAPITULO III

PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

1. CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS. Trabajo Operacional	162
1.1. Contrastes sobre los datos obtenidos del estudio de expedientes	162
1.2. Contraste de los datos obtenidos a través de los instrumentos Encuesta y Entrevista , dirigido a Jueces, Fiscales, Abogados y agraviados	166
2.- DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	171
2.1. Hipótesis de investigación	172
CONCLUSIONES FINALES	180
RECOMENDACIONES	183
PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....	183
BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA MATERIA DE INVESTIGACIÓN	
BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA METODOLOGÍA UTILIZADA	

ANEXOS

- 1. Pronunciamientos del Poder Judicial**
- 2. Pronunciamientos del Ministerio Público**
- 3. Pronunciamientos de la Procuraduría Pública**
- 4. Pronunciamiento de la Defensa**
- 5. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional**
- 6. Jurisprudencia Extranjera**
- 7. Cuestionarios:**

Dirigido a Jueces, Fiscales y Abogados

Dirigido a Agravados.

- 8. Recorte periodístico: Diario La República, sobre solicitudes de nulidad de transferencias solicitadas por la Procuraduría Pública.**

----o0o----

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis está referida a la *“nulidad de actos jurídicos de disposición y gravamen de bienes en el proceso penal”*, es decir, a los actos celebrados por el imputado o condenado por la comisión de un delito y eventualmente por el tercero civil. Pues como se sabe, el artículo 97° del Código Penal establece que: *“Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos celebrados de buena fe por terceros”*. A su vez el artículo 102° del Código Penal dispone que: *“El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción”*. Estas normas concuerdan con lo dispuesto por los artículos 11° y 15° del Código Procesal Penal y el artículo 188°-A del Decreto Legislativo 959; normas estas últimas que además, hacen referencia a la nulidad de actos por los cuales se establecen *gravámenes* sobre los bienes, los mismos que pudieran afectar el cumplimiento del pago de la reparación civil o resarcimiento del daño, así como el decomiso de instrumentos, efectos o ganancias del delito.

Esta acción de nulidad expresamente establecida en nuestro Ordenamiento Jurídico, lamentablemente no ha sido comprendida por nuestros operadores jurídicos (Jueces, Fiscales y Abogados), así como tampoco por los académicos (teóricos) del Derecho, tanto desde la perspectiva del Derecho Penal así como tampoco desde el Derecho Civil, lo que ha llevado a su inaplicación, a pesar del rendimiento práctico que esta institución podría representar para la resolución de los conflictos sociales por parte de la Administración de Justicia. Pues se evitaría un innecesario proceso civil adicional respecto a hechos que sin problema alguno pueden ser resueltos en el propio proceso penal, con el correspondiente ahorro de tiempo y esfuerzo. Con lo que a la vez se evitaría la burla a los justos derechos reparatorios de los agraviados por el delito.

El desarrollo del presente trabajo se ha hecho necesario, toda vez que, dada la especialización existente entre los abogados y operadores del derecho en general, existe un descuido involuntario de los operadores jurídicos respecto a la rama en la cual no son especialistas, de tal modo que trabajan con categorías propias de las ciencias penales

(Derecho Penal y Derecho Procesal Penal fundamentalmente) por un lado y por otro con categorías y conceptos propios del derecho privado (Derecho Civil, Derecho Comercial, etc.), habiéndose dejado de lado el estudio de conceptos y categorías concernientes a la intersección de ambas ramas del derecho. Es decir, se han abandonado los sectores en los que para resolver los conflictos sociojurídicos se requiere recurrir a la aplicación integral y conjunta de principios, instituciones y normas, tanto del derecho privado así como de las ciencias penales; tal como el caso que nos ocupa.

Buscando aportar luces al esclarecimiento de estos casos y con el anhelo de contribuir a superar las inconveniencias y dificultades anotadas, en el presente trabajo abordamos diversos aspectos de la problemática relativa a la nulidad prevista en la norma penal y desarrollada por la norma procesal penal, fundamentalmente *su naturaleza jurídica, su ámbito de validez, su funcionalidad y su aplicación e implicancia en la resolución de casos concretos en la praxis judicial*, propendiendo a la formulación de criterios adecuados para la comprensión de esta institución y de este modo aprovechar su rendimiento y funcionalidad en la resolución eficaz de los conflictos patrimoniales generados por la comisión del delito.

Para tal cometido se ha formulado debidamente el *problema a investigar* (identificando algunos sub-problemas), al mismo que hemos delimitado adecuadamente; asimismo, se hemos determinado cuáles son los fines y objetivos de la presente investigación; habiendo formulado las hipótesis que a nuestro juicio responden a la interrogante contenida en el problema formulado; a la vez que hemos identificado las variables dependientes e independientes con sus respectivos indicadores, con los que hemos comprobado la corrección de la hipótesis de investigación. Habiendo delimitado el universo sobre el cual hemos trabajado, del mismo que se ha extraído la correspondiente muestra representativa, cuya dimensión y contenido han sido determinados a través de criterios y metodologías estadísticas propios de la investigación empírica. Igualmente, hemos precisado nuestro ámbito de investigación, habiéndonos concentrado en los expedientes del Distrito Judicial de Lima que han sido derivados al Séptimo Juzgado Penal de Lima, en ejecución de sentencia. Asimismo, hemos encuestado o entrevistado a los Abogados que han recurrido a dicho juzgado de ejecución a indagar sobre sus respectivos casos, así como también hemos entrevistado a

un grupo de Jueces y Fiscales del Distrito Judicial de Lima, sobre el punto materia de investigación.

Finalmente, hemos realizado el procesamiento, contrastación e interpretación de los datos obtenidos, habiendo elaborado los correspondientes diseños de contrastación empírica y de comprobación de las hipótesis planteadas. De otro lado, hemos realizado un análisis microcomparativo de la institución investigada en los sistemas jurídicos extranjeros que han tenido influencia en nuestra cultura jurídica.

Igualmente, se han desarrollado los fundamentos doctrinarios de las instituciones jurídicas tratadas, los que si bien quedan indicados en el marco teórico referencial de modo general (al constituir el marco teórico de la investigación empírica), para comprender debidamente su naturaleza y utilidad práctica, hemos considerado necesario realizar un estudio específico y detallado de cada una de las categorías comprendidas en la investigación. Pues, es necesario precisar que, si bien es cierto, el marco teórico en toda investigación (sobre todo en las investigaciones empíricas), se especifica como parte del planteamiento metodológico, sin embargo, en el presente trabajo lo desarrollaremos en un capítulo aparte, debido a que consideramos que en una investigación jurídica, el propio marco teórico de la investigación, constituye *parte integrante del objeto investigado*, precisamente porque para abordar esta temática se recurre a criterios lógico dogmáticos ajenos a la investigación empírica, abordables con su propia metodología, y en muchos de los casos, recurriendo a criterios de *auctoritas* que no necesariamente corresponden al marco teórico incuestionable de la investigación en general, por el contrario, las conclusiones que se asumen, en gran parte pueden significar toma de posición de los autores o los investigadores.

Finalizamos el presente trabajo, presentando las respectivas conclusiones, recomendaciones, y las propuestas de *lege ferenda* que consideramos necesarias para dotar de funcionalidad o utilidad práctica a la institución jurídica investigada.

Para concluir debemos precisar que se ha consignado la bibliografía consultada, constituida por material bibliográfico correspondiente a la ineficacia, validez, nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos, así como también a las instituciones propias del derecho procesal general, procesal civil y procesal penal, la que ha sido matizada

también con bibliografía relativa a criterios de política criminal vinculada al tema. Igualmente, la bibliografía relativa a la metodología de investigación jurídico-social y de investigación puramente dogmática. Precisando que el material bibliográfico consignado corresponde a textos clásicos y tradicionales sobre las instituciones y categorías tratadas así como también a textos actuales relativos a las modernas teorías existentes respecto a la materia de investigación y a la metodología jurídica.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD MATERIA DE INVESTIGACIÓN

En una determinada sociedad o comunidad rige un Ordenamiento Jurídico con el cual se deben resolver todos los problemas o conflictos suscitados al interior de la misma. Con el avance y desarrollo sistemático de la ciencia jurídica, el Ordenamiento Jurídico se ha constituido en un conjunto de disciplinas o ramas especializadas del Derecho, cada una con sus propias categorías y conceptos específicos que diseñan y orientan su desarrollo, a la vez que cada cual ha delimitado su ámbito de aplicación y vigencia. Sin embargo, cada una de estas ramas, necesariamente obedece a principios rectores y supremos que subyacen en el Ordenamiento Jurídico, los que no pueden ser desbordados al diseñarse, desarrollarse o aplicarse cada disciplina jurídica en particular. Estos principios dotan de unidad, coherencia y plenitud al ordenamiento, que por ello se sustenta en normas supremas a partir de las cuales se desarrollan las demás normas (de las diversas disciplinas), se evitan o superan las aparentes contradicciones y se resuelve la totalidad de los conflictos sociales. Siendo así, las diversas áreas o ramas del Derecho, deben confluir para resolver los conflictos y no oponerse o excluirse recíprocamente, a la vez que el intérprete u operador jurídico debe tener siempre una perspectiva integral del Ordenamiento o Sistema Jurídico.

Sin embargo, en la práctica jurídica y jurisdiccional, se ha llevado a extremos la división del ordenamiento jurídico en sus diversas ramas, a tal punto que los operadores de determinada disciplina desconocen o excluyen la aplicación del derecho o normas de otras. Este desconocimiento y exclusión se evidencia en las concepciones que los operadores jurídicos tienen del Derecho Civil y Procesal Civil por un lado y por otro del Derecho Penal y Procesal Penal, los cuales en la práctica se excluyen recíprocamente; ello ha determinado que los conflictos sociales, que para su solución requieran de instituciones o de la aplicación de normas jurídicas que involucren a ambos sectores jurídicos, no sean atendidas debidamente, al desconocerse la existencia de las normas del otro sector o no haberse comprendido su naturaleza jurídica.

Esto viene sucediendo en la actualidad con la *nulidad de los actos jurídicos* establecida por el artículo 97° del Código Penal, procesalmente regulada por el Decreto

Legislativo 959, y los artículos 11° y 15° del novísimo Código Procesal Penal, la misma que está referida a los actos de disposición o gravamen de los bienes de los condenados (imputado y tercero civil) realizados con posterioridad a la comisión del delito.

Al respecto, se advierte que, ni la doctrina ni la jurisprudencia toman en cuenta las normas que establecen la nulidad anotada, a la vez que no se ha comprendido su naturaleza jurídica, esto es, si se trata de una nulidad, una anulabilidad o simplemente de un supuesto de inoponibilidad. Ello ha determinado que estas normas no sean tenidas en cuenta en los procesos penales donde su aplicación podría resolver eficazmente múltiples aspectos de la problemática generada por el daño ocasionado por la comisión del delito¹. Asimismo, tampoco se ha determinado en la práctica, los criterios procesales que deben seguirse para la declaración de la nulidad anotada así como la implicancia de dicha nulidad (dispuesta en el proceso penal) respecto a la jurisdicción civil. De otro lado, tampoco se han definido los alcances de las normas indicadas respecto a la forma como debe resolverse la nulidad en el proceso penal (en vía incidental o en el principal, en el auto que resuelve el incidente o en la sentencia); igualmente, no se ha determinado el momento en que debe ejercitarse la pretensión anulatoria (sólo durante el proceso o también en la ejecución de sentencia). De otro lado, tampoco se ha esclarecido la posición y calidad de los terceros intervinientes respecto a la pretensión anulatoria en cuestión, así como tampoco la naturaleza del título del tercero sobre el bien objeto del acto de disposición o gravamen; y, finalmente, no se ha precisado qué medidas cautelares reales pueden utilizarse en el proceso penal para asegurar la eficacia de la referida pretensión anulatoria.

Esta problemática se aprecia claramente en la realidad objeto de la presente investigación, la que exige respuestas inmediatas y adecuadas a las interrogantes planteadas, sobre todo en este momento, en el que ha entrado en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal en parte del territorio nacional y en dicho Código se han desarrollado los criterios normativos aplicables a la institución materia de análisis en forma integral y detallada.

¹ Recién a partir de los procesos por delitos de corrupción de funcionarios, seguidos contra personajes ligados al régimen del Alberto Fujimori Fujimori, se han aplicado las normas en cuestión, disponiéndose la nulidad de determinados actos celebrados por los investigados con posterioridad a la comisión de los respectivos delitos.

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Estando a la realidad descrita, la presente investigación busca abordar su problemática a través de criterios metodológicos coherentes y rigurosos que permitan explicar las variables y demás elementos de la realidad, que han impedido la aplicación de la institución en comento a pesar del alto rendimiento práctico que ésta debiera tener en la praxis jurídica y en la resolución concreta de una parte importante de los conflictos generados por el daño causado por la comisión del delito. En este sentido, con las conclusiones arribadas se pretende llamar la atención de los legisladores, teóricos y operadores jurídicos a fin de que legislen, desarrollen y especifiquen los criterios adecuados para que esta importante institución sea aplicada.

En este sentido, la presente investigación se justifica plenamente, dado que la descripción, explicación y comprensión de la problemática de la institución jurídica objeto de la misma, creemos que aportará grandes beneficios prácticos respecto a la resolución de los conflictos sociales desde la perspectiva de la víctima del delito, lo que a la vez redundará en la optimización de la función jurisdiccional, propendiendo al logro de un mayor nivel de legitimación de la Administración de Justicia frente a la sociedad.

1.3. OBJETIVOS Y FINALIDAD

1.3.1. OBJETIVOS

1.3.1.1. Objetivo general

Describir y explicar la acción de Nulidad de los Actos Jurídicos de disposición o gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil, que incidan en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito, así como de los bienes sujetos a decomiso, previstos en los artículos 97° y 102° del Código Penal y el Decreto Legislativo 959. Explicando su verdadero alcance y determinando la necesidad de ejercitar dicha acción en el propio proceso penal.

1.3.1.2. Objetivos específicos:

- A.** Determinar la Naturaleza Jurídica de la pretensión y acción de nulidad anotada.

- B.** Determinar qué criterios observan los operadores jurídicos frente a la nulidad en el proceso penal.
- C.** Establecer qué implicancia tiene la nulidad dispuesta en el proceso penal respecto a la jurisdicción civil.
- D.** Determinar la forma como debe resolverse la nulidad en el proceso penal (en vía incidental o en el principal, en el auto que resuelve el incidente o en la sentencia).
- E.** Precisar el momento en que debe ejercitarse la pretensión anulatoria (sólo durante el proceso o también en ejecución de sentencia).
- F.** Especificar la posición y calidad de los terceros intervinientes comprendidos en la acción anulatoria.
- G.** Explicar la naturaleza del título del tercero sobre el bien objeto del acto de disposición o gravamen.
- H.** Precisar qué medidas cautelares pueden utilizarse para asegurar la eficacia de la pretensión anulatoria en el proceso penal

1.3.2. FINALIDAD

Con el logro de los objetivos anotados, se pretende proponer rigurosamente, alternativas que permitan contribuir al conocimiento adecuado de la institución jurídica tratada, y de este modo propender al logro del funcionamiento eficaz de los mecanismos orientados a la resolución de los conflictos de naturaleza civil surgidos a raíz de la comisión del delito y de aquellos tendientes a privar a los agentes del delito de sus ganancias ilícitas.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es el nivel de aplicación por parte de los operadores procesales penales, del artículo 97° del Código Penal, el artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales (introducido por el Decreto Legislativo N° 959), relativos a la Acción de Nulidad de los Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil, que incidan en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito, así como

de los bienes sujetos a decomiso; y en qué medida esta institución viene contribuyendo a la resolución de los conflictos patrimoniales generados por la comisión del delito?

2.1. SUBPROBLEMAS:

2.1.1. ¿Qué criterios procesales deben observarse en torno a las relaciones e implicancias de la nulidad dispuesta en el proceso penal respecto a la jurisdicción civil?

2.1.2. ¿Cuál es la situación jurídica del “tercero adquirente” frente a la nulidad de los actos jurídicos anotados?

2.1.3. ¿Qué medidas cautelares pueden utilizarse para asegurar la eficacia de la pretensión anulatoria en el proceso penal?

3. HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1. HIPÓTESIS

3.1.1. (H-1):

Los operadores jurídicos no han comprendido significativamente la naturaleza de la Acción de Nulidad de los Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil que inciden en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito así como de los bienes sujetos a decomiso, contenida en el artículo 97° del Código Penal, el Decreto Legislativo 959 y el Código Procesal Penal, lo que ha determinado la exigua aplicación de esta institución en la práctica, así como su escasa contribución a la resolución de los problemas patrimoniales generados por la comisión del delito.

3.1.2. (H-2):

En la teoría y la práctica procesal penal no se han esbozado criterios uniformes sobre las relaciones e implicancias de la nulidad de actos jurídicos dispuesta en el proceso penal respecto a la jurisdicción civil.

3.1.3. (H-3):

En la Doctrina y la Jurisprudencia nacionales no se ha comprendido ni precisado la situación jurídica del “tercero adquirente” frente a la nulidad de los actos jurídicos anotados, lo que ha determinado la existencia de criterios arbitrarios al respecto.

3.1.4. (H-4):

En la práctica procesal no se viene aplicando medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión anulatoria expedida en el proceso penal, lo que incide en la ineficacia de las decisiones al respecto.

3.2. VARIABLES:

3.2.1. *De la* (H-1):

Los operadores jurídicos no han comprendido significativamente la naturaleza de la Acción de Nulidad de los Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil que incidan en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito así como de los bienes sujetos a decomiso, contenida en el artículo 97° del Código Penal, el Decreto Legislativo 959 y el Código Procesal Penal, lo que ha determinado la exigua aplicación de esta institución en la práctica, así como su escasa contribución a la resolución de los problemas generados por la comisión del delito.

V. INDEPENDIENTE (X):

X1. Nivel de conocimiento de los operadores procesales de la naturaleza jurídica de la institución objeto de investigación.

V. DEPENDIENTES (Y):

Y1. Grado de aplicación de la Nulidad de Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil que incidan en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito así como de los bienes sujetos a decomiso.

Y2. Grado de contribución de la institución jurídica bajo análisis a la resolución de los problemas generados por la comisión del delito.

3.2.2. De la (H-2):

En la teoría y en la práctica procesal penal no se han esbozado criterios sobre las relaciones e implicancias de la nulidad de actos jurídicos dispuesta en el proceso penal respecto a la jurisdicción civil.

Por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables para su formulación y comprobación.

Únicamente utilizaremos como medio de comprobación, la argumentación orientada por criterios lógico – dogmáticos.

3.2.3. De la (H-3):

En la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales no se ha comprendido ni precisado la situación jurídica del tercero adquirente frente a la nulidad de los actos jurídicos anotados, lo que ha determinado la existencia de criterios arbitrarios al respecto.

Al igual que la anterior, por tratarse de una hipótesis de carácter eminentemente dogmático, no es necesario ni posible recurrir al uso de variables para su formulación y comprobación.

3.2.4. De la (H-4):

En la práctica procesal no se viene aplicando medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión anulatoria expedida en el proceso penal, lo que determina la ineficacia de dichas decisiones.

V. INDEPENDIENTES: (X):

X1. Nivel de aplicación de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión anulatoria.

V. **DEPENDIENTES: (Y):**

Y1. Grado de ineficacia de las decisiones de los operadores jurídicos respecto a los actos en cuestión.

4. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

La presente investigación se ha desarrollado teniendo como referentes teóricos, las categorías jurídicas relativas a la *nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, eficacia, ineficacia, adquisición de buena fe y con justo título y adquisición a título gratuito, así como los criterios aplicables a los supuestos de actos fraudulentos* desarrollados por el Derecho Civil, los mismos que deberán ser aplicados en su integridad en el proceso penal, atendiendo a que el propio ordenamiento jurídico-penal remite a la legislación civil en este aspecto. Asimismo, los *criterios procesales desarrollados por el Derecho y legislación procesal civil*, que en todo caso, resultan de aplicación supletoria a todo tipo de procesos, más aún si en el tema investigado, lo que se discute en el proceso penal es una pretensión de naturaleza privada y de contenido patrimonial. En este sentido, aun cuando la nulidad en cuestión se ha establecido normativamente por parte del ordenamiento jurídico-penal, su desarrollo y naturaleza jurídica está determinada por el Derecho Civil y Procesal Civil.

De otro lado, como quiera que la investigación versa sobre el estudio de instituciones o categorías jurídicas, cuyo desarrollo conceptual y sustento epistemológico se ha realizado a partir de la argumentación lógico-jurídica y de la asunción crítica de los criterios de *auctoritas*, así como de nuestros propios criterios dogmáticos y de toma de posición doctrinaria, hemos considerado pertinente realizar un estudio dogmático detallado y sustentado, a partir del cual hemos arribado a las conclusiones que presentamos como corolario de la presente investigación. En este sentido, hemos desarrollado las categorías jurídicas comprendidas en la investigación en un capítulo aparte (*Desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación*), configurando este capítulo una parte integrante del objeto de investigación.

5. UNIVERSO Y MUESTRA

5.1. DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO

5.1.1. Delimitación temporal

La investigación se ha desarrollado en el período comprendido entre Julio del 2004 y Noviembre del 2006.

5.1.2. Delimitación espacial

Distrito Judicial de Lima.

5.1.3. Delimitación social

La investigación se ha realizado teniendo como objeto de estudio a los operadores del proceso penal (Jueces, Fiscales y Abogados) y justiciables (especialmente agraviados).

5.1.4. Delimitación física

Aproximadamente 6,000 expedientes remitidos al Séptimo Juzgado Penal de Lima del Distrito Judicial de Lima durante el período de investigación.

5.2. UNIVERSO O POBLACIÓN

Considerando las delimitaciones anotadas, el universo o población de nuestra investigación se ha determinado de la manera siguiente:

- a) Todos los procesos o expedientes (6,000 aproximadamente) correspondientes al Distrito Judicial de Lima remitidos al Séptimo Juzgado Penal de Lima a partir del mes de Julio del 2004 a Noviembre abril del 2006, incidiendo en el período de vigencia del D. Leg. 959 de fecha 16 de agosto del 2004.
- b) Los Jueces y Fiscales en lo Penal del Distrito Judicial de Lima.
- c) Los abogados especializados en Derecho Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Lima.
- d) Los agraviados en el proceso penal del Distrito Judicial de Lima.

5.3. MUESTRA

Se ha utilizado una muestra de tipo probabilístico, ya que los procesos (expedientes) y las personas que conforman el universo de la investigación, muestran características similares.

De este 'conjunto universal' se ha elegido el número correspondiente de cada uno de los subconjuntos de la población, conforme a criterios estadísticos que han determinado que las unidades de la muestra elegidas sean representativas del universo.

Adicionalmente, se ha considerado dentro de la muestra, casos llevados a cabo durante el período de investigación, que presentaban algunos de los elementos específicos comprendidos en el objeto de análisis.

Con estos criterios, se han comprendido en la muestra:

- a) Aproximadamente 3,000 expedientes penales de todos los Distritos Judiciales de la República.
- b) 30 Jueces Penales del Distrito Judicial de Lima.
- c) 60 Fiscales Penales de Lima.
- d) 100 abogados del Distrito Judicial de Lima.
- e) 100 agraviados.

Asimismo, fuera del universo de investigación y dejando de lado el criterio probabilístico en la selección de las unidades integrantes de la muestra, hemos realizado el seguimiento de casos emblemáticos respecto a los cuales hemos tenido información de que se había solicitado la nulidad de actos fraudulentos. Estos son los casos seguidos ante la Procuraduría Pública Anticorrupción, cuyas solicitudes se encuentran en trámite a nivel de Primera Instancia, por lo que no han podido ser consideradas dentro del universo ni la muestra seleccionada.

Debemos precisar asimismo, que la muestra comprende supuestos acaecidos antes de la vigencia del D. Leg. 959 así como también casos sucedidos durante la vigencia del mismo.

6. MÉTODO UTILIZADO Y TIPO DE INVESTIGACIÓN

6.1. MÉTODO

Se han empleado los métodos de Análisis y Síntesis, así como el Inductivo y Deductivo para procesar la información teórica o dogmática; habiendo utilizado los métodos Dogmático, la Exégesis² y la Hermenéutica para el estudio e interpretación de la legislación pertinente, orientándonos fundamentalmente por el criterio lógico y el de *auctoritas* como elementos de validación, así como también el criterio del ‘consenso’ en los supuestos en que éste se ha presentado. Asimismo, hemos empleado el método comparativo para contrastar los diversos sistemas jurídicos extranjeros previamente seleccionados como referentes de comparación. Para desarrollar el trabajo empírico se ha empleado el método Descriptivo - Explicativo, especialmente el Estadístico, dada la naturaleza de las variables e indicadores seleccionados.

6.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se trata de una investigación de carácter descriptivo-explicativo, por la función principal de sus variables, orientadas a describir, explicar, determinar y dar a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema, a la vez que su funcionamiento en la realidad social; buscando explicar objetivamente las relaciones teórico-normativas y de eficacia de la normatividad vinculada al tema. Finalmente, se ha realizado un trabajo de tipo comparativo, tratando de identificar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia entre los sistemas jurídicos extranjeros de mayor influencia y similitud con el nuestro.

6.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se ha utilizado las siguientes técnicas de recolección de información:

² Hablamos de Exégesis, únicamente como criterio para abordar las diversas normas en vigencia, mas no como método exegético, pues éste ya no resulta adecuado a estas alturas del desarrollo del derecho.

6.3.1. Encuesta:

Dirigida a la Muestra. Previamente se ha elaborado el cuestionario de preguntas correspondiente.

6.3.2. Entrevista:

Efectuada a las personas seleccionadas entre las unidades de la muestra, a las que por sus condiciones académicas y de alta especialización en el tema de investigación, se les ha entrevistado verbalmente, previo cuestionario de pregunta conforme a las variables e indicadores de la investigación.

6.3.3 Análisis documental:

Realizado sobre las decisiones finales de los operadores jurídicos contenidas en sentencias, dictámenes o acusaciones y solicitudes, conocidas a través de publicaciones de diversa índole así como también en los expedientes estudiados.

6.3.4. Fichaje de información doctrinaria:

Se ha utilizado fichas bibliográficas a fin de recabar y guardar la información obtenida de los diversos trabajos consultados, para luego analizarla, procesarla e interpretarla. Precisándose, que más allá del uso de la ficha tradicional, se ha recurrido al registro informático de la información. Igualmente se ha recurrido a la información obrante en la Internet, la misma que ha sido recabada, organizada y guardada conforme a criterios propios de la informática.

6.3.5. Análisis microcomparativo de sistemas jurídicos:

Efectuado respecto a los Sistemas Jurídicos de mayor influencia con el nuestro, tales como el argentino, colombiano, español, alemán e italiano; sin embargo no se ha encontrado mayores relaciones de semejanza o identidad significativas.

CAPÍTULO II

DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. CUESTIONES GENERALES

1.1. LA ACCIÓN DELINCUENCIAL SOBRE LA BASE DE CRITERIOS DE EFICIENCIA

¿Es el delincuente un individuo racional, que al momento de llevar a cabo la conducta delictiva obra partiendo de consideraciones de eficiencia³? El análisis económico del Derecho sostiene que, en efecto, el agente del delito se comporta como un sujeto que actúa racionalmente, buscando maximizar sus intereses individuales y ponderando los costos de su actividad delictiva.

Como refiere SILVA SÁNCHEZ “... en definitiva, igual que nuestro modelo de sociedad se asienta sobre la recíproca atribución de libertad, me parece que también se asienta sobre la recíproca atribución de responsabilidad utilitarista”⁴. Pues, el criterio económico siempre va a estar presente en la conducta humana, por que siendo la economía la ciencia de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en relación con las necesidades y deseos humanos, el hombre siempre actuará tratando de conseguir el mayor beneficio posible, esto es, actuará racionalmente, evaluando el costo y beneficio en cada una de sus actividades, y sólo optará por realizar determinada acción cuando llegue al convencimiento de que se trata de una actividad eficiente (en el sentido de que el beneficio obtenido o a obtenerse será mayor que el costo asumido o por asumirse)⁵, esto es, actuará siguiendo un móvil utilitario; lo cual no tiene por que ser distinto al momento en que el sujeto decide la comisión de un delito.

En tal sentido, resulta claro que en la mayoría de casos, al cometerse un delito (salvo los delitos violentos) el agente busca directa o indirectamente un beneficio económico. Esto es, en los procesos de toma de decisión delictiva el agente va a realizar

³ Sobre eficiencia se manejan diversos conceptos, así, conforme al llamado *Óptimo de Pareto*, puede ser entendido como aquella situación en la que el individuo obtiene el máximo beneficios, sin que esto afecte el bienestar individual de otros; por su parte, para el *Teorema de Kaldor-Hicks*, puede entenderse como aquella situación en la que existen beneficios a favor de una de las partes en desmedro de la otra, pero de forma tal que las ganancias de aquella sean mayores que las pérdidas de ésta, de modo que esta última pueda ser compensada por la primera.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “*Política Criminal y Persona*”. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 53.

⁵ MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LÓPEZ, Juan: “*La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis Crítico*”. Comares, Granada, 1998, p. XI.

un análisis costo-beneficio, aplicando la racionalidad económica explicitada por el análisis económico del Derecho⁶. Sobre todo cuando se trata de delitos económicos o que revisten naturaleza patrimonial.

Desde la perspectiva del individuo (eficacia individual o personal), el análisis del costo- beneficio, se realiza al momento en que éste va a decidir cometer o no el delito. Constituirán costes, materialmente hablando, la severidad de la sanción o pena (considerándose su gravedad en cada caso). Este coste se reduce significativamente, llegando inclusive a magnitudes exiguas, si es elevada la probabilidad de no ser descubierto o aprehendido, y por tanto, de no ser sometido a proceso ni sancionado. Constituirán beneficios objetivamente hablando, todos los provechos de contenido patrimonial, tanto directos como indirectos, que pueda obtener el agente con la comisión del delito; asimismo, constituirá beneficio la probabilidad de que aún habiendo sido sancionado penalmente, se le imponga una pena privativa de libertad no efectiva, por habersele sustituido la misma por cualquiera de las medidas alternativas a dicha pena (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, exención de pena, sustitución de pena, etc.), o incluso, aun cumpliendo pena efectiva, la posibilidad de obtener beneficios penitenciarios y obtener su libertad; igualmente, la posibilidad de que no sean descubiertos los bienes que ha obtenido como producto del delito y, finalmente, *no reparar los daños causados al agraviado y por ende no afectar su patrimonio personal*.

En general, y específicamente en nuestro medio, dada la ineficacia o inoperancia de las entidades o instituciones encargadas de la persecución y juzgamiento del delito, la probabilidad del agente de no ser descubierto y sancionado es elevadísima, existiendo una amplia cifra negra del delito⁷; por lo que, si consideramos como coste material del delito al producto de la pena (en toda su gravedad) por la probabilidad de ser descubierto, el resultado es extremadamente bajo; consecuentemente el coste del delito, para el delincuente, siempre será ínfimo. Por el contrario, el beneficio del delito siempre será alto (determinado por el beneficio económico que en la mayoría de casos

⁶ MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LÓPEZ, Juan: *Ob. Cit.* p.X.

⁷ “La expectativa de costes del delito para el delincuente viene dada, pues, por el producto de la gravedad y la probabilidad, donde esta última siempre será inferior –en realidad muy inferior- a 1”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.: *Ob. Cit.* p. 67.

obtiene el agente), sobre todo si la actividad delictiva se realiza a través de organizaciones o asociaciones delictivas que maximizan el rendimiento de sus actividades delictivas mediante el empleo de criterios gerenciales propios del ámbito empresarial. Por tanto, comparando ambas variables, para el delincuente, la comisión del delito, en la gran mayoría de casos, constituirá una actividad eficiente, cuya materialización le resulta altamente beneficiosa, lo que obviamente estimula la comisión del delito y el aumento de la criminalidad de toda índole. Esta realidad explica con toda claridad la motivación del delincuente para cometer el delito, a la vez que trasluce un mensaje de ineficacia preventiva de parte del sistema de control en general y del Derecho penal en particular.

1.2. INEFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA RESOLVER EL CONFLICTO CREADO POR EL DELITO

La situación antes descrita, totalmente favorable para el agente del delito, se ve estimulada y facilitada por el desconocimiento de la normatividad vigente por parte de nuestros operadores jurídicos, y sobre todo por el desinterés de éstos para comprometerse en una auténtica lucha contra la criminalidad, que comprenda la aplicación de mecanismos tendentes a privar a los agentes del delito de sus ganancias ilícitas así como a lograr la justa reparación de los daños causados a las víctimas de los delitos, quienes son las partes débiles y olvidadas en los procesos penales y ordinariamente experimentan una victimización adicional al seguir un proceso penal largo y engorroso con el consecuente gasto de esfuerzo y dinero, y al final no conseguir ningún beneficio reparatorio que justifique el proceso penal y que equilibre el menoscabo sufrido por la actividad delictiva. Pues en gran cantidad de casos, al conseguirse la sentencia condenatoria en la que se ampara la reparación del daño ocasionado, los agraviados ven, con toda frustración, que el condenado, luego de la comisión del delito o durante el proceso, ha dispuesto de todos sus bienes y resulta totalmente insolvente para hacer frente a la obligación reparatoria contenida en la sentencia.

Esta situación de desamparo de la víctima, se da no sólo en el caso de agraviados particulares que pueden carecer de medios económicos para proveerse de una defensa eficaz, sino también cuando se trata de empresas o personas jurídicas solventes

económicamente como para seguir el proceso y lograr una sentencia condenatoria; especialmente se presenta en casos en que el agraviado es el Estado.

Particular demostración de la realidad descrita se puede apreciar en los casos seguidos por el Estado a través de las Procuradurías Anticorrupción contra los agentes del gobierno de la pasada década que marcaron la oscura sombra de corrupción generalizada en todos los ámbitos estatales, y donde el patrimonio público se vio totalmente afectado, con el consecuente enriquecimiento de los agentes delictivos. Estos procesados en su gran mayoría han sido condenados a pagar grandes sumas de dinero a favor del Estado así como a devolver el patrimonio ilícitamente apropiado, sin embargo, estas obligaciones no pueden ser cobradas, a pesar de todos los esfuerzos de los agentes anticorrupción, porque los obligados han dispuesto de todos sus activos (así como han ocultado debidamente los efectos y ganancias del delito), tal como da cuenta una reciente publicación periodística⁸, la que alerta respecto a que, muchos de los principales procesados por corrupción, se han declarado en insolvencia, habiendo dispuesto de todos sus bienes para evitar su afectación; de este modo están logrando sustraerse del pago de la reparación civil. Con ello, como se puede apreciar claramente, se cierra el círculo a favor de los agentes del delito, quienes una vez más, encuentran que la actividad delictiva les resulta altamente beneficiosa.

1.3. UN MECANISMO IMPORTANTE PARA DISUADIR AL AGENTE DEL DELITO

El estado de cosas descrito, no debería ocurrir, si los operadores jurídicos, cumplieran sus funciones de modo consecuente, asumiendo un compromiso no sólo de honestidad, sino de idoneidad, en el sentido de comprometerse a lograr y desarrollar una adecuada capacitación para el debido desempeño de sus funciones. Debiendo quedar claro que esta incriminación no está referida únicamente a Jueces y Fiscales, sino sobre todo, a los abogados y procuradurías que patrocinan los intereses de los agraviados, entre ellos el Estado. Pues, el Ordenamiento Jurídico ha creado normas que pueden impedir las actividades fraudulentas de los agentes del delito, como la norma contenida

⁸ Véase, VELIZ, Ana: *“Los fujimoristas ocultan sus bienes”* En Diario La República. Lima, 8 de octubre del 2006.

en el artículo 97° del Código Penal⁹, que dispone que: Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos celebrados de buena fe por terceros; el que sin embargo, no es tomado en cuenta en los diversos procesos penales, a pesar de que este artículo resulta de particular relevancia para asegurar la preservación del patrimonio del agente del delito, y eventualmente del tercero civil, de tal modo que al concluir el proceso con sentencia condenatoria se pueda hacer efectivo el pago de la reparación.

El referido artículo del Código Penal, ha sido complementado con el Decreto Legislativo N° 959, en actual vigencia, el mismo que ha asimilado íntegramente el contenido del artículo 15° del Código Procesal Penal (vigente a la fecha, en los Distritos Judiciales de Huaura y la Libertad), que establece el procedimiento a seguir para el ejercicio de la acción de nulidad en mención. Este dispositivo legal, establece el procedimiento de nulidad no sólo de los actos de transferencia que pueden afectar el pago de la reparación civil, sino también la nulidad de las transferencias de bienes sujetos a decomiso. A la vez que también considera la nulidad de cualquier acto de gravamen impuesto sobre los bienes del agente del delito o del tercero civil cuando afecten el pago de la reparación civil u obstaculicen el decomiso del bien.

En los casos fraudulentos anotados en la publicación periodística comentada, como nota distintiva se resalta que los actos de disposición de sus bienes, por parte de los procesados se realizaron con posterioridad a la difusión del Vídeo Kouri-Montesinos, lo que evidencia que se realizaron con posterioridad a la comisión de sus respectivos delitos; ello ha llevado a la Procuraduría Anticorrupción a solicitar la nulidad de la transferencia de bienes en diversos procesos por corrupción, acciones que de ser amparadas servirá para asegurar el pago de la reparación¹⁰; lo único que es de

⁹ Se debe precisar que la nulidad en comentario se encuentra regulada desde el Código Penal de 1924 –Artículo 74°- y posteriormente recogida por el Código del 1991, sin embargo recién entre Julio y Agosto del año 2004, con la dación del Nuevo Código Procesal Penal y el Decreto Legislativo N° 959, se ha regulado el procedimiento a seguirse para introducir dicha acción de nulidad dentro del propio penal.

¹⁰ Al respecto, véase: “1990-2000 La década de la corrupción” En Diario El Peruano, Lima, 30 de mayo de 2005, pp. 2-4. En dicho artículo se concluye que la denominada “mafia” que imperó en dicha década se habría apropiado de USA \$ 1,800’000,000. 00 de Dólares Americanos, los que equivaldrían al 8% del Presupuesto Nacional para el 2005, el doble del presupuesto de defensa para el 2005, a 18 veces el presupuesto del Congreso para el 2005, 3 veces el presupuesto de programa de educación secundaria, 55 veces el gasto social en el programa de comedores populares. Al parecer los “efectos” del delito ascenderían a un monto superior, puesto que en la misma publicación se señala que entre 1993 y 2000 se emitieron 1,003 Decretos de Urgencia, los que

lamentar, es que estas solicitudes se hayan realizando luego de que los procesados ya habrían puesto a buen recaudo sus ganancias ilícitas así como ocultado debidamente su patrimonio con el fin de que no pueda ser afectado con fines resarcitorios.

1.4. PRECISIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

En las líneas que sigue vamos a desarrollar la referida acción contenida en el artículo 97° del Código Penal, en cuanto los actos de disposición o de gravamen ejecutados por el agente del delito, tienen como finalidad frustrar el pago de la reparación civil o el decomiso de instrumentos, efectos o ganancias del delito, que eventualmente se disponga en la sentencia, haciendo referencia casos referidos a bienes objeto del delito únicamente cuando sea necesario para establecer las diferencias o similitudes correspondientes. A través del presente trabajo pretendemos aportar criterios útiles a fin de que esta institución sea debidamente entendida por los operadores procesales y se pueda aprovechar su rendimiento práctico en la resolución del conflicto creado por el delito. En este sentido, trataremos de precisar su naturaleza jurídica, las formas de su ejercicio, sus vínculos con las medidas cautelares, la posición del tercero adquirente, la vinculación del tercero civilmente responsable, así como otros puntos necesarios para el debido esclarecimiento de esta figura jurídica. Concluiremos con un pequeño estudio del tratamiento de la institución en el derecho comparado y el análisis de la jurisprudencia al respecto. Debe precisarse finalmente, que no entraremos al debate o a pretender desarrollar las categorías de nulidad, anulabilidad, eficacia, ineficacia, revocabilidad, etc., respecto a lo cual existe abundante bibliografía y puntos de vista, únicamente trataremos de subsumir en alguna de estas categorías a la acción prevista en el indicado artículo 97° del Código Penal, Decreto Legislativo N° 959 y Nuevo Código Procesal Penal y aportar criterios respecto a su funcionalidad en el proceso, atendiendo a que estos actos de disposición de bienes o gravamen sobre bienes materia de reparación civil o decomiso, se presentan en la gran mayoría de casos, aun cuando esto no se vea reflejado en los expedientes o procesos penales, precisamente porque al desconocerse a esta institución no es aplicada por los operadores jurídicos, con lo que se desaprovecha su rendimiento práctico.

en su conjunto representaron desembolsos ascendentes a 1,411 millones de Dólares americanos, de dicha suma 1,107 millones fueron, de modo irregular, materia de disposiciones de carácter confidencial, por lo que no tuvieron control en el Congreso; esto sin contar los actos descubiertos con posterioridad a dicha publicación.

2. INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Si bien es cierto, los negocios jurídicos¹¹ tienen como finalidad fundamental producir efectos jurídicos, puesto que las partes, haciendo uso de su “*autonomía privada*”, se interrelacionan celebrando actos jurídicos a fin de satisfacer sus más elementales necesidades, mediante los cuales buscan crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial o extra patrimonial; sin embargo, en muchos casos los actos jurídicos celebrados no llegan a producir los efectos que las partes se propusieron, o habiendo iniciado a producirlos, éstos llegan a desaparecer por un evento posterior. En estos casos se habla de ineficacia de los negocios jurídicos. Esta ineficacia inicial o sobrevinida, siempre tendrá sustento en el incumplimiento de un requisito de orden legal, ya sea al momento de la celebración del acto jurídico o con posterioridad al mismo; aunque, por excepción en algunos casos de ineficacia sobreviniente, ésta puede ser consecuencia de la voluntad de las partes, tal es el caso de la resolución contractual.

En orden a su origen la doctrina distingue dos categorías de ineficacia, de un lado la Ineficacia Originaria, también llamada estructural o ineficacia por causa intrínseca o invalidez y la ineficacia sobreviniente o ineficacia funcional o por causa extrínseca. Sobre estos tipos de ineficacia ahondaremos en los acápites siguientes.

SCOGNAMIGLIO señala que “... una distinción de la ineficacia en diferentes figuras se justifica y es incluso necesaria, teniendo en cuenta también la relevancia peculiar que presenta el contrato y su eficacia compleja, delante de la cual se puede

¹¹ En la presente investigación no vamos a entrar en la discusión respecto a si debemos hablar de acto o negocio jurídico, ya que aún cuando la discusión a este respecto está aún vigente, existiendo posiciones encontradas, ello no es objeto de este trabajo. En este sentido hablaremos de actos o negocios jurídicos sin hacer diferenciaciones, dejando sentado eso sí, que si bien la doctrina mayoritaria se ha decantado a favor del criterio de que lo adecuado es hablar de negocio jurídico y no de acto jurídico, todavía existen posiciones importantes en sentido contrario. Así, VIDAL RAMÍREZ, Fernando: *‘El Acto Jurídico’*. Gaceta Jurídica. Lima. 1999, pp. 50, señala: “La opinión que venimos exponiendo es coincidente con la de Jorge Muñoz Ziches y la de Manuel de la Puente y Lavalle. Según Muñoz la fuente que inspiró el sistema del acto jurídico adoptado por el codificador de 1936 no fue el sistema del negocio jurídico de la doctrina alemana, ni aún el sistema del acto jurídico de la doctrina francesa, sino el sistema del acto jurídico que desarrolló el Código Civil argentino. En sustento de su aseveración cita los arts. 896, 897, 898, 913, 917 y 944 del Código de Vélez Sarfield y que Olaechea utilizó en su Anteproyecto, particularmente, el Art. 944, donde se definen los actos jurídicos como los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas y crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. Manuel de la Puente sostiene esta misma opinión y agrega que la construcción jurídica del Código Civil Argentino tiene una notable y hasta sorprendente parecido con la Teoría del Negocio Jurídico”.

concebir, tal como lo enseña la experiencia del derecho, distintos medios de reacción frente a las varias anormalidades en que puede caer el contrato caso por caso¹². Por su parte, BETTI señala: “Es evidente la oportunidad de clasificar diferentemente, la carencia de efectos, según que dependa de defectos intrínsecos o de circunstancias extrínsecas al negocio jurídico en sí considerado; ponderables, los primeros, en el momento mismo en que el negocio surge o debe tomar vigor; los segundos, en cambio, sólo sobre el negocio concluido y perfecto, y tales que dan lugar a su caducidad”¹³.

2.1. INEFICACIA ESTRUCTURAL O POR CAUSA INTRÍNSECA

Ésta se presenta en el propio momento de la celebración del acto jurídico, siendo una de sus características la coetaneidad con el momento de la formación de éste, entendiéndose por éste a la celebración, nacimiento, conclusión o perfección del acto jurídico, conforme a la terminología que indistintamente utiliza la doctrina, siendo lo esencial que está referido al momento en que se conforma el acto por la concurrencia de todos los aspectos de su estructura: elementos, presupuestos y requisitos.

Se entiende por *elementos* a los componentes del acto jurídico siendo éstos los únicos componentes comunes a todo acto jurídico, estos son: a) la manifestación de voluntad y b) la causa o finalidad; aunque, excepcionalmente podrá considerarse elemento, a la forma, en aquellos casos en que las parte o la ley prescriben la formalidad bajo sanción de nulidad; esto es, de no tratarse de un acto jurídico solemne o formal, la forma no será un elemento común a la estructura de todo acto jurídico.

Los *presupuestos*, son los antecedentes o términos de referencia; es decir, aquellos cuya preexistencia es necesaria para que el acto jurídico pueda celebrarse o formarse. De forma unánime se acepta que los presupuestos comunes a todo acto jurídico son el objeto y sujeto, entendiéndose que tanto el objeto como el sujeto no forman parte del acto jurídico, sino que son necesarios para su formación. Con esto no se quiere decir que no sean necesarios para la existencia del acto jurídico, por el

¹² SCOGNAMIGLIO, Renato: “*Teoría General del Contrato*”. Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 226.

¹³ BETTI, Emilio: “*Teoría General del Negocio Jurídico*”. Comares, Granada, 2000, p. 405.

contrario, deben preexistir para que el acto jurídico integrado por sus elementos pueda formarse.

Finalmente, *los requisitos* son todas aquellas condiciones que deben cumplir tanto los presupuestos como los elementos, para que el acto jurídico formado pueda producir válidamente los efectos jurídicos esperados. Así, no sólo se requiere como presupuesto, la presencia de dos sujetos que hagan confluír su voluntad para la creación de relaciones jurídicas, sino que dichos sujetos deben tener capacidad natural y legal de ejercicio y que dicha voluntad sea sometida a un proceso normal de formación, esto es, sin vicios. Asimismo, no sólo se requerirá del objeto, sino que éste debe ser posible física y jurídicamente, así como determinable en especie y cantidad; en igual sentido, la causa o finalidad (elemento) debe ser lícita. Siendo, por ende, estos requisitos necesarios para la existencia de un acto jurídico válidamente estructurado, caso contrario estaremos ante un acto jurídico que contiene un defecto en su estructura, lo que redundará en su invalidez o ineficacia¹⁴.

Asimismo, la ineficacia estructural tiene como rasgo característicos la existencia de un defecto en la estructura misma del acto jurídico, como su propio nombre lo indica; de modo que el acto jurídico se halla mal estructurado, con un defecto intrínseco que lo torna ineficaz, esto es, se trata de un defecto en alguno de los elementos, presupuesto o requisitos que conforman la estructura del acto jurídico.

¹⁴ La doctrina tradicional hacía referencia a elementos esenciales, naturales y accidentales. Los *elementos esenciales*, eran aquellos componentes imprescindibles, cuya presencia era estrictamente necesaria para que el acto jurídico existiese, siendo requisitos necesarios para su validez y eficacia; asimismo, además de estos elementos esenciales, se señalaba que los actos jurídicos requerían de otros elementos que siendo también esenciales, eran los que permitían que el acto jurídico abstracto se convirtiese en uno concreto, diferenciándose de los demás. Los elementos esenciales de carácter general, estaban compuestos por la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma; mientras que los elementos esenciales de carácter especial, si bien debían concurrir con los anteriores, dependía de cada categoría de acto jurídico, así por ejemplo en el contrato de compra venta, se requiere de un bien que se venda y de un precio que deba ser pagado (véase VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "El Acto Jurídico". Lima. Gaceta Jurídica. 1999). Por su parte, por *elementos naturales*, se consideraba a aquellos que aun cuando las partes nos los incluyan, el Derecho Objetivo se los atribuye –por expresa disposición de la ley-, al ser ínsitos a la naturaleza de un acto concreto y determinado, como ocurre con la obligación de saneamiento o con los intereses legales, aunque las partes podrían dejarlos de lado por pacto entre las mismas. Al respecto, la doctrina moderna cuestiona esta categoría, señalando que lo que denominan elementos naturales, no son elementos de un acto jurídico, sino simplemente efectos que producen determinados actos jurídicos, por disposición expresa de la ley, de forma que actualmente la doctrina distingue entre los aspectos estructurales del acto jurídicos de los efectos jurídicos que ciertos actos jurídicos puedan producir. Finalmente, los *elementos accidentales*, son los incorporados al acto jurídico por voluntad de las partes, de forma que son ajenos al acto jurídico; a este grupo pertenecen la condición, plazo y cargo –actos jurídicos modales- o la cláusula penal. Sin embargo, se cuestiona esta definición señalándose que estas son modalidades que las partes libremente pueden incorporar a la estructura del acto jurídico y en su caso, una vez incorporados pasan a formar parte de la estructura del acto jurídico particular de que se trate, de forma que estos afectan no la formación del acto jurídico sino la eficacia del mismo.

Finalmente, la ineficacia estructural tiene como tercera nota distintiva el hecho de que se sustenta exclusivamente en el principio de legalidad, pues todas las causales de invalidez, están siempre establecidas por ley, es decir, no son consecuencia del pacto entre las partes. Dentro de este tipo de ineficacia, nuestra legislación civil reconoce sólo la Nulidad y Anulabilidad¹⁵.

2.2. INEFICACIA FUNCIONAL O POR CAUSA EXTRÍNSECA. INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO

A diferencia de la ineficacia estructural o invalidez, la ineficacia funcional supone la existencia de un acto jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos los elementos, presupuestos y requisitos exigidos, sólo que por un evento ajeno a su estructura no produce o deja de producir efectos jurídicos. Por ello, se habla de una ineficacia por causa extrínseca¹⁶. El defecto se presenta, por regla general, con posterioridad a la celebración del acto jurídico, lo que lo distingue de la ineficacia estructural, aunque pueden presentarse supuestos en los que el defecto que conlleva esta ineficacia funcional puede ser coetáneo a la formación del acto jurídico, como el caso de la rescisión, que es un supuesto de ineficacia funcional.

Finalmente, a diferencia de la invalidez, la ineficacia sobrevenida, en algunos casos, puede ser consecuencia del pacto entre las partes, en aplicación del principio de autonomía privada. Dentro de este grupo, encontramos tres subtipos: *a) la suspensión*, en los casos en que los efectos negociales dependen de una condición suspensiva o una *conditio iuris*, por tanto, dicha ineficacia será transitoria en tanto se cumpla con la condición suspensiva, *contrario sensu* será definitiva; *b) la impugnabilidad*, en los

¹⁵ En otros sistemas como el Francés se acepta como sub tipo de esta ineficacia a la *inexistencia*, en orden a que en estos sistemas no se acepta la nulidad virtual, en virtud al principio *“ho hay nulidad sin texto”* – *“pas de nullité sans texte”*; vale precisar que en Francia, se consolidó este concepto al plantearse la interrogante respecto a si era válido el matrimonio contraído entre dos personas del mismo sexo, en virtud a no existir precepto legal que establezca esta nulidad; por lo que, se salvó tal obstáculo recurriendo la inexistencia, afirmándose que se trataba de un matrimonio *“non existens”*. En tal sentido, como señala TABOADA CORDOVA, Lizardo: *Ob. Cit.* pp. 102. *“... en tales sistemas, que no reconocen la categoría de nulidad virtual, es necesario también prohibir los actos jurídicos cuyo contenido sea ilícito, privándolos de efectos jurídicos, y para ello acuden al concepto de ineficacia”*.

¹⁶ “La ineficacia funcional, por el contrario, se define tomando en consideración las consecuencias que un contrato regularmente formado produce. Hay ineficacia funcional cuando un contrato estructuralmente eficaz despliega unas consecuencias que el Derecho no puede consolidar: en especial, un perjuicio, un fraude o una lesión”. RENTERÍA AROCENA, Alfonso: *“El negocio jurídico. La ineficacia del contrato”*. En *Instituciones del Derecho Privado*, Coordinado por Juan Francisco Delgado de Miguel, Civitas, Navarra, 2005, p. 413.

casos en los que los efectos negociales que se han venido produciendo son susceptibles de ser impugnados por las partes intervinientes en el negocio, dentro de este grupo encontramos a la resolución; *c) la caducidad*, por ejemplo la caducidad del testamento y de las disposiciones contenidas en él, cuando sobrevienen circunstancias que lo hacen *ipso iure* ineficaz; *d) finalmente, la inoponibilidad*¹⁷, en la que los efectos del negocio jurídico o parte de ellos no pueden ser invocados contra determinados sujetos, un ejemplo típico de inoponibilidad lo constituye el art. 161° del Código Civil, en el cual se declaran ineficaces, respecto al representado, los actos jurídicos celebrados por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas. En igual sentido, un supuesto de inoponibilidad es la Acción Revocatoria o Pauliana, prevista en el art. 195° del Código Civil.

2.3. LA INVALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

2.3.1. NULIDAD

El acto nulo es aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o aquél cuyo contenido es ilícito por atentar contra las normas imperativas o contra los principios de orden público y las buenas costumbres¹⁸.

La nulidad se caracteriza porque sus causales se encuentran legalmente establecidas en tutela de un interés público, pudiendo ser solicitada la declaración judicial de nulidad por cualquiera de las partes, por un tercero con interés legítimo o por el Ministerio Público, inclusive puede ser declarada de oficio por el Juez, en caso de resultar manifiesta. Al respecto, existe una gran polémica sobre la interpretación de los alcances de este dispositivo legal, existiendo dos posturas al respecto, de una lado, están quienes consideran que la nulidad es una excepción a la regla que exige coherencia entre petitorio y fallo; y de otro, quienes consideran que el Juez no está facultado para pronunciarse en el fallo sobre la nulidad que no ha sido objeto de la demanda o reconvencción, configurando un vicio de extrapetición.

¹⁷ Por el contrario: “ La oponibilidad del contrato es una prevalencia del título contractual de adquisición sobre el título otorgado al tercero. La oponibilidad del contrato expresa la protección del adquirente y responde a la general exigencia de seguridad de la circulación jurídica. VETTORI, Giuseppe; en cita de MORALES HERVIAS: ‘Nulidad e inoponibilidad del contrato Vs. El principio de la fe pública registral’ En Diálogo con la Jurisprudencia, N° 103, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2007, p. 28.

¹⁸ TABOADA CÓRDOVA: *Ob. Cit.* p.83.

Respecto a la primera postura, VIDAL RAMÍREZ considera que la facultad conferida a los jueces por el Código Civil es excepcional y les permite declarar la nulidad en la sentencia, aunque no haya sido alegada en el petitorio de la demanda, en el de la reconvencción, ni en las contestaciones mediante las cuales se ejercita el derecho de contradicción, agregando que no se requiere mayor requisito para que la nulidad resulte manifiesta; considera que ésta reviste dos significados, de un lado, debe ser entendida en su significado semántico, esto es, cuando se presenta al descubierto, de manera clara y patente; de otro lado, también puede ser apreciada en los casos en que, aun estando encubierta, posteriormente se hace manifiesta¹⁹. Por su parte, LOHMANN busca establecer algunos límites a la declaración e la nulidad de oficio, contenida en el art. 220° del Código Civil, señalando que: “Aunque la nulidad no hubiera sido objeto de petitorio en la demanda o reconvencción, puede ser declarada de oficio, en la sentencia, solamente si concurren los siguientes requisitos: i) que el juez sea de primera instancia y tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada; ii) que la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto; iii) que el acto esté directa e inseparablemente relacionado con la controversia y que el pronunciamiento sobre su validez sea indispensable para la decisión sobre los puntos controvertidos; iv) que las partes del proceso sean las mismas del acto, y si éste involucra a terceros, que hayan sido debidamente emplazados; y, v) que advertida la posible existencia de nulidad, mediante resolución debidamente motivada, el juez lo notifique a las partes del proceso y litisconsortes, concediéndoles un plazo común, vencido el cual se reanuda el plazo para sentenciar o, cuando corresponda, se procederá conforme al artículo 96° del Código Procesal Civil”²⁰.

¹⁹ VIDAL RAMÍREZ: *Ob. Cit.* pp. 508-509.

²⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: *‘La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio’*. En *Ius et Veritas*, N° 24, 2002, p. 63. Al parecer, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: *“La Nulidad del Negocio Jurídico”*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 118, también asume la primera postura señalando: “... la doctrina considera como un carácter de nulidad el que sea **declarable de oficio** por el Juez, la denominada oficiosidad de la acción. Aquí sólo es preciso recalcar que este carácter de la nulidad se haya restringido a los casos en que su aplicación sea estrictamente necesaria a fin de esclarecer una determinada controversia judicial (evidentemente distinta a la discutida en la demanda de nulidad), y limitada al Juez y al Ministerio Público (Art. 220° del Código Civil) cuando tengan competencia sobre una situación donde se aprecie la nulidad de algún negocio jurídico”. Por nuestra parte, consideramos que resulta extraño la cita al Ministerio Público dentro de este carácter de la nulidad, puesto que la Fiscalía no tiene facultades para declarar la nulidad, sino sólo para ejercitar la acción.

Por su parte Eugenia ARIANO sostiene: “... el segundo párrafo del art. 220° del Código Civil, no habilita al juez a “declarar” en el fallo la nulidad exorbitando el *petitum actor* (y como tal emitiendo una sentencia *extra petita*), sino que lo habilita a tener en cuenta el hecho de la nulidad, aun cuando no haya sido alegado por las partes, a los efectos sólo de desestimar esa demanda. Con lo cual todos aquellos que afirman que el segundo párrafo del artículo 220° es una “excepción” a la regla de congruencia “petitorio-fallo” han errado el tiro. Es “excepción” sí, pero de la regla de que las “excepciones” las plantea sólo el demandado; pero funciona como funcionan las verdaderas excepciones cuando son fundadas: provocando la desestimación de la demanda”²¹.

Por nuestra parte creemos que no existe impedimento para que sea el Juez quien tome la decisión al respecto, puesto que la norma lo autoriza de modo expreso; eso sí con las limitaciones propias de los pronunciamientos excepcionales, tal como, con acierto, lo hace notar LOHMANN. Debiendo precisarse que la doctrina, teoría o dogmática jurídica que se elabore al respecto no debe desconocer el contenido normativo, de lo contrario se estaría asumiendo el criterio de que la doctrina o los teóricos del Derecho, replazan al legislador, situación que no es posible en un estado de Derecho con distribución de competencias y facultades. Pues, si bien la teoría jurídica establece un límite a la decisión del legislador, este límite se concreta en la actividad legislativa y la decisión final contenida en la norma, a la cual no puede reemplazar de ningún modo; en estos casos sólo le cabe a la doctrina elaborar propuestas de *lege ferenda* más no reemplazar el contenido de las normas vigentes; cuyo contenido en el presente caso, es claro al expresar la facultad del Juez para declarar la nulidad de oficio; quien por lo demás, tiene que sujetarse al principio de legalidad.

El acto nulo no producirá efecto jurídico alguno, pues, aun cuando las partes puedan, por distintos motivos dar ejecución al negocio nulo, por ejemplo cumpliendo las prestaciones pactadas, esto significará sólo un efecto práctico, o una cuestión de hecho, mas no de un efecto jurídico. Tampoco podrá ser confirmado o convalidado,

²¹ ARIANO DEHO, Eugenia: *Sobre el Poder del Juez de declarar de oficio la nulidad ex artículo 220 CC*. En *Diálogo con la jurisprudencia*. Tomo 52, Gaceta Jurídica, Lima, Enero 2003, p. 119.

como ocurre con la anulabilidad (último párrafo del art. 220°)²². Finalmente, la nulidad opera de pleno derecho, por lo que la sentencia que declara judicialmente la nulidad por la presencia de cualquiera de las causales previstas en el art. 219° del Código Civil, es meramente declarativa, y se limita únicamente a reconocer la existencia de la nulidad.

2.3.1.1. Clases

La nulidad, puede ser expresa, llamada también textual, o tácita, también denominada virtual.

Las nulidades *expresas o textuales* vienen siempre declaradas directamente por la norma jurídica, mientras que las *tácitas o virtuales* son aquellas que se deducen del contenido del negocio jurídico, por contravenir éste un interés público, las buenas costumbres o las normas imperativas. La nulidad expresa se halla plenamente reconocida por el ordenamiento civil, en el inciso 7 del artículo 219° del Código Civil, que prescribe que el acto jurídico es nulo, cuando la ley así lo declara. Dentro de la nulidad expresa o textual se encuentran todos los actos declarados nulos en forma directa y expresa por la norma jurídica, utilizándose generalmente, las expresiones “bajo sanción de nulidad” o “es nulo”. En cambio la nulidad virtual encuentra reconocimiento en el inciso 8 del artículo 219° del Código Civil, en tanto señala que es nulo el acto jurídico “en el caso del artículo V del Título Preliminar del Código, salvo que la ley establezca sanción diversa”. Por su parte el referido artículo V, prescribe que: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres”. De modo que para determinar la nulidad virtual, se requerirá de una interpretación sistemática de las normas vinculadas a la nulidad, esto es, se requiere de una interpretación integral del sistema jurídico a través de los principios y fundamentos que sustentan el mismo.

²² BETTI, señala respecto a este último punto: “También esto es natural. Si el autor del negocio quiere establecer la regulación de intereses que no pudo surgir mediante el negocio nulo, debe renovar el negocio (...) no en el sentido de reproducirlo, sino en el de realizarlo *ex novo*, como si el negocio nulo no se hubiera nunca verificado”. *Ob. Cit.* p. 414.

2.3.1.2. *Causales*

a) *Falta de manifestación de voluntad del agente*

Como se ha señalado previamente, uno de los elementos de la estructura del negocio jurídico lo constituye la manifestación de voluntad, por lo que ante su ausencia el negocio jurídico es nulo.

En toda declaración de voluntad se puede distinguir entre la voluntad, que el sujeto forma en su mente (la voluntad de comprar, la voluntad de vender, etc.) y la declaración, constituida por el escrito o por las palabras o por otros signos (como levantar la mano en una subasta) mediante las cuales la voluntad interna se manifiesta al exterior. Esto es, la declaración de voluntad implica, tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar, de forma que si falta cualquiera de éstas, estaremos ante la citada causal de nulidad. Sin embargo, debe precisarse que nuestra legislación civil ha regulado esta causal, en forma restringida, por cuanto existen diversos supuestos en los que en sentido estricto no existe declaración de voluntad, pero son tratados como causal de anulabilidad, tal como puede verse en los casos de violencia y el error en la declaración o el error obstativo.

Son por demás conocidos los casos señalados por la doctrina en los que se incurre en la presente causal, así la incapacidad natural o en los casos en que la persona se encuentra transitoriamente privada de discernimiento, por cuanto aun existiendo un contenido declaratorio no existe una verdadera declaración de voluntad, dado que no existe voluntad de declarar. También se considera dentro de esta causal las declaraciones hechas en broma o las realizadas con fines didácticos o las realizadas en el ámbito artístico (representación teatral).

b) *Incapacidad absoluta*

Señalábamos que los *requisitos* son todas aquellas condiciones que deben cumplirse, tanto los presupuestos como los elementos, para que el acto jurídico formado pueda producir válidamente los efectos jurídicos esperados. La presente causal se refiere a la ausencia de un requisito: la capacidad de ejercicio. Conforme al artículo 43° del Código Civil, son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por ley (por ejemplo, celebrar contratos relacionados con

las necesidades ordinarias de su vida diaria, artículo 1358° del Código); los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (excluyéndose de esta causal los supuestos en que la privación de discernimiento sea una causa pasajera); los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

b) *Objeto física y jurídicamente imposible o indeterminable*

El objeto del contrato o del acto jurídico es la prestación a la que se ha comprometido cada una de las partes frente a la otra, es decir, es un comportamiento. Sea de transmitir un derecho real sobre un bien o en la ejecución de un hecho personal del deudor²³. Esta prestación o comportamiento debe reunir ciertos requisitos para la validez del acto. Estos requisitos son, que el bien o cosa sobre el cual recae el derecho a transmitirse exista, que esté en el comercio, que sea determinado o determinable en cuanto a su especie y cantidad. Y si la prestación consistiera en un hecho personal del deudor, que éste sea físicamente y/o jurídicamente posible (lícito), consistir en un hecho personal del deudor por regla general y representar un interés para el acreedor²⁴. “La imposibilidad física por regla general debe ser absoluta u objetiva, lo que equivale a decir que no puede ser salvada por nadie. La imposibilidad física se refiere tanto a los bienes como a conductas”²⁵. De faltar alguno de estos requisitos aplicables al objeto, de conformidad con el inciso 3) del artículo 119° del Código civil, el acto o negocio jurídico será nulo.

c) *Causa o fin ilícito*

En el aspecto objetivo, la causa debe ser entendida como la función económica y social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada, mientras que, en su aspecto subjetivo, la causa es la finalidad práctica perseguida inmediatamente por

²³ TABOADA, Lizardo: “Acto Jurídico, Negocio Jurídico y contrato”. Grijley, Lima, 2002, p. 335.

²⁴ *Ibidem*

²⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: “El Negocio Jurídico”. Grijley, Lima, 1994, p. 535.

las partes o, como ciertos autores la llaman, la “intención práctica” a la que se dirige específicamente la voluntad de las partes²⁶.

d) Simulación absoluta

Como se sabe se entiende por simulación a la falta de correspondencia entre la voluntad declarada y la verdadera voluntad de las partes contratantes, realizada de común acuerdo por éstas. Puede tratarse de un solo acto “simulado” en la simulación absoluta y de dos actos el simulado y el “disimulado” que contiene la verdadera voluntad de las partes, en la simulación relativa. En estos casos, el acto simulado siempre será nulo (en la simulación absoluta y la relativa) por no representar la voluntad de las partes. La validez del acto disimulado dependerá de si presenta los elementos, presupuestos y requisitos para su validez.

f) Ausencia de la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad

Cuando la ley establezca determinada formalidad para la validez del acto o negocio jurídico, éste se convierte en un acto jurídico *ad solemnitatem*, en este caso la forma prescrita por la ley se convierte en un elemento esencial del acto jurídico y su ausencia constituye causal de nulidad.

2.3.2. ANULABILIDAD

A diferencia de la nulidad que supone un defecto severo en la estructura del acto jurídico, la anulabilidad consiste en un vicio en la estructura. Este vicio corresponde a deficiencias del negocio menos graves que las que producen la nulidad²⁷. La anulabilidad se fundamenta en la tutela del interés privado de las partes que han celebrado dicho acto jurídico; por lo que puede ser interpuesta por la parte que se ve afectada con la causal correspondiente, a diferencia de la nulidad en que se tutela un interés público y puede ser ejercitada además de los terceros con interés legítimo, por el Ministerio Público. En este sentido, el art. 222° del Código Civil prescribe: “Esta

²⁶ PALACIOS: *Ob. Cit.* p. 143. Sostienen esta misma posición BETTI: *Ob. Cit.* p. 143; DE CASTRO BRAVO, Federico: “*El Negocio Jurídico*”. Civitas, Madrid, 1985, p. 190.

²⁷ BETTI: *Ob. Cit.* p. 410.

nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio lo establece la ley”.

El negocio jurídico afectado de la nulidad no produce los efectos propios deseados por las partes, por el contrario, el negocio jurídico afectado de anulabilidad produce ciertamente el efecto a que se dirige, ya que de momento contiene todos los elementos constitutivos indispensables, sólo que, por estar afectados algunos de estos elementos por un vicio fundamental, puede ser impugnado y, en consecuencia destruido²⁸. Si bien los actos anulables en primera instancia nacen produciendo todos sus efectos jurídicos, alternativamente tienen dos posibilidades: que el acto sea confirmado o convalidado, o que sea declarado judicialmente nulo, a través de la acción de anulabilidad. En este último caso, los efectos que dicho negocio jurídico produjo desaparecen desde su nacimiento, por efecto de la sentencia judicial firme que tiene carácter retroactivo. De otro lado, la nulidad del negocio jurídico anulable no opera de pleno derecho, como la nulidad propiamente dicha; en este caso la sentencia que declara su nulidad tiene carácter constitutivo. Finalmente, las causales de anulabilidad serán siempre expresas o textuales, no existiendo anulabilidad virtual.

2.3.3. REVOCABILIDAD E INOPONIBILIDAD - ACCIÓN PAULIANA

La acción revocatoria o pauliana es un mecanismo ideado para la tutela del crédito²⁹, ante los actos de disposición del deudor, facultándose al acreedor para solicitar judicialmente la ineficacia de los actos que perjudican su crédito. Busca conservar el patrimonio del deudor sancionando con ineficacia, respecto al acreedor, el acto ilícito o defraudatorio por el cual se afecta la garantía del crédito constituido por el íntegro del patrimonio del deudor. En sentido estricto el fraude de acreedores es, concisamente, un problema de comportamiento impropio o imperfecto del deudor ante la expectativa del acreedor. Comportamiento que se traduce en un acto jurídico de significado patrimonial, negocial o no, mediante el cual el deudor, a sabiendas de las

²⁸ PUIG PEÑA, citado por Vidal Ramírez: *Ob. Cit.* p. 519.

²⁹ Debe entenderse que CRÉDITO “... es el derecho que el acreedor ostenta, para obtener la satisfacción de su propio interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de prestación (...). La situación del acreedor no es una simple expectativa de una conducta futura del deudor, sino un auténtico poder jurídico para exigirla”. DIEZ-PICAZO, Luis: “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”. Civitas, Madrid, 1996, p. 101.

posibles consecuencias de su conducta, crea las condiciones para frustrar la posibilidad de que sus acreedores puedan satisfacer sus créditos mediante la ejecución de sus bienes. En otras palabras, la conducta dolosa del deudor permite situar un bien fuera del alcance del acreedor, influyendo negativamente sobre la subsistencia de su patrimonio conocido³⁰. Por ello se dice que la función que cumple la acción revocatoria es de tutela del derecho de crédito, conservativa del patrimonio del deudor³¹. Esta acción tiene su antecedente directo en la *actio pauliana* que permitía revocar los actos de enajenación del deudor cumpliendo dos condiciones; la primera referida a que los actos hayan producido un daño a los acreedores disminuyendo la garantía genérica (*eventus damni*) y la segunda referida al conocimiento por parte del adquirente (*consilium fraudis*) de la insolvencia del deudor y de la circunstancia que la enajenación produciría el *eventus damni*³².

MESSINEO sostiene que, desde el punto de vista del efecto y del modo en que opera, la acción pauliana no importa anulación o declaración de nulidad del acto de disposición, sino la declaración de ineficacia de dicho acto y solamente frente al acreedor que insta; que por tanto, se trata de hacer declarar una ineficacia relativa, por efecto de la cual el acto de disposición se hace inoponible al acreedor que insta y queda neutralizado respecto de él³³. En tal sentido, se ha señalado que la acción revocatoria se caracteriza por ser relativa, en cuanto a los sujetos, puesto que sólo respecto al acreedor o acreedores impugnantes opera la ineficacia del acto revocante, conservando su

³⁰ LOHMAN LUCA DE TENA, Juan G.: “*El Negocio Jurídico*”. Segunda edición, Grijley, Lima, 1994, p. 400.

³¹ JEREZ DELGADO, Carmen: “*Los Actos Jurídicos objetivamente fraudulentos*”. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p.56.

³² MORALES HERVIAS, Rómulo: “*Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez o de ineficacia*” En Diálogo con la Jurisprudencia. Año 12, N° 100, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2007, p. 140. MOSSET ITURRASPE, Jorge: “*Contratos simulados y fraudulentos*”. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 230 señala: “Ya en el Derecho Romano, motivado por la necesidad de defraudar a sus acreedores, el deudor enajenaba alguna de las cosas comprendidas en la posesión común, y no pudiendo funcionar la acción directa el pretor se inclinó a conceder al acreedor una acción especial, *vindicatio utilis*, mediante la cual podía reivindicar del tercero *comcius fraudes*, la cosa enajenada, como si fuera propietario de ella. Luego, ante la enajenación de cosas incorpóreas, contra las cuales la *vindicatio utilis* no procedía, y ante las dificultades para suministrar la prueba del derecho de propiedad del deudor, el pretor otorgó el *interdictum fraudatorium*, como complemento de aquella acción, para la cual era suficiente probar que la cosa había estado en el patrimonio del deudor. Después el pretor acordó la *actio in factum* que, a diferencia del interdicto sólo procedía contra el tercero, ejercitándose contra el *nesciens fraudes* y luego contra el *sciens fraudes*, viniendo a constituir lo que se denominó acción pauliana.

³³ MESSINEO, citado por VIDAL RAMÍREZ: *Ob. Cit.*, p.375.

eficacia respecto a otros acreedores o a terceros³⁴; asimismo, está limitada al perjuicio económico que el acto materia de la acción ha causado al acreedor accionante.

Pueden ser revocados los actos de disposición del deudor, por los cuales enajena sus bienes, ya sea a título oneroso o gratuito, esto es, aquellos que impliquen un desprendimiento patrimonial, como la compraventa, cesión de derechos, anticipo de legítima, donación, etc. También serán materia de la acción revocatoria, la renuncia de derechos, como la renuncia a herencias y legados, la renuncia a la prescripción ya ganada o la condonación de obligaciones. Finalmente, también los actos de constitución de garantías por deudas propias o ajenas (hipoteca, prenda, anticresis), si ponen en riesgo el crédito del acreedor.

En la doctrina y jurisprudencia comparadas se distingue la acción pauliana contra actos de disposición gratuitos y onerosos, normalmente se admite en todos los casos de actos gratuitos sin establecer mayores requisitos o condiciones, en cambio para admitirla en los casos de actos onerosos, se exige que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor; y si el acto de disposición fuera anterior al nacimiento del crédito del acreedor, que haya existido concertación entre el deudor y el tercero para perjudicar al acreedor. En estos últimos casos, se toma bastante en cuenta el aspecto subjetivo del deudor y eventualmente del tercero, pero la tendencia moderna es a la concepción objetiva del acto fraudulento³⁵.

Los efectos de la acción son: **a)** La restitución por parte del tercero, al patrimonio del deudor, de los bienes recibidos por el acto en la medida necesaria para evitar el daño ocasionado al acreedor; pero en todo caso, podrá enervar el ejercicio de la acción pagando la deuda, pues la finalidad de ésta es evitar el daño, por lo que una vez desaparecido el daño o la posibilidad de causarlo, el acreedor perderá legitimidad para ejercitar la acción. La cancelación puede hacerse antes del ejercicio de la acción, durante el proceso e inclusive en ejecución de sentencia. **b)** El negocio revocado sigue

³⁴ “La ineficacia sólo favorece al acreedor accionante, la declaración de ineficacia, al no anular el acto fraudulento, no modifica la relación jurídica entablada entre el fraudador y el adquirente, limitándose tan sólo a posibilitar a que el acreedor pueda embargar los bienes y hacerse pago con ellos, aun cuando éstos se encuentren en el ámbito patrimonial del adquirente”. VIDAL RAMÍREZ: *Ob. Cit.*, p. 390.

³⁵ Al respecto ver, JEREZ DELGADO, Carmen: *Los Actos Jurídicos objetivamente fraudulentos*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

siendo válido entre las partes. Se habla en la doctrina del efecto repristinario, es decir la recuperación de la posibilidad de afectación de los bienes con fines de pago de la deuda.

c) En cuanto a los subadquirentes se puede decir que produce efectos en cascada contra todos los negocios contiguos, sean estos de buena o mala fe; sólo cuando se trate de un acto de buena fe y a título oneroso se interrumpe el curso de la acción, procediendo en este caso la indemnización a que hubiera lugar.

El titular de la acción será el acreedor de quien ha realizado el acto revocante, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o plazo. El acreedor puede ser: **a)** acreedor quirografario, cuyo crédito no esté respaldado por una garantía específica; **b)** acreedor privilegiado que no tiene garantías específicas, es decir, aquel que por mandato legal tiene un privilegio expresado en la preferencia del cobro de su crédito con relación a las deudas que pudiera tener su deudor; **c)** Acreedor garantizado o pignoraticio, por la parte del crédito que no esté garantizada por garantía específica; y, **d)** En general todo acreedor cuyo crédito no está debidamente garantizado.

En cuanto al plazo para interponer la acción es distinto en las diversas legislaciones, así en España es de cuatro años, en Suiza es de dos años, en nuestro medio, conforme al inciso 4) del artículo 2001° del Código Civil, deberá ejercitarse dentro de los dos años de realizado el acto de disposición o gravamen.

En nuestro medio la acción pauliana está prevista en el artículo 195° del Código Civil, y en general comparte los criterios desarrollados por la doctrina extranjera, resultando válido para la interpretación y funcionalidad de esta institución, todo lo desarrollado líneas antes. Específicamente, el Código Civil establece:

1. La acción pauliana o revocatoria podrá ejercitarse contra los actos fraudulentos del deudor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo.

2. Podrá ejercitarse contra todos los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito, presumiéndose la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

3. Tratándose de actos a título oneroso, si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, para la declaración de ineficacia se requiere que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual a los mismos.

4. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, tratándose también de actos a título oneroso, se requiere que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conozca o esté en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carecía de otros bienes registrados.

Aun cuando la norma no hace referencia en forma expresa a los actos gratuitos celebrados con anterioridad al nacimiento del crédito del acreedor, nada impide que también proceda la acción si es que se advierte una concertación del deudor y el tercero con la finalidad de defraudar al acreedor.

De otro lado, se establece expresamente que la ineficacia del acto no perjudica a los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe. Asimismo, se establece que no procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta de documento de fecha cierta. Finalmente, se establece que procede las medidas cautelares en el procedimiento de declaración de ineficacia para evitar que el perjuicio se torne irreparable.

En todos los casos, se requiere: la existencia de un crédito o expectativa, el acto de disposición patrimonial y el perjuicio. Tratándose de actos a título gratuito es irrelevante establecer la buena o mala fe del adquirente, ya que ésta no tiene importancia al respecto; mientras que en los actos a título oneroso, si la enajenación es anterior al crédito se requiere el concierto fraudulento entre el deudor y el tercer adquirente; en cambio, si es posterior al crédito sólo se requiere que el tercer adquirente haya conocido o podido conocer el perjuicio al acreedor.

La Ley General del Sistema Concursal N° 27809, en su artículo 19°, ha regulado la denominada Acción Revocatoria Especial, que se asimila a la acción pauliana del Código Civil, esta norma prevé la inoponibilidad frente a los acreedores del concurso, de los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación. Asimismo, también, el juez podrá declarar ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación cuando se trate de cualquiera de los siguientes casos:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste;
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
- h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

Declarada la ineficacia de los actos del deudor, el juez ordenará el reintegro de los bienes a la masa concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos, según corresponda. Finalmente, la declaración de ineficacia, y su consecuente inoponibilidad a los acreedores del concurso, es tramitada en la vía del proceso sumarísimo, estando legitimados para interponer dicha demanda la persona o entidad que ejerza la administración de los bienes del deudor o el liquidador, o uno o más acreedores reconocidos.

2.4. NULIDAD DE ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN DE BIENES QUE GENERAN LA FALTA DE PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL.

2.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 97° DEL CÓDIGO PENAL.

La nulidad de los actos jurídicos y obligaciones asumidas por el agente del delito con posterioridad a la comisión del delito, está contenida en el artículo 97° del Código Penal en actual vigencia. Una norma equivalente aparecía en el artículo 74° del Código Penal de 1924; la única diferencia entre ambas normas está en que el Código de 1991, establece que los actos serán “nulos” mientras que el de 1924, disponía que serán “anulados”. Concretamente no se ha determinado el verdadero contenido de estas normas, lo que ha generado su exigua aplicación en la práctica; sobre todo dentro del propio proceso penal, en un primer momento debido a la inexistencia de un adecuado desarrollo en la norma adjetiva procesal penal³⁶. Esta situación, a la fecha, se ha resuelto con la promulgación del Decreto Legislativo 959 que incorporó el artículo 188°-A al Código de Procedimientos Penales, norma que en términos generales reproduce lo previsto en el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal. En esta norma se ha establecido el procedimiento para ejercer la pretensión anulatoria de los negocios jurídicos realizados por los agentes del delito que podrían afectar al posterior pago de la reparación civil, así como también la nulidad de las transferencias de bienes sujetos a decomiso. Con ello se viene a viabilizar la acción de nulidad de transferencias establecidas en el artículo 97° del Código Penal, asimismo, se hace posible la

³⁶ Lamentablemente esta norma no ha sido cabalmente comprendida y aplicada por los operadores procesales, así como tampoco es ejercitada por los propios abogados patrocinantes de los diversos agraviados, a pesar del rendimiento práctico que esta institución representa para la resolución de los conflictos sociales generados por el delito así como para la eficacia y eficiencia de la administración de justicia.

recuperación de los bienes sujetos a decomiso (instrumentos, efectos y ganancias del delito), comprendidos en el artículo 102° y demás artículos del Código Penal así como otras normas penales especiales como la Ley Penal contra el Lavado de Activos y de Delitos Aduaneros, cuando dichos bienes hubiesen sido transferidos con la finalidad de evitar su incautación y decomiso³⁷.

³⁷ Mediante Decreto Legislativo N° 982, publicado en el Diario Oficial el Peruano con fecha 22 de Julio de 2007, se ha incorporado al Código Penal el artículo 417°-A- Insolvencia Provocada, el que prevé: *“El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro.*

La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesorias en el proceso penal respectivo.

Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152° al 153° A, 200°, 296° al 298°, en la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, instrucción y el juicio), será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Sin pretender realizar un estudio exhaustivo de esta nueva figura penal, al no ser objeto de esta investigación, cabe precisar que con esta figura delictiva se ha tipificado los supuestos contenidos en el art. 97° del Código Penal, ubicándose esta modalidad delictiva dentro de los delitos contra la administración de justicia, siendo éste el bien jurídico protegido por el tipo penal, no sólo por la ubicación sistemática de la norma, sino precisamente porque, si bien la conducta del agente está dirigida al cumplimiento de la reparación civil, de carácter privada; sin embargo no debemos obviar que constituye un claro incumplimiento del mandato judicial, además del interés público que subsiste en el ordenamiento jurídico que impone al Estado y sus instituciones no sólo la persecución del delito, sino también la restauración del conflicto privado creado por éste; aún mas, el tribunal Constitucional ha afirmado en la sentencia del Exp. N° 2494-2005-AA - Caso Bladimiro Huarancco, lo siguiente: “Tal como lo ha reiterado este Tribunal (Cfr. STC 4080-2004-AC; STC 0015-2001-AI), la ejecución de las sentencias en sus reales términos constituye hoy en día una suerte de “plebiscito abierto” sobre la viabilidad y práctica del Estado Constitucional. En este sentido, este Tribunal ha establecido que: (...)tras el reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias no sólo está el derecho subjetivo del vencedor en juicio, sino también una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado Democrático de Derecho (...) en la medida que cuando un Tribunal de justicia emite una resolución, y esta adquiere la condición de firme, con su cumplimiento no sólo se resuelve un conflicto y se restablece la Paz social, sino, además, en la garantía de su cumplimiento, se pone a prueba la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. (STC 0015-2001-AI, F113).

La figura penal *in comento* sanciona en su primer párrafo al responsable civil, entiéndase al procesado (causante del daño) y al tercero civilmente responsable, que realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente; incluyéndose un elemento subjetivo adicional al dolo, representado por la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil (elemento de tendencia interna trascendente); el que no requiere su cumplimiento para la consumación del delito, bastando con que el agente actúe con dicha finalidad. De otro lado, el segundo párrafo regula un supuesto específico, por la calidad del agente, esto es, el representante de una persona jurídica, que con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada; debe precisarse que dicha modalidad delictiva adolece de un error de técnica legislativa contenida en el elemento de tendencia interna trascendente: *“finalidad de eludir total o parcialmente la imposición de una consecuencia accesorias en el proceso penal respectivo”*, por cuanto el tipo penal está dirigido a reprimir las conductas tendientes a impedir el pago de la reparación civil, la que nada tiene que ver con las consecuencias accesorias. En este sentido, no entendemos de que forma la disposición de bienes podría afectar la aplicación de medidas a las personas jurídicas –Art. 105° C.P.-; asimismo, tratándose de bienes materia de decomiso, dichos actos de disposición podrían implicar la consumación del delito de Lavado de Activos, en tanto se cumplan las exigencias típicas. El tercer párrafo contiene una modalidad agravada, en relación a determinados tipos delictivos que serán materia de proceso penal y de imposición de la Reparación Civil.

Finalmente, cabe cuestionar la necesidad de sancionar penalmente estas conductas, puesto que el recurso a la

Sin embargo, tanto respecto a la acción contenida en la antigua norma del Código de 1924 así como a la contenida en el Código en actual vigencia, se ha discutido y viene discutiendo si se trata de un supuesto de “nulidad”, de uno de “anulabilidad” o de simple “inoponibilidad”³⁸. Así se ha sostenido que la sanción de “*nulidad*” de los actos de disposición del agente del delito o del tercero civil previstos en el artículo 97° del Código, sería excesiva y que hubiese sido preferible considerar únicamente un supuesto de inoponibilidad del negocio jurídico, lo que resultaría más adecuado y proporcional, como sucede en el caso de la inoponibilidad devenida de la acción *pauliana o revocatoria*, donde existe un supuesto de ineficacia relativa, entendida como la decadencia de ciertos efectos negociales, mas no de la totalidad de ellos, de forma que los efectos negociales o parte de éstos no puedan ser invocados contra ciertos sujetos³⁹. Asimismo, se sostiene que el artículo 97° del Código Penal adolece de un error de técnica legislativa, por cuanto se estaría prolongando en el tiempo un error de terminología en el que se incurrió en el Código Civil de 1936, que denominaba al fraude a los acreedores “acción de anulabilidad” o “acción revocatoria”, utilizando indistintamente (por influencia del C. C. Argentino de 1871) los vocablos “revocación” y “anulabilidad”; error que habría sido asimilado por el Código Penal de 1924, al señalar que los actos de disposición del agente del delito podrán ser “anulados”, queriendo hacer referencia a la “revocación”⁴⁰, repitiéndose en el Código Penal de 1991.

Por nuestra parte, consideramos que el artículo 97° del Código Penal, expresamente establece que los actos y obligaciones en cuestión “*son nulos*”, con lo que en concordancia con el numeral 7) del artículo 219° del Código Civil, que establece que “el acto jurídico es nulo, cuando la ley así lo declare”, se puede concluir que se trata

acción penal no resulta ser la más eficaz para el logro de la finalidad buscada por dicho tipo delictivo, máxime si dichas conductas ya son materia de una regulación como supuestos de nulidad de los actos jurídicos de transferencia, lo que resulta más eficaz y eficiente que la imposición de la pena.

³⁸ “La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por ley, que priva a un negocio jurídico válido y eficaz de sus efectos propios, con relación a ciertos terceros a los cuales la ley dirige su protección”. GOLDENBERG, citado por MERINO ACUÑA, Roger: “*La acción Revocatoria o pauliana. Lineamientos Fundamentales*” En Actualidad Jurídica. Tomo 156, Gaceta Jurídica, Lima, Noviembre 2006, p. 34, nota 10.

³⁹ Al respecto, véase VILLA PADILLA, Renato y CASTILLO RODRÍGUEZ, Lucio: “*La Nulidad de Transferencias en el Nuevo Código Procesal Penal: ¿Protección de los Derechos de la Víctima o Afectación de los Derechos del Procesado?*” En Revista del Nuevo Código Procesal Penal, Librería y Ediciones Jurídicas EIRL, Lima, 2004, pp. 91-98.

⁴⁰ Véase, MORALES HERVIAS, Rómulo: *Ob. Cit.*, p. 141.

de una causal de nulidad del acto jurídico. Descartándose la posibilidad de la anulabilidad del acto jurídico, contenida más o menos de forma clara en el artículo 74° del anterior Código Penal. Para éste último caso, nos parece que resultaba acertada la crítica de la doctrina civil, respecto a la influencia negativa del Código Civil Argentino de 1871; hecho que se habría superado con la terminología usada por el nuevo Código Penal.

Abona a la tesis de que se trata de una acción de nulidad, el hecho de que si se prueba que el acto de disposición se realizó de modo concertado entre el deudor y el tercero y con la finalidad de defraudar al acreedor, estaremos ante un acto jurídico nulo por ilicitud del fin o de la causa⁴¹; en igual sentido si se trata de un supuesto de simulación del acto de disposición fraudulento⁴².

Sin embargo, un razonamiento elemental como el esbozado, no sería suficiente, si se tiene en cuenta que el artículo en comento, no está referido a un supuesto de responsabilidad contractual cuya fuente es el acto jurídico (negocio jurídico o un acto jurídico en general), por el contrario, se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, la que muestra ciertas especificidades en cuanto a su funcionalidad⁴³.

⁴¹ En este caso, podría sostenerse que los actos realizados por el agente del delito en detrimento de su patrimonio, son nulos al estar afectados por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración y que supone un defecto en su estructura, el que recae en uno de los elementos que conforman la estructura del negocio jurídico, esto es, la causa o fin. Al respecto, según el inciso 4 del artículo 219° del Código Civil, el acto jurídico será nulo cuando su fin sea ilícito, esto en concordancia con el art. 140° C.C. que en su inciso 3, señala como requisito de validez del acto jurídico, un fin lícito. Aludir a la idea de fin, implica vincular ésta a la de causa. La doctrina moderna considera a la causa desde un doble aspecto, uno objetivo y otro subjetivo, esta última relacionada con la finalidad práctica perseguida inmediatamente por las partes, siendo que este último aspecto subjetivo permite incorporar los motivos ilícitos a la causa.

La doctrina crítica tanto a las concepciones objetivas y subjetivas que por sí solas pretenden explicar la noción de causa, por enfocarla desde aspectos unilaterales; así, se cuestiona, a quienes asumen una postura subjetiva, la no satisfactoria solución a los casos de ausencia de causa; mientras que a las posturas objetivas, se cuestiona la imposibilidad de explicar los supuestos de ilicitud de la causa.

En este mismo sentido, TABOADA CORDOVA, Lizardo: *'Nulidad del Acto Jurídico'*. Grijley. Lima. 2002. Al respecto, GALGANO, *Ob. Cit.*, p. 265, señala que el concepto de ilicitud manifiesta una contravención del contrato con el ordenamiento jurídico de mayor gravedad que la resultante de su contrariedad con normas imperativas: la fórmula supone reprobación por el resultado que las partes, mediante el contrato, se propone realizar, bajo el triple aspecto, del objeto del contrato, de la causa del contrato y de los motivos del contrato.

⁴² MORALES HERVIAS, Rómulo: *Ob. Cit.*, p. 144.

⁴³ Aun cuando, la doctrina mayoritaria coincide y aboga por la unidad de ambos tipos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual), funcionalmente y desde una perspectiva práctica, se señalan como razones para diferenciarlos, además de su distinto origen, las siguientes: *a)* La capacidad negocial de los obligados, pues mientras que en la contractual el obligado tiene que ser necesariamente una persona con plena capacidad de ejercicio, precisamente por que la capacidad es necesaria para vincularse contractualmente, en la extracontractual no es necesaria dicha capacidad, puesto que pueden resultar involucradas personas incapaces que hayan causado el daño, exigiéndose únicamente que hayan actuado con cierta capacidad de discernimiento,

Puesto que en la responsabilidad contractual, las partes establecen voluntariamente los límites o parámetros dentro de los cuales asumen sus obligaciones, y de ese modo fijan el ámbito de sus respectivas responsabilidades (por ejemplo en casos de cláusula penal), ya que se trata de una relación jurídica nacida en el ámbito estrictamente patrimonial; distinto será el caso en que los hechos se sucedan en el ámbito extracontractual, en los que la relación jurídica se produce sin que exista vinculación previa alguna entre el acreedor (agraviado) y el agente del delito (deudor) y por tanto, las partes no han tenido oportunidad de determinar el ámbito de sus respectivas responsabilidades; y tanto más si a través del hecho dañoso se ha afectado bienes jurídicos que no tienen un contenido patrimonial, pero que por razones de equidad y justicia se permite la compensación o entrega de una prestación resarcitoria, tales son los casos de la afectación de la vida, la integridad física o psíquica, el honor, la intimidad, etc. El hecho es más elocuente aun, cuando se trata de un tipo de responsabilidad civil proveniente del delito. En estos casos, será la ley, orientada a la protección de los intereses vitales de la comunidad (bienes jurídicos penalmente tutelados), la que determine los límites de la responsabilidad y la naturaleza de la reacción jurídica frente al hecho delictivo, entre las que además de las penas y medidas de seguridad, se considerarán las demás medidas tendentes a evitar el indebido enriquecimiento a través del delito (decomiso) y las medidas destinadas a lograr la reparación del daño, en torno a las cuales se ha establecido la acción de nulidad materia del presente análisis.

inclusive, por razones de equidad se puede hacer responsables extracontractualmente a personas incapaces sin ningún discernimiento, tal es el caso del artículo 1977° de nuestro Código Civil, por ejemplo. *b)* El grado de calificación de la culpa, ya que para la atribución de responsabilidad contractual se requiere de culpa grave (inexcusable) y leve, resultando difícil la atribución en casos de culpa levísima, en cambio para la extracontractual no hay problema alguno para atribuir responsabilidad por esta última. Asimismo, en la contractual no responderá el agente en casos de culpa leve por los daños que no pudo prever, lo contrario sucede en la extracontractual, en la que la reparación del daño será de modo integral, ya que en ésta no se admiten grados de culpa. *c)* Los plazos de prescripción también son diferentes, en caso de la contractual (en nuestro ordenamiento jurídico) es de 10 años mientras que para la contractual es de dos años. *d)* Para que surja la responsabilidad contractual es necesaria la mora de parte del obligado, la extracontractual se constituye por el hecho mismo del daño y nace en el instante en que éste se ha causado. *e)* En cuanto al monto o magnitud del daño, en los casos de contratos cuyo objeto es una obligación sujeta a cláusula penal, el demandante no está obligado a probar la entidad y magnitud del daño, siendo suficiente invocar la cláusula penal a través de la cual se ha determinado con antelación la entidad y monto de éstos; ello no es posible en la responsabilidad extracontractual en que se tiene que probar todos y cada uno de los daños si se aspira a una reparación integral. *f)* Se considera válido el pacto de limitación y exclusión de la responsabilidad contractual y nulo, en cambio, el pacto relativo a la responsabilidad extracontractual. Sobre todo, cuando se trata de actos dolosos.

Al respecto ver: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Universidad de Deusto, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p.15-16. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *“La Responsabilidad Extracontractual”*. Fondo Editorial, PUCP, Lima 1988, p. 418. ALPA, Guido: *“Estudios sobre la responsabilidad civil”*. Ara Editoriales, Lima, 2001, p. 28, entre otros.

Como se sabe, la responsabilidad civil *ex delicto*, si bien es un tipo de responsabilidad extracontractual, reviste cierta especialidad, en cuanto se vincula al *interés público* subyacente en el ordenamiento jurídico que impone como deber al Estado y sus instituciones, la persecución del delito y la restauración del conflicto privado o particular (patrimonial) generado por el mismo. Este interés público es el que se toma en cuenta para facultar al Ministerio Público⁴⁴ para ejercitar la acción resarcitoria en el proceso penal⁴⁵, así como para interponer la acción anulatoria de los actos jurídicos fraudulentos materia del presente trabajo (que desarrollaremos detalladamente más adelante), el mismo que también faculta y justifica la actuación del Ministerio Público en caso de la acción de nulidad del acto jurídico, tal como se establece en el artículo 220° del Código Civil.

En este sentido, aun cuando la acción de anulación contenida en el artículo 97° del Código Penal, no encaja directamente en el supuesto de nulidad de acto jurídico previsto en el numeral 7) del artículo 219° del Código Civil, el interés público que se encuentra en juego, nos lleva a la conclusión de que se trata de una *causal de nulidad*, con todas las consecuencias que ello implica. Pues de otro modo no se podría explicar la actuación obligada del Ministerio Público en ausencia de la parte agraviada por el delito⁴⁶. En este mismo sentido también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁴⁷.

⁴⁴ Es función del Ministerio Público, conforme a la Constitución Política del Estado y a su Ley Orgánica, Decreto Legislativo N° 052, entre otras, promover de oficio o a petición de parte la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. Entre estos últimos, figura la acción de resarcimiento y en su caso la acción de nulidad que estamos tratando.

⁴⁵ Respecto a la naturaleza jurídica del resarcimiento del daño en el proceso penal véase GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La reparación civil en el proceso penal”*. Segunda Edición, Idemsa, Lima, 2005.

⁴⁶ Sin embargo, debemos precisar que cuando nos referimos al interés público que autoriza al Ministerio Público a actuar en estos casos, no nos estamos refiriendo al *orden público* (o a las buenas costumbres) contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil (aun cuando ambos están referidos a un interés general tutelado por la ley). Ya que en este caso resultaría de aplicación el numeral 8) del artículo 219° del Código Civil, y no el 7) como estamos sosteniendo.

El orden público se vincula a las llamadas normas imperativas que constituyen fundamento del sistema jurídico; las mismas que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes. Según las clasificaciones generales de las normas jurídicas: generalmente éstas se identifican por el hecho de que no contienen la frase “salvo pacto en contrario”, “salvo la voluntad de las partes en contrario”. A estas normas se contraponen las normas dispositivas, las cuales admiten, mediante un inciso del tipo indicado, una voluntad distinta de las partes; así como también las normas supletorias, las cuales prevén la disciplina de una cierta relación para la hipótesis en la que los interesados no la hayan previsto, generalmente se introducen en el inciso “si las partes no han dispuesto otra cosa diversa” u otros semejantes. GALGANO: *Ob. Cit.*, pp. 252-253. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: *“Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho”*. Idemsa, Lima, 2001, p. 232, señala: “A las normas imperativas se las llama también normas necesarias, *cogentes (normae cogenti o ius cogens)*, *inderogables, categóricas, taxativas o de orden público (...)* Las normas públicas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto, a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni en forma total

Asimismo, es necesario precisar que las normas contenidas en el Código Penal como los artículos 92° y 93° constituyen normas imperativas indiscutibles que imponen el necesario resarcimiento del daño al agente del delito. La necesidad de reparación en estos casos es de tal trascendencia que han llevado al Derecho nacional y comparado a realizar reformas significativas, pasando por amparar el resarcimiento en el propio proceso penal hasta la creación de fondos públicos en orden al resarcimiento, esto es, orientados a suplir la incapacidad económica del condenado para cubrir el monto total de la indemnización correspondiente⁴⁸. Igualmente, la propia legislación internacional ha puesto énfasis en el resarcimiento de la víctima, así la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de la Organización de las Naciones Unidas, enuncia como uno de sus principios fundamentales, que: “... *los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos...*”⁴⁹.

Aún más, en el ámbito Constitucional, se ha señalado que: “... *los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia – no*

ni parcial, en sus actos privados (*ius publicum privatorum pactis mutare nequit*). El mandato de las normas imperativas debe ser cumplido obligatoriamente, sin excusa alguna. Regulan intereses que trascienden los intereses de los particulares, por lo cual no admiten ser derogadas por pactos privados”.

⁴⁷ EXP. N°: 2494-2005-AA, de fecha 21 de noviembre del 2006. Caso Bladimiro Huaranca Ayrampo.

⁴⁸ Dentro de estos mecanismos se destaca la constitución de fondos que garanticen el derecho de las víctimas a la reparación de los daños materiales y morales, en casos en los que el procesado no tiene la capacidad económica para asumir el pago de tales perjuicios. Dichos fondos, han sido tradicionalmente creados para compensar a las víctimas de delitos violentos, así por ejemplo en Francia, las víctimas de terrorismo, agresión sexual, homicidio culposo, así como las víctimas de estafa o abuso de confianza pueden ser indemnizadas con dineros de un fondo de garantía, el cual subroga en los derechos de la víctima para obtener del condenado el reembolso de la indemnización pagada. En los Estados Unidos, mediante el Victims of Crime Act of 1984, se creó el Fondo de Compensación de Víctimas, al que se destinan todas las multas, sanciones pecuniarias e incautaciones de dinero que hagan las autoridades; en Canadá también se ha creado un fondo para la reparación de las víctimas de crímenes violentos mediante el Crime Victims Compensation Act de Québec y el Crimes Act de Canada.

⁴⁹ La referencia a las normas internacionales es ineludible; es por ello que, el Tribunal Constitucional Español ha puesto de relieve su influencia en la inmediatez en la búsqueda de soluciones eficaces a favor de la víctima, así en la STC 5/1993, del 14 de enero de 1993 señala: “...*la necesidad de agilizar el abono de las indemnizaciones a favor de quienes han sufrido las consecuencias de un accidente de tráfico puede a su vez considerarse también como un fruto de las tendencias internacionales de protección a la víctima...*”. Asimismo, la Declaración aprobada por Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, o el Convenio Europeo 116, relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, de 14 de noviembre de 1983, instan a los Estados signatarios a adoptar medidas tendientes a obtener una rápida reparación.

*restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantiza, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la **reparación económica de los daños sufridos**”⁵⁰. Incluso, el Tribunal Constitucional Peruano, refiriéndose al cumplimiento del pago de la reparación civil contenida en las sentencias, ha señalado que “... tras el reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias no sólo está el derecho subjetivo del vencedor en juicio, sino también una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado Democrático de Derecho (...) en la medida que cuando un Tribunal de justicia emite una resolución, y ésta adquiere la condición de firme, con su cumplimiento no sólo se resuelve un conflicto y se restablece la paz social, sino, además, en la garantía de su cumplimiento, se pone a prueba la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico”⁵¹.*

Con todo lo dicho, parecería quedar claro que la acción contenida en el artículo 97° del Código Penal, es una **acción de nulidad** sin discusión alguna. Sin embargo, si se revisa con detenimiento el contenido de dicha norma, se puede apreciar su total similitud con la **acción revocatoria o pauliana** contenida en el artículo 195° del Código Civil; pues, se trata de una acción que busca la ineficacia del acto de disposición o gravamen practicado por el agente del delito (deudor de la prestación resarcitoria), cuando perjudica al crédito del agraviado por el delito (acreedor en esta relación jurídica patrimonial). Esto es, se aprecia el mismo fundamento de la acción revocatoria⁵². Es más, al igual que en la acción revocatoria, se establece que procederá sólo cuando a través del acto jurídico en cuestión se disminuya el patrimonio del condenado

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° C-228 DEL 03 DE Abril de 2002, recaído en el Expediente N° D-3672, Magistrado Sustanciador Manuel José Cepeda.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0015-2001-AI/TC, f. 13. Asimismo, ha señalado que: “la ejecución de las sentencias en sus reales términos constituye hoy en día una suerte de “plebiscito abierto” sobre la viabilidad y práctica del Estado Constitucional. Exp. 4080-2004-AC/TC.

⁵² “... el fundamento sustancial de la acción revocatoria se puede seguramente identificar en una ineficacia doblemente relativa del acto de disposición del deudor con referencia a los sujetos y a los límites en que se verifican”. MORALES HERVIAS, Rómulo: *Ob Cit.*, p. 141.

(eventualmente, también del tercero civil) haciéndolo insuficiente para hacer frente al pago de la reparación. Es decir, si de algún modo el agente del delito (imputado o condenado) o el tercero garantizara el pago o paga la reparación civil, el acto de disposición perjudicial, se tomaría en un acto totalmente válido; lo que obviamente no sucedería si se asumiera que la acción en comento constituye un supuesto de nulidad (acción de nulidad); en cuyo caso, el acto que nació afectado por la causal de nulidad no podrá subsanarse, confirmarse o convalidarse, de conformidad con el artículo 220° *in fine* del Código Civil.

Ello nos llevaría a sostener que los actos o negocios de disposición o gravamen contra los cuales se concede la acción contenida en el artículo 97° del Código Penal, son actos o negocios jurídicos válidos y su admisión dentro del proceso no los invalida ni absoluta ni relativamente (nulidad o anulabilidad respectivamente), sino tan sólo resultarán ineficaces relativamente frente a los agraviados perjudicados con el delito, quienes, en virtud al acto de disposición o gravamen fraudulento, se ven impedidos de lograr la reparación civil del daño sufrido.

Como podrá advertirse, existen argumentos más o menos sólidos que abonan a la corrección de ambas posturas, encontrándonos ante un dilema para optar por alguna de estas posiciones, con todo lo que ello implica. Pues, si se asume que se trata de un supuesto de nulidad, implicaría afectar innecesariamente la libertad de contratación del deudor (agente del delito o tercero civil) así como la libre administración y disponibilidad de sus bienes, lo cual, inclusive, puede redundar en la mejora de su situación patrimonial. Asimismo, desde la perspectiva de la víctima o agraviado del delito (acreedor en la relación), tampoco resulta conveniente disponer la nulidad, puesto que con ello la restitución o desgravamen de los bienes en cuestión, beneficiaría a todos los acreedores, e incluso, puede darse el caso de que el agraviado que interpuso la acción, no pudiera ver satisfecha su pretensión resarcitoria al concurrir con algún acreedor privilegiado (alimentista, acreedor hipotecario o prendario, acreedor de obligaciones laborales, etc.). En cambio si se aceptara la posición de la revocabilidad o ineficacia relativa (forma de acción pauliana), el bien repuesto al patrimonio del agente del delito, responderá preferentemente por la obligación resarcitoria proveniente del delito; sólo después de satisfacer el pago de la reparación civil, podrá ser afectado por

otros acreedores. Igualmente, con esta posición, no se afectaría innecesariamente la libertad de contratación y disposición del agente del delito.

Con todo ello sin embargo, se dejaría de lado los argumentos que, como hemos visto, sustentan fundadamente la nulidad del acto de disposición o gravamen realizado por el agente del delito.

Es por ello que consideramos válido concluir, que en el caso que nos ocupa, el agraviado (acreedor) puede hacer uso de ambas acciones (de nulidad y de ineficacia, revocatoria o pauliana), según resulte más conveniente para la protección de sus derechos e intereses. Con lo que coincidimos plenamente con el criterio esgrimido por MORALES HERVIAS, cuando analizando las acciones de nulidad y revocatoria contenidas el Código Civil, concluye que: “El mecanismo de protección del fraude contra los acreedores no es incompatible con el remedio de la nulidad. El acreedor tiene el poder de elección entre la nulidad por una causal expresa legalmente o la inoponibilidad por fraude contra su derecho de crédito”⁵³. De este modo, en general, y cuando se busque únicamente asegurar el pago de la reparación civil el agraviado impugnará el acto de disposición o gravamen mediante la acción pauliana o revocatoria, de este modo, se asegura la exclusividad del beneficio que implica la restitución o desgravamen del bien. En cambio cuando se trate de un caso que ostensiblemente muestre la causal de nulidad por ser imposible jurídicamente, adolecer de causa ilícita o simulación absoluta, etc., el acreedor puede accionar la nulidad. Claro que en el primer supuesto, el Juez no está impedido de disponer la nulidad cuando razones de interés superior al simplemente reparatorio, así lo exija, puesto que la nulidad se puede declarar de oficio, tal como lo establece el artículo 220° del Código Civil y lo asume como criterio válido el Tribunal Constitucional⁵⁴.

2.4.2. ACTOS SUJETOS A LA ACCIÓN CONFORME AL ARTICULO 97° DEL CÓDIGO PENAL, AL DECRETO LEGISLATIVO N° 959 Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

⁵³ MORALES HERVIAS: *Ob. Cit.*, p. 144, quien también señala además: “ Es cierto que en muchos casos puede ser difícil, e igualmente imposible, probar la causal de invalidez del acto realizado por el deudor. Ante tal dificultad parece razonable admitir, que realizando el deudor un acto nulo, los acreedores puedan escoger entre los dos medios conservativos: la declaración de nulidad o la impugnación pauliana, cada una de ellas con sus requisitos y efectos propios”.

⁵⁴ EXP. N°: 2494-2005-AA, de fecha 21 de noviembre del 2006. Caso Bladimiro Huaranca Ayrampo.

Precisada nuestra posición respecto a la naturaleza de la acción contenida en el artículo 97° del Código Penal, conviene establecer qué actos pueden ser comprendidos en dicha acción. Como puede observarse, el texto del artículo 97° Código Penal hace referencia a los *“actos practicados o las obligaciones adquiridas”*, mientras que el artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales modificado por el Decreto Legislativo N° 959 alude a la *“nulidad de transferencias”* y finalmente, el Artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal se refiere, no sólo a las transferencias sino también a los *“gravámenes”* de bienes, con lo que aparentemente se estaría manejando criterios disímiles en dichas normas. Sin embargo, interpretándolas debidamente se puede concluir que con esta terminología (actos, transferencias, obligaciones o gravámenes) se hace referencia a todo tipo de transferencias capaces de disminuir los activos patrimoniales del deudor, tales como compraventa, permuta, donación, anticipo de legítima, cesión de derechos, constitución de patrimonio familiar, condonación de una deuda u otro acto que realice el procesado bajo cualquier título traslativo de propiedad; así como también a gravámenes de toda índole (hipoteca, prenda, anticresis, etc.) y en general todo tipo de obligaciones adquiridas con fines defraudatorios.

En cuanto a los actos que frustran el incremento del patrimonio del agente o del tercero civil, como la renuncia a una herencia o legado, a la prescripción ya ganada, etc., aun cuando puedan afectar el pago de la reparación civil, no pueden ser objeto de la presente acción, puesto que estos actos no están referidos a la disminución del patrimonio existente; en todo caso, siempre será posible interponer la acción conforme al inciso 4) del artículo 1219° del Código Civil⁵⁵.

No serán materia de nulidad los actos que devienen de un mandato judicial, o de una ejecución forzada, salvo -claro está- que dicho mandato devenga de un acto fraudulento, para lo cual la propia norma procesal civil, establece los mecanismos en orden a sancionar con nulidad la sentencia o acuerdo de las partes homologado por el Juez que han adquirido la calidad de Cosa Juzgada o han sido ejecutados⁵⁶.

⁵⁵ **Código Civil. Artículo 1219°.- Derechos y acciones del acreedor como efecto de las obligaciones.**

“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

(...)

4) *Ejecutar los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva”.*

La casuística penal muestra que en la mayoría de casos la enajenación de bienes, mediante compraventas, o la constitución de anticipos de legítima, son los medios más usados por los agentes del delito para burlar el pago de la reparación civil. Respecto a la compra venta, muchas de éstas adolecen de simulación absoluta, esto es, los obligados se valen de testaferros que fungen de supuestos compradores o se utilizan empresas de fachada a las cuales transmiten por cualquier medio sus bienes o activos.

Otro de los mecanismos preferidos es la constitución de patrimonio familiar, a fin de beneficiarse del carácter de inembargabilidad e inalienabilidad de los bienes que conforman esta institución, desnaturalizándose de este modo el sentido de dicha institución tutelar. Conforme a nuestra legislación civil, el patrimonio familiar es una institución del derecho de familia, por el cual se afecta la casa habitación, o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria o comercio. En el primer caso para que sea la morada de la familia y en el segundo para ser usado como fuente de ingreso familiar. Esta institución incorporada en nuestra legislación con la finalidad de brindar cierta protección a la familia, brindándole estabilidad y seguridad, buscando librarla de futuros y probables riesgos en materia económica, puede ser utilizada con fines poco altruistas y más bien defraudatorios e incluso ilícitos.

Sobre el particular, algunas posiciones críticas han afirmado que los bienes afectados en patrimonio familiar no estarían dentro de los supuestos previstos en los artículos antes citados, en tanto que no implica una transferencia de bienes, ni disminuyen el patrimonio del constituyente; sin embargo, cabe resaltarse que en virtud a ésta, el bien se separa del patrimonio del obligado, de tal modo que ya no puede ser embargado con fines de pago de la reparación civil. Además, debe tenerse en cuenta, que la propia norma civil exige como requisito esencial para constituir patrimonio familiar, que no existan deudas cuyo pago pueda ser perjudicado por su constitución (Art. 494° C.C.), en consecuencia, más allá de la nulidad contenida en el artículo 97° del Código Penal, la propia constitución del patrimonio familiar sería fraudulenta.

⁵⁶ Esta es la norma procesal civil relativa a la cosa juzgada fraudulenta contenida en el **artículo 178° del Código Procesal Civil.**

Otra situación necesaria de discusión, por la cual también se puede afectar el derecho resarcitorio de la víctima del delito lo constituye la variación del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. En virtud a ésta, el cónyuge deudor (respecto a la obligación de resarcimiento: reparación civil) puede desprenderse de los bienes que forman parte del patrimonio de la sociedad conyugal y asignarlos al cónyuge no deudor, ya sea simulando la existencia de deudas u otras obligaciones a favor de éste. De acreditarse que tal acto estaba directamente destinado a afectar la pretensión resarcitoria del agraviado, será sancionado con nulidad, pudiendo afectarse el bien submateria aun cuando aparezca como propietario el cónyuge del obligado o a nombre de la sociedad de gananciales⁵⁷.

2.4.3. SUJETOS QUE PUEDEN SER COMPRENDIDOS EN LA ACCIÓN.

Si bien el artículo 97° del Código Penal, al referirse a la acción anulatoria (de nulidad) de los actos de disposición practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad a la comisión del delito, hace referencia a “*condenado*”, lo que podría llevar al error de creer que sólo comprende a los actos y obligaciones referidas al agente del delito u obligado directo y no al tercero civil, debe tenerse presente que la norma se está refiriendo a *condena de pago de la reparación civil*, esto es, en general a una sentencia de condena de pago, no así a una condena penal. Por lo que si se considera que lo que busca la norma es garantizar el mantenimiento del patrimonio del obligado u obligados a la reparación en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de la comisión del delito, y que el agente del delito y el tercero civil son obligados solidarios respecto al pago de la reparación, no hay razón alguna para excluir al tercero

⁵⁷ Si bien es cierto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 309° C.C. “La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte de los de la sociedad que le correspondería en caso de liquidación”, por lo que conforme a este dispositivo válidamente podría interpretarse que los bienes de la sociedad de gananciales no se podrían embargar, a pesar de que uno de los titulares de los bienes que conforman la sociedad de gananciales, en definitiva, es el obligado al pago de la reparación civil. Ante esto, la jurisprudencia antigua había creído resolver el problema, considerando que los cónyuges eran co propietarios de los bienes de la sociedad de gananciales, correspondiendo a cada uno de ellos el 50% de dichos bienes sociales, criterio que permitía embargar, con fines de pago de obligaciones patrimoniales particulares de uno de los cónyuges, hasta el porcentaje descrito, aún cuando no pudiera ejecutarse la medida hasta que se disuelva la sociedad de gananciales; sin embargo, con la modificatoria introducida al art. 330° del Código Civil y el art. 703° del Código Procesal Civil, por la Ley General del Sistema Concursal –Ley 27809- es posible obtener la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, si en la ejecución penal el cónyuge deudor de la obligación resarcitoria no hubiere cumplido con el pago de la misma, obviamente siguiendo el procedimiento legalmente previsto; luego de ello podrán embargarse cualquiera de los bienes que le correspondieran al cónyuge deudor, o incluso el embargo podría dictarse antes de la liquidación, pero recién cuando se liquide la sociedad de gananciales se ejecutará y podrán rematar los bienes en ejecución forzada.

civil de la acción de nulidad bajo análisis. Teniendo en cuenta la *ratio legis* de este artículo, concluimos que sí se puede comprender al tercero civil, de lo contrario, se estaría creando un ámbito de permisión de actos fraudulentos en agravio de los perjudicados con el delito. En todo caso, también resultaría aplicable al tercero civil, el artículo 195° del Código Civil, relativo a la acción revocatoria por fraude de acreedores.

De otro lado, también debe precisarse que para la procedencia de la acción no se requiere que el proceso penal ya haya concluido con la sentencia, momento en el cual recién se puede hablar de un condenado, puesto que con las normas posteriores al Código Penal (D. Leg. 959 y artículo 15° del Código Procesal Penal), ha quedado claro que la acción en comento debe ejercitarse en el proceso penal, antes de la sentencia, precisamente para asegurar la eficacia de la posterior sentencia que ampare el pago de la reparación civil, por lo que carecería de sentido hablar de esta acción cuando ya existe una condena, al haber concluido el proceso, precisamente con la sentencia condenatoria.

En conclusión, la acción anulatoria, puede ejercitarse contra actos u obligaciones del agente del delito y del tercero civil y pudiendo ejercitarse durante el proceso penal.

2.5. NULIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN O GRAVAMEN SOBRE BIENES MATERIA DE DECOMISO

2.5.1. DECOMISO

Si bien no es objeto de la presente investigación el estudio exhaustivo de las consecuencias accesorias, entre ellas, el decomiso o comiso, sin embargo vamos a realizar una síntesis de algunos de los principales criterios existentes en la doctrina extranjera y nacional sobre el particular, a fin de lograr un mayor entendimiento de la nulidad materia de investigación. Para ello debemos partir del hecho de que tanto la legislación comparada así como la nacional tratan a las consecuencias accesorias como instituciones distintas de las consecuencias penales (pena y medida de seguridad) y de las reparatorias de contenido civil. Aun cuando en la doctrina todavía existen corrientes que las siguen considerando como consecuencias jurídico penales provenientes del delito.

En nuestra legislación penal así como en la española, con este título se comprende en forma específica al *decomiso y las medidas aplicables a las personas jurídicas*⁵⁸, lo que no resulta común en todas las legislaciones, que como la alemana, sin llamarlas consecuencias accesorias, comprende en un capítulo específico a la confiscación y al decomiso (considerado por algunos traductores erróneamente, como incautación)⁵⁹ como consecuencias del delito. Siendo ello así, y teniendo como objeto de análisis la nulidad de transferencias de bienes instrumento, efectos o ganancias del delito, vamos a tratar únicamente de la medida de decomiso.

Si bien la medida de decomiso se encuentra regulada en nuestro ordenamiento penal junto a las medidas aplicables a la persona jurídica, como si tuvieran la misma naturaleza, es necesario precisar que difieren sustancialmente, tanto en su fundamento así como en su función dentro del sistema de consecuencias jurídicas; aun más las diversas formas de decomiso (de instrumentos, de efectos, de ganancias del delito) no tienen la misma finalidad y fundamento. En este sentido, la doctrina extranjera, dependiendo de la particular construcción normativa en el respectivo país y la evolución histórica de estas instituciones (plasmada en la promulgación de normas con diverso contenido respecto a estas instituciones), concluye que no se puede considerar a todas las consecuencias accesorias como medidas de la misma naturaleza jurídica. Así, en la doctrina alemana, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF (tomando en cuenta la legislación antigua), consideran que no todas las consecuencias accesorias tienen la misma naturaleza, y ubican a algunas de ellas, como la inhabilitación para ocupar cargos públicos y la pérdida del derecho de sufragio pasivo y activo entre las penas accesorias, y a otras, como la confiscación, el comiso y la inutilización, únicamente como ‘medidas’; precisándose que éstas medidas comparten la calidad de penas accesorias con la finalidad de aseguramiento⁶⁰. Claro que estas conclusiones se derivan de la forma

⁵⁸ Aun cuando, como sostiene GRACIA MARTÍN, también pueden considerarse como consecuencias accesorias a ciertas medidas establecidas en la parte especial de la ley penal, como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social, en el caso de delitos de blanqueo de capitales (...) previsto para el delito de blanqueo de capitales (art. 302.2.b) o para los delitos contra la hacienda pública (arts. 305.1. y 308.3). “*Estudios de Derecho Penal*”. Idemsa, Lima, 2004, p. 265.

⁵⁹ Hacemos referencia a la traducción del Código Penal alemán, realizado por ORTIZ DE NORIEGA, Juan y Otros: “*Código Penal Alemán y Código Procesal Penal Alemán*”. Marcial Pons, Madrid, 2001, en que se habla de incautación en lugar de decomiso.

⁶⁰ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF: “*Derecho Penal. Parte General*”. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 674.

como eran tratadas estas medidas en la legislación alemana de ese momento; por ello mismo, también otros autores connotados como JESCHECK manejaron similar criterio, dejando en claro, eso sí (este último) que las medidas de confiscación y comiso en ningún caso pueden constituir penas accesorias⁶¹. En la doctrina española, GRACIA MARTÍN sostiene que las “consecuencias accesorias no pueden ser fundamentadas todas ellas con un criterio unitario, pues gozan de muy diversa naturaleza, y cada una de ellas, o bien algunos grupos de las mismas, se orientan a fines muy diferentes de las otras. Así, algunas de estas consecuencias, como por ejemplo el llamado comiso de la ganancia, encuentra su fundamento en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita, y en este sentido tiene la naturaleza de una medida civil de compensación. Otras, como el comiso de los instrumentos del delito, encuentran su fundamento en la denominada peligrosidad objetiva de la cosa”⁶². En la doctrina nacional, CASTILLO ALVA, considera que, dado a que el origen de estas consecuencias es ‘plural’, su naturaleza jurídica tiene diversa ‘fuente’, pero alaba su tratamiento legislativo de modo conjunto, aduciendo razones de una adecuada técnica legislativa orientada a una rotulación sistemática que evite caer en un desorden y caos legislativo; sin embargo, refiere que “la denominación de las consecuencias accesorias tiene una fundamentación y una naturaleza ‘compleja’ que no puede ser reconducida a un solo criterio sistemático”⁶³.

El decomiso o comiso se halla regulado en el catálogo penal dentro de las consecuencias accesorias del delito, y aún cuando éstas se encuentren previstas en el Título correspondiente a la Reparación Civil, no tienen ninguna vinculación con el resarcimiento del daño, en consecuencia los bienes materia de decomiso no pueden ser usados para cubrir la pretensión civil del agraviado. Como señala PRADO SALDARRIAGA: “Esta ubicación sistemática resulta incompatible con su naturaleza y función, ya que aquellas no tienen un carácter indemnizatorio o reparador de los

⁶¹ JESCHECK, Hans. H.: *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”*. T. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1098.

⁶² GRACIA MARTÍN, Luis ; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *“Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 369 y 370. Criterio que reitera en: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004. p. 285. En el mismo sentido, AGUADO CORREA, Teresa: *“El Comiso”*. Edersa, Madrid, 2000, p. 30 refiere: “Como ha sido puesto de manifiesto por algunos autores, no se pueden encontrar respuestas unitarias a las múltiples cuestiones que se plantean en relación con estas consecuencias accesorias”.

⁶³ CASTILLO ALVA, José Luis: *“Las consecuencias jurídico-económicas del delito”*. Idemsa, Lima, 2001, p. 169.

perjuicios a la víctima por el delito”⁶⁴. Situación diferente ocurre en otras legislaciones en las que existe directa relación con la acción civil resarcitoria, así en la legislación española se regula al decomiso vinculándolo con la reparación civil, en tal sentido, se prevé que los bienes decomisados, que sean de lícito comercio, serán vendidos, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles y demás obligaciones pecuniarias del penado (Art. 127. 4 del Código Penal de 1995).

Diferentes normas penales hacen alusión al decomiso, así el artículo 231° del Código Penal prevé el decomiso a favor del Estado de los materiales, equipos y vehículos empleados en la comisión de los delitos contra el patrimonio cultural, así como de los bienes culturales obtenidos indebidamente; por su parte, el artículo 401°-A C.P., regula el decomiso de los donativos, dádivas o presentes en el delito de Enriquecimiento Ilícito. Igualmente, algunas leyes especiales se refieren al decomiso de bienes, entre ellos, los D.S. 39-94-JUS y D.S. 43-94-JUS, respecto a la represión de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas. Debemos precisar que no sólo existe el decomiso como consecuencia accesoria del delito, sino que también existe un decomiso como parte del derecho administrativo sancionador, por ejemplo el decomiso de mercancías cuando son trasladadas con infracción al Reglamento de Comprobantes de Pago, o el aplicable a los autores de infracciones a la Ley de Delitos Aduaneros, cuya competencia le corresponde a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y Aduanera⁶⁵. Así también la sanción administrativa que corresponde imponer al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en el marco de infracciones a la propiedad intelectual.

El decomiso se puede conceptualizar como la pérdida de los efectos (*producta scaeleris*) e instrumentos (*instrumenta scaeleris*) de la infracción punitiva y el

⁶⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú”. Gaceta Jurídica Lima, 2000, p. 171.

⁶⁵ El Art. 35° de la Ley N° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, prevé que la infracción administrativa será sancionada conjuntamente o alternativamente con: a) comiso de las mercancías, b) multa, etc. De otro lado, conforme al Código Tributario- Tablas de Infracciones y Sanciones Tributarias se encuentran sancionadas con comiso –entre otras- la infracción de remitir bienes con comprobantes de pago, guía de remisión u otros documentos complementarios que no correspondan al régimen del deudor tributario o al tipo de operación realizada de conformidad con las normas sobre la materia, no sustentar la posesión de bienes, mediante los comprobantes de pago u otro documento previsto por las normas sobre la materia, que permitan sustentar costo o gasto, que acrediten su adquisición.

correlativo traslado directo e inmediato de la titularidad a favor del Estado⁶⁶. Según la regulación normativa nacional, Art. 102° C.P., modificado por el Decreto Legislativo N° 982, el Decomiso o “comiso” es la pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean éstos bienes, dinero o ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción. Debemos precisar que, si bien la nueva redacción del citado tipo penal es sumamente destacable en tanto, en primer término, supera las deficiencias interpretativas respecto a la posibilidad de incluir a las ganancias como efectos del delito, a fin de ser materia de decomiso; asimismo, contribuye a la clara diferenciación entre el decomiso y la incautación⁶⁷, propiciada -entre otros- por la redacción de algunos tipos penales como el artículo 401°-B del Código Penal que denomina al comiso como incautación definitiva, generando confusiones entre estas; sin embargo, la redacción vigente del art. 102° del Código Penal incluye como bienes materia de decomiso, además de los instrumentos, efectos y ganancias del delito, a los bienes objeto del delito, situación que no resulta adecuada porque cuando el objeto del delito (objeto material u otro tipo de bien) sea recuperado por la Policía, la medida que corresponde aplicar es la entrega a su titular sin mayores dilaciones o formalidades, salvo casos excepcionales en que sea necesario disponer su secuestro para fines de la investigación; puesto que el objeto del delito es todo bien o interés sobre el que recae la acción configurativa del delito, como el bien materia de sustracción en el hurto o el robo, el bien ilícitamente apropiado, puesto que en estos casos, evidentemente se tratará de bienes de propiedad del agraviado y serán materia de restitución al mismo⁶⁸, por lo que no podría transferirse la titularidad de los mismos a favor del Estado como sucede con los bienes materia de decomiso. Al parecer esta ha sido la intención del legislador, por cuanto el artículo 188° del Código del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 983, prevé: “*Los objetos materia del delito podrán ser devueltos a su*

⁶⁶ PRATS CANUT, Miguel: ‘*Comentarios al Nuevo Código Penal*’. Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 609.

⁶⁷ En el segundo párrafo del artículo 102° del Código Penal se prevé que: “*El juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales*”.

⁶⁸ Sin embargo, estos bienes pueden ser materia de secuestro, y por ende ser utilizados como medio probatorio de la comisión del delito, siendo posteriormente devueltos a su titular.

dueño, dejándose constancia en autos, salvo que se traten de bienes intrínsecamente delictivos y exista un proceso autónomo para ello”.

Con el decomiso no se afecta derecho real alguno del agente del delito o del poseedor de los bienes producto del delito (efectos o ganancias del delito). Por el contrario, el propio ordenamiento jurídico establece una especie de profilaxis respecto los actos o situaciones jurídicas que se realizan o producen contraviniendo el orden establecido por el derecho. Consecuentemente, las normas y procedimientos establecidos para disponer y concretar el decomiso, obedecen a criterios razonables y necesidades jurídicas o político criminales adecuadas.

Desde la perspectiva de nuestra legislación penal, creemos que el *decomiso constituye una medida propia del Derecho Penal* en tanto su disposición es consecuencia de la comisión de un delito⁶⁹. Pues no tiene carácter privado como la reparación civil y no se equipara a las sanciones administrativas como las medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 105° de nuestro Código Penal; a la vez que no tiene su origen o determinación de estructura y contenido en otras ramas del Derecho como las consecuencias antes indicadas (la primera en el Derecho civil y las segundas en el Derecho Administrativo). Esto es, en la reparación civil, la pretensión resarcitoria puede operar o ejercitarse judicialmente sin la presencia de las normas propias del Derecho penal, recurriendo únicamente a la legislación civil (es más en lo fundamental el propio Código Penal nos remite al Código Civil), igualmente las medidas aplicables a las personas jurídicas pueden imponerse sin la necesidad de recurrir a las normas contenidas en el Código Penal. En cambio el decomiso, en ningún caso procederá sin recurrir necesariamente, a las normas contenidas en el Código Penal o leyes penales especiales y recurriendo a la autoridad jurisdiccional penal⁷⁰. Siendo así, resulta adecuado asumir que el decomiso pertenece al Derecho penal, pues tiene como

⁶⁹ Igual criterio parece asumir CHOCLÁN MONTALVO cuando refiere: El comiso (...) su estudio pertenece, pues, a la teoría de la pena –en sentido amplio-. Son consecuencias accesorias aquellas que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la pena, de la medida de seguridad, ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil. son consecuencias que presentan una función autónoma pero que presentan evidentes analogías con las otras consecuencias penales”. *“El Patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia”*. Dickinson, Madrid, 2001, p. 28.

⁷⁰ Queda a salvo el llamado comiso administrativo, que en nuestro país, en calidad de sanción administrativa lo impone la autoridad administrativa correspondiente, Aduanas, las Municipalidades, INDECOPI, etc., conforme a sus respectivas competencias establecidas por ley.

única causa o antecedente al delito, y ninguna otra rama del Derecho se ocupa de estos actos ilícitos y sus consecuencias públicas⁷¹. En este sentido, al contrario de lo que la mayoría sostiene, creemos que sí se puede asignar al Derecho penal o en general al control penal, finalidades distintas a las perseguidas con la pena y la medida de seguridad. Situación que creemos debe ser estudiada a profundidad a fin de determinar su viabilidad y rendimiento en la solución de casos jurídico-penales concretos; tanto más si las finalidades tradicionales perseguidas con la pena, no han pasado de ser una simple aspiración. Con este criterio, pese a que negamos la calidad de pena o medida de seguridad del decomiso, reconocemos su finalidad preventiva dentro del sistema de consecuencias.

2.5.2. DECOMISO DE INSTRUMENTOS Y EFECTOS DEL DELITO

Los instrumentos del delito son “los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución, como por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o las lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de los que se haya valido el falsificador”⁷². El fundamento del comiso de los instrumentos del delito, radica en la *peligrosidad objetiva del bien* y tiene como finalidad evitar que ésta pueda ser utilizada una vez más, tanto por el agente del delito como por cualquier otro sujeto.

Los instrumentos materia de decomiso, pueden pertenecer al propio agente del delito como a un tercero, siempre que la *peligrosidad* de dichos bienes subsista, salvo que el propietario o titular del bien pueda ofrecer las garantías necesarias para inferir que éstos no serán utilizados en la comisión de nuevos delitos⁷³. Debe quedar en claro, sin embargo, que los instrumentos del delito sugieren la idea de *corporeidad o*

⁷¹ Al asumir este criterio respecto al decomiso, de ningún modo estamos contradiciendo nuestras ideas principales ya esbozadas, en cuanto sostenemos que ante la comisión de un delito, actúa el ordenamiento jurídico en su conjunto y no únicamente el Derecho penal (el que actúa sólo subsidiariamente o en última ratio), pues nos ratificamos en esto, coincidiendo con HIRSCH y GRACIA MARTÍN entre otros, lo que pasa es que en el caso del decomiso, éste no pertenece a ninguna otra rama del Derecho más que al Derecho penal.

⁷² GRACIA MARTÍN, Luis y otros: “*Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*”, p. 379.

⁷³ Como refiere GRACIA MARTÍN, Luis y otros: “*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*”. p. 447 “... el comiso de instrumentos peligrosos pertenecientes a terceros debería ser procedente cuando éstos u otras personas en su nombre tengan deberes de vigilancia sobre tales objetos y no ofrezcan garantías de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros en la comisión de delitos en el futuro”.

materialidad de los objetos empleados⁷⁴, pero no debe de comprenderse como tales a todo objeto o medio material empleado, referido o vinculado a la comisión del delito, sino únicamente aquellos que en efecto, constituyen elementos específicos y necesarios para realizar las conductas configurativas del delito, como el caso de las armas, ganchos, cuños para fabricar monedas falsas o máquinas para elaborar billetes falsos, accesorios o instalaciones para producir droga, alimentos adulterados o sustancias prohibidas, etc., cuya posesión y tenencia por parte del agente o tercero tiene como único fin su uso directo en la comisión del delito; en este caso no habrá inconveniente alguno para disponer el decomiso de la totalidad de estos objetos o elementos, pues la peligrosidad objetiva es indiscutible. Distinto será el caso de bienes u objetos como inmuebles, vehículos o maquinarias, cuya posesión, tenencia o propiedad, normalmente obedece a una finalidad o uso lícito o permitido, y sólo excepcionalmente han sido utilizados o vinculados con la comisión del delito. En estos supuestos, se tendrá que evaluar si razonablemente está presente la peligrosidad, pues objetivamente ésta no se expresa, sino que recién será posible advertirla si es que vinculamos a estos bienes, vehículos o maquinarias con la intencionalidad con la que estos bienes son poseídos por parte del agente del delito.

Como reconoce la doctrina unánimemente, “para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera, además, culpable”⁷⁵.

⁷⁴ CASTILLO ALVA, José Luis: *Ob. Cit.* p. 219.

⁷⁵ GRACIA MARTÍN, Luis: *‘Estudios de Derecho Penal’*, p. 297. MAURACH, GÖSSEL y ZIPF: *Ob. Cit.* T. II., p. 681 y ss. JESCHECK: *Ob. Cit.* p.1098 y ss; ; PRATS CANUT, José Miguel: *Ob. Cit.* p. 610 y ss; PRADO SALDARRIAGA: *Ob. Cit.* p. 178; CASTILLO ALVA: *Ob. Cit.* p. 192 y ss; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *“Las penas patrimoniales en el Código Penal español”*, Bosch, Barcelona, 1983, p.251 y ss. GUINARTE CABADA, Gumersindo: *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Dirigido por Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 685 y ss; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN: *‘Derecho Penal’*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 631; ZAFFARONI, Eugenio: *“Tratado de Derecho Penal”*. Ediar, Buenos Aires, 1980, p.257 y ss.

2.5.3. DECOMISO DE EFECTOS DEL DELITO

Constituyen efectos del delito, los bienes obtenidos como producto de la actividad delictiva, ya sea de forma mediata o inmediata, así los billetes o alimentos adulterados o los bienes o derechos que derivan de forma indirecta del delito. El fundamento del decomiso de los efectos del delito se encuentra “en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita”⁷⁶. Debiendo diferenciarse el decomiso de efectos y ganancias, cuyo fundamento es la no tolerancia del enriquecimiento indebido de parte del agente del delito, del *enriquecimiento indebido* previsto en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil, en el que se trata de un interés particular sujeto a las normas del derecho privado y hay un enriquecimiento de un sujeto a expensas de otro, esto es, hay un ‘*enriquecido*’ y un ‘*empobrecido*’, ante lo cual el Ordenamiento Jurídico otorga la respectiva acción civil al empobrecido a efectos de que le reclame al enriquecido la indemnización, en cuanto el enriquecimiento de este último tenga como causa el empobrecimiento del primero. En este caso (enriquecimiento del Código Civil), estamos ante la presencia de un interés particular y por tanto ante una pretensión *privada, facultativa, transmisible inter vivos o mortis causa, y de carácter estrictamente patrimonial*, en cambio en el caso del decomiso, nos encontramos ante un *interés público y pretensión pública, obligatoria y no necesariamente patrimonial*.

2.5.4. DECOMISO DE GANANCIAS DEL DELITO

Como ya se ha precisado, la actual redacción del art. 102° del Código Penal permite superar las deficiencias interpretativas en torno a la posibilidad de incluir a las ganancias como efectos del delito, puesto que actualmente de forma expresa se prevé que se consideran efectos, *los bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción*. De otro lado, cabe precisar que aun cuando la anterior redacción de dicho artículo no haya señalado expresamente a las ganancias o efectos mediatos del delito, sin embargo no existía inconveniente para poder incluir a {estos dentro de los efectos del delito; puesto que como refiere SAN MARTÍN CASTRO: “Los beneficios o las ganancias (productos mediatos) también integran los efectos del delito

⁷⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César: “*Derecho Procesal Penal*” Vol. II, Grijley, Lima, 2000, p. 863.

(*producta scaeleris*) pues concretan la actividad delictiva”⁷⁷. Una interpretación restringida de los efectos del delito conlleva a evidentes perjuicios en la represión de la delincuencia, sobretodo económica, pues no olvidemos que el agente delictivo no sólo busca beneficiarse con los efectos mediatos de su acción delictiva, sino que buscará maximizar sus beneficios, ya sea invirtiéndolos o transformándolos.

2.5.5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN ANULATORIA

Como se ha indicado, el D. Leg. N° 959 concordante con el artículo 15° del Código Procesal Penal, más allá de la nulidad de los actos de disposición que afectan el pago de la reparación civil ha establecido la nulidad de los actos por los cuales se ha dispuesto de los bienes sujetos a decomiso conforme al artículo 102° del Código Penal. Obviamente, este tratamiento conjunto resulta un despropósito de la norma en cuestión, puesto que la reparación civil y el decomiso son instituciones jurídicas distintas. Inclusive su tratamiento procesal debe ser distinto, por cuanto para el decomiso se requiere de una mayor actividad probatoria, puesto que en primer lugar se debe demostrar que el bien objeto de la transferencia efectivamente constituye (o no) instrumento, efecto o ganancia del delito, y sólo después de ello, se deberá evaluar la naturaleza de la transferencia y su eventual nulidad. Este error legislativo también se repite en el Código Procesal Penal, el mismo que lo ubica en el título correspondiente a la reparación civil, cuando es sabido que el decomiso nada tiene que ver con ésta en nuestro ordenamiento jurídico. Sobre esta inconveniencia y otros detalles, nos hemos pronunciado con anterioridad en otros trabajos, en todo caso a ellos nos remitimos⁷⁸.

⁷⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Ob. Cit.* p. 864. Este criterio es compartido por MEINI MÉNDEZ, Iván: “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, p. 178, quien sostiene que “las ganancias y beneficios, en tanto que son bienes generados o producidos a consecuencia de la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un delito son siempre efectos del delito *producta scaeleris*. Así también GALVEZ VILLEGAS, Tomas: “*El delito de Lavado de Activos*”. Grijley, Lima, 2004, 173, señala: “si bien es cierto que, autores reconocidos como GRACIA MARTÍN, descartan esta posibilidad, indicando que no se debe tener en cuenta ‘el sentido meramente lingüístico’ del término, (con lo que sí se podría considerar a las ganancias dentro de los efectos, sino ‘más bien su significado valorativo’- con lo que apelando a la peligrosidad del bien a decomisarse, como único fundamento del decomiso, descarta la posibilidad del decomiso de las ganancias-), también es cierto que en nuestro ordenamiento no existe criterio alguno que nos imponga descartar el sentido lingüístico de dicho término y sujetarnos a un criterio restringido...”

⁷⁸ DELGADO TOVAR, Walther Javier y ROJAS LEÓN, Ricardo César: “*Nulidad de transferencias que disminuyen el patrimonio del condenado*”. En *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica*, T. 136, marzo del 2005, p. 123 y ss.

Si bien es cierto tanto el art. 188°-A del Código de Procedimientos Penales como el Art. 15° del nuevo Código Procesal Penal, hacen referencia a la nulidad de actos de transferencia y gravamen de los bienes sujetos a decomiso, es preciso recordar que las citadas normas sólo se pronuncian respecto al tratamiento procesal dispensado para dicha nulidad, no existiendo norma expresa que sancione con nulidad dichos actos; por lo que, se trata de un supuesto de nulidad virtual, en el que como se ha señalado anteriormente, se requiere de la valoración del sistema jurídico en su conjunto, para verificar la contravención a las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. En el caso de transferencia de bienes materia de decomiso resulta aplicable lo previsto en el numeral 8 del artículo 219° del Código Civil, en concordancia con el artículo V del Título Preliminar. En tal sentido, con el acto de disposición del agente se está afectando normas imperativas (Art. 102° C.P.) que imponen el decomiso de los instrumentos y efectos del delito, incluyendo las ganancias.

Se discute en doctrina si el Código Civil peruano regula o no la nulidad del negocio jurídico por contravención a normas imperativas; en este sentido, un sector de la doctrina ha señalado que, el Código Civil no regula la nulidad de los contratos por violar normas imperativas, sustentándose en la interpretación sistemática de los artículos V del Título Preliminar y 1354° del CC; de otro lado, otro sector de la doctrina considera que la contravención a normas imperativas puede acarrear la nulidad del negocio jurídico⁷⁹. Por nuestra parte, consideramos que la contravención a las normas imperativas como la que regula el decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito hacen nulo el negocio jurídico, puesto que la norma citada contiene valores fundamentales del ordenamiento jurídico, que tutela intereses generales por encima del interés particular de las partes, máxime si tomamos en cuenta que el interés del transferente de los bienes materia de decomiso es aprovecharse de los bienes que ha obtenido de una actividad delictual, supuesto que no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico, puesto que en caso contrario se atenuaría ostensiblemente la eficacia de la norma penal e incentivaría la comisión de ilícitos, aun más podría sostenerse que se trata de una norma imperativa que contiene una norma de orden público.

⁷⁹ En este sentido, LIZARDO TABOADA: *Nulidad del Acto Jurídico*, p. 97; PALACIOS MARTÍNEZ: *La Nulidad del Negocio Jurídico*, pp. 150 y ss; GALGANO: *El negocio jurídico*, p.

Como se ha señalado los bienes instrumentos del delito, materia de decomiso, pueden ser de propiedad del agente del delito o de un tercero, por lo que en caso de que el agente transfiera los bienes de propiedad del tercero se sancionará con nulidad dicho acto jurídico por ser su objeto (prestación de dar) jurídicamente imposible. En el caso de instrumentos del delito de propiedad del mismo agente delictivo, su transferencia vulnerará las normas imperativas que imponen el decomiso de dichos bienes, estando a la peligrosidad de los mismos, al ser susceptibles de ser utilizados por el mismo agente o terceros en hechos ilícitos.

El decomiso de los efectos del delito, implica la pérdida de la “supuesta” titularidad de derecho sobre los bienes; supuesto lógico, dado que el Derecho no puede tolerar, ni mucho menos legitimar o amparar una situación de hecho que deviene de una actividad ilícita. Al respecto, ESPITIA GARZÓN sostiene que “... para que el derecho de dominio y, en general cualquier derecho real, acceda a la protección del Estado, se precisa que hayan surgido como consecuencia inmediata de título y causa justos; esto es, no contrarios a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, y cumpla la función social que le es propia”; asimismo, señala –refiriéndose a la Ley de Extinción de Dominio Colombiana- que “la extinción del derecho de dominio sobre efectos provenientes del delito, no resultan consecuencia penal de la conducta, sino la propección jurídica de un acto inepto para producir efectos jurídicos”⁸⁰.

Es necesario precisar que, la doctrina de los derechos reales, y por tanto, del derecho de propiedad, ha desarrollado diversos criterios para sustentar y fundamentar el surgimiento y naturaleza de los mismos. Así la teoría clásica consideraba que el derecho real consistía en una relación que nace entre el sujeto del derecho y el objeto del mismo (bien o cosa) y que la sola existencia de esta relación daba fundamento al derecho real, limitándose el ordenamiento jurídico únicamente a reconocer y proteger dicha relación. Con esta concepción, podían surgir derechos reales inclusive de actos o acciones ilícitas, pues lo importante era la materialización de la relación antedicha, sin importar otras consideraciones o presupuestos. Esta teoría fue cuestionada al considerarse que una relación de este tipo simplemente era imposible, pues: “Las

⁸⁰ ESPITIA GARZÓN, Fabio. “La Extinción del Derecho de Dominio”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, 41.

relaciones o vínculos jurídicos sólo se dan entre personas, jamás entre objetos con aquéllas. (...). Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes, por ende, una cosa no puede formar parte de ella. Derechos y deberes tienen solamente las personas⁸¹. Con estos nuevos criterios se descartó la concepción del derecho real como relación sujeto-objeto, asumiéndose que “... el dominio jurídico de una persona sobre una cosa no consiste sino en una determinada relación del sujeto con otros sujetos, es decir en el deber de estos últimos de no perturbar al propietario en su posibilidad de disposición sobre la cosa, en la posibilidad jurídica del uno de excluir a todos los otros del goce de las cosas⁸². Pero esta relación entre sujetos, sólo es posible bajo el amparo y regulación del Ordenamiento Jurídico, esto es, sólo puede nacer y desarrollarse amparada por éste; por lo que cualquier ocupación o establecimiento de contacto entre el sujeto y el objeto y la consecuente relación de sujeto a sujetos que de ello nace, no puede producir efectos jurídicos y menos aún generar el nacimiento del *derecho de propiedad* amparada por el propio Ordenamiento Jurídico. Pues como refiere ROSMINI en cita de CARRARA: “El hombre (...) cuando ocupa una cosa de la que tiene necesidad y deseo, y la ocupa con intención de hacerla suya, la vincula a sí mismo; y la cosa unida de esta suerte a su personalidad, debe ser y permanecer suya hasta que un acto contrario del mismo propietario efectúe la separación entre esa cosa y la personalidad a la que estaba unida. Mas para efectuar esta unión no basta una simple ocupación material, que produciría tan sólo la unión *física*, y por ende incompleta, con la personalidad humana; para que haya derecho de propiedad es necesaria una unión completa, para lo cual es preciso que existan también los elementos de la unión de la cosa con la personalidad *moral* del que la ocupa, unión que se efectúa mediante la *intención* del ocupante, que quiere hacer suya la cosa. Así ésta viene a quedar unida a la personalidad humana, tanto moral como física, y el derecho de propiedad surge en el hombre como accesorio del derecho que indudablemente surge sobre su personalidad. Empero como la intención de hacer propia la cosa que se ocupa no puede existir si no va acompañada de la conciencia de poderlo hacer sin violar la *ley jurídica*, la ocupación no produce dominio si recae sobre una cosa que se sabe ya ocupada por otro, pues en esta hipótesis se tendría una

⁸¹ O. MORINEAU, citado por Arias-Schreiber en: “*Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*”. Gaceta Jurídica, 1998, Lima, p 18.

⁸² KELSEN, citado por Arias Schreiber: *Ob. Cū.* p. 19. Este criterio también es asumido por PLANIOL y RIPERT, tal como reitera Arias Schreiber.

mera unión física, sin unión moral”⁸³. Criterio similar expresan entre otros DIEZ-PICAZO y GULLÓN al indicar: “Como todo derecho subjetivo, el derecho real está constituido sustancialmente de facultades que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular y que contempla como algo unitariamente agrupado”⁸⁴.

De otro lado, como lo establece la doctrina y la legislación comparada y nacional, la propiedad puede adquirirse a través de actos originarios (ocupación en general) y actos de transmisión; los primeros para casos en que los objetos no han tenido un propietario anterior y los segundos en los casos en que los bienes tienen un legítimo titular y éste los transmite a un tercero. Además, también se adquiere la propiedad a través del reconocimiento de una situación de hecho por parte del ordenamiento jurídico, como es el caso de la prescripción adquisitiva. Fuera de estos supuestos no existe posibilidad válida de adquirir el derecho de propiedad.

Los casos de transmisión deberán revestir la forma de un acto jurídico válido. Esto es, deben cumplir o presentar todos los elementos, requisitos y presupuestos necesarios para su validez, especialmente el elemento esencial de la causa o fin lícito, sin el cual, el acto jurídico será nulo e ineficaz (no producirá efecto jurídico alguno y menos aún podrá generar el derecho de propiedad sobre el objeto del acto jurídico).

Como se sabe, incluso el derecho de propiedad tiene limitaciones que derivan de diversas motivaciones, como señala AVENDAÑO “...*Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes, como crecientes en extensión y número, y ello en relación directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio*”⁸⁵; en este mismo sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. 008-2003-AI-TC, ha señalado que: “... *El ejercicio del derecho a la propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:*

- *El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.*

⁸³ CARRARA, FRANCESCO: “*Programa de Derecho Criminal*”. Vol. IV, tomo 6, Temis, Bogotá, 1987, p. 5.

⁸⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN ANTONIO: “*Sistema de Derecho Civil*” V. III, Tecnos, Madrid, 2002, p. 50.

⁸⁵ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge: “*El derecho de propiedad en la Constitución*”. En: Themis, N.º 30, Lima, 1994, p. 118.

- *El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.*
- ***El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común...⁸⁶.***

De lo antes expuesto se deriva que si el derecho de propiedad tiene limitaciones, por ende también su adquisición estarán sujeta a restricciones, en tanto se vean afectados el orden público e interés general; esto es, si el derecho de propiedad adquirido de manera lícita conlleva límites y restricciones, en mayor medida debe serlo aquel que ha tenido su origen en una actividad delictiva; por lo que, resulta justificado su sanción con nulidad, pues el ordenamiento jurídico no puede amparar dicha titularidad.

En suma, todo derecho de propiedad sólo nace y desarrolla dentro del marco del Derecho y nunca contraviniéndolo; por lo que, si incluso la “titularidad” del agente delictivo es cuestionada, con mayor razón lo será la transferencia que éste efectúe. En suma, si como producto de la acción delictiva se produce un bien o nace un “supuesto derecho” sobre el mismo, éste no puede ser tutelado por el derecho, por tener su base en una actividad de carácter ilícita.

Consecuentemente, en los casos en que a partir del delito, se obtenga un bien o derecho (objeto del delito), se produzca o nazca un bien o derecho (efecto o ganancia del delito), con mayor razón, no surgirá el derecho de propiedad; pues se tratará de una situación o relación ilícita (delictiva) entre el agente del delito y el titular del bien, o la propia relación del agente y el bien o derecho de que se trate. Por lo que solamente surgirá una apariencia de derecho; en tal sentido, todo negocio jurídico de transferencia de bienes materia de decomiso serán nulos. Esto es, serán declarados nulos las compraventas, permutas, donaciones, hipotecas, prendas, etc de bienes materia de decomiso.

⁸⁶ En el mismo sentido, ha señalado en el Exp. N° 0931-2006-AA/TC: *“Que el artículo 2.º de la norma fundamental enuncia los derechos que se reconocen a toda persona, señalando entre ellos la propiedad y la herencia, atributos cuyo ejercicio no es irrestricto dado que ningún derecho fundamental puede considerarse ilimitado en su ejercicio “(...) Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primero son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales”.* (Caso Silva Checa Expediente N.º 1091-2002-HC/TC”).

Debemos precisar que en estos casos se descarta totalmente la posibilidad del ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, puesto que no se cumple con ninguno de los requisitos de esta acción; por cuanto no existe crédito alguno o expectativa de éste, tampoco existe un acreedor impugnante que haya sido perjudicado, puesto que en este caso el acto de disposición del agente del delito está destinado a obtener provecho u ocultar los instrumentos, efectos o ganancias del delito, siendo que la acción del Estado conlleva a la pérdida de titularidad de los bienes materia de decomiso, sustentándose en la peligrosidad de los bienes o en el principio basado en no tolerar el enriquecimiento injusto, mas no en el pago de la reparación civil.

Finalmente, debemos precisar que mediante Decreto Legislativo N° 992 se ha normado el proceso de pérdida de dominio, el que entrará en vigencia recién el 20 de noviembre del presente año, conforme a lo previsto en la segunda disposición final transitoria de la citada norma. Se trata de una acción autónoma de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y que a su vez se tramita dentro de un proceso especial.. Aun cuando no es objeto de la presente investigación el análisis del citado proceso, debemos señalar que la norma en comentario ha recogido en su mayoría lo dispuesto en la Ley de Extinción de Dominio de Colombia -Ley N° 793⁸⁷, pudiendo criticarse a esta ley, su falta de sistematización con otras normas, entre ellas el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales, lo que conlleva a que subsistan incoherentemente la medida de decomiso y el proceso de pérdida de dominio, con dispendio de tiempo y recursos. Asimismo, habrá que reflexionar sobre la gran informalidad en las actividades económicas existente en nuestro país, lo que podría generar, en muchos casos, la presunción de ilicitud del origen de muchos bienes, aun

⁸⁷ En la legislación Colombiana, por Ley 793 de 2002, se reguló la acción de extinción de dominio, la que conforme a su art. 4° *“La acción de extinción de dominio (...) es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos”*. Se trata de una acción constitucional (conforme lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-740/03) independiente del proceso penal, la que en la doctrina de dicho país ha merecido indistintamente buenos comentarios y críticas, así se pronuncian a favor de la citada ley, PLAZAS VEGA, Alfonso y otros: *“La Ley de Extinción de Dominio”*. Carrera 7ª, Bogotá, 2004; en contra de la citada ley, PABLO CAMARGO, Pedro: *“La Acción de Extinción de Dominio”*. Leyer, Bogotá.

Se debe precisar que la citada ley no ha dejado sin efecto la regulación existente en dicho país sobre decomiso, pues como señala POVEDA PERDOMO, Alberto: *“La Ley de Extinción del Derecho de Dominio y su jurisprudencia”*. Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2004, p. 42: *“La extinción de dominio no cubre toda clase de delitos, al paso que el decomiso y la incautación de bienes son aplicables en términos generales, como lo contemplan las normas procesales pertinentes, a un cúmulo de hechos punibles que escapan a la excepcional medida contemplada por el Art. 34, inciso 2, de la Constitución”*.

cuando pudieran tratarse de ilícitos civiles o administrativos. Por lo que, consideramos que superadas las deficiencias anotadas, además de integrarse las normas sobre decomiso con la norma sobre pérdida de dominio, la opción de política criminal adoptada por el Estado resulta saludable⁸⁸.

2.5.6. NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS VINCULADOS AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Aun cuando no sea materia de la presente investigación el estudio de figuras penales específicas, ahondando sobre los criterios de política criminal empleados para su tipificación o el análisis dogmático de cada uno de ellos; sin embargo, resulta relevante poder abordar la nulidad de transferencias en relación a determinados tipos penales en los que el comiso de bienes debe ser materia de un adecuado desarrollo. En tal sentido, el delito de Enriquecimiento Ilícito no sólo por ser uno de las modalidades delictivas más recurrentes y de mayor dañosidad social –es por ello que la sanción prevista es una de las más elevadas dentro de los delitos contra la Administración Pública-, sino que con la comisión delictiva de dicho tipo penal el agente puede obtener ingentes sumas de dinero, como efectos del delito.

El artículo 401° del Código Penal, sanciona al Funcionario o Servidor Público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones, sin poderlo justificar razonablemente. En tal sentido, el tipo penal se configura cuando el agente se “enriquece”, considerando por tal el incremento del patrimonio del agente, sea a través de la suma de sus activos o de la disminución de sus pasivos⁸⁹. Esto es, el agente del delito incorpora a su patrimonio

⁸⁸ Dado que la Ley que regula el proceso de pérdida de dominio no deroga las normas sobre decomiso, ni las normas sobre la nulidad de actos de disposición de bienes materia de decomiso, en determinado momento ambas normas estarán vigentes; en tal sentido, surge la interrogante respecto a cuál norma acudir, ante la existencia de actos de disposición de bienes materia de decomiso; es decir si instar la acción de nulidad, o instar la acción de pérdida de dominio; dicha situación se complica con el hecho que el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales señala que el juez deberá comunicar al Fiscal Provincial Penal, sobre la existencia de bienes incautados, a fin de que pueda accionar la pérdida de dominio; asimismo, se ha establecido como causal de pérdida de dominio “*cuando los bienes hubieren sido afectados en un proceso penal, en el que los agentes son miembros de una organización criminal o incurrir en la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas*”, lo que generará duplicidad de acciones y dispendio de recursos. Por nuestra parte, consideramos que habiéndose incautados bienes instrumento o efecto del delito, corresponde al juez de la causa pronunciarse sobre el decomiso de los mismos y sobre la nulidad de los actos de disposición de éstos; en los demás casos, podrá instarse la acción de pérdida de dominio.

⁸⁹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás A: “*El delito de Enriquecimiento Ilícito. Análisis Crítico*”. En Actualidad Jurídica, Tomo N° 148, Lima, p. 93, quien además refiere que el incremento patrimonial debe ser de carácter ilícito, es decir contrario a derecho. Sin embargo, no debe tratarse de cualquier ilicitud sino de una de relevancia

bienes o derechos, consumándose el delito con la producción de ese nuevo estado. Dichos bienes que constituyen materia del incremento patrimonial constituirán efecto u objeto⁹⁰ del delito y por ende materia de decomiso, conforme a lo previsto en los art. 102° y 401°-B del C.P.

De otro lado, resulta posible que el agente del delito utilice en su provecho los bienes materia del incremento patrimonial –p. ej. invirtiéndolos-, lo que generará un mayor beneficio económico. Dichos bienes también serán materia de decomiso al tratarse de ganancias del delito.

Si bien la redacción del artículo 401°-A C.P. pueda llevar a considerar que sólo es posible decomisar los donativos, dádivas o presentes, tal interpretación resulta un despropósito, el que ha sido ocasionado por la deficiente redacción de dicho tipo penal; sin embargo, debemos precisar que, con la incorporación del art. 401°-B, interpretado en concordancia con el art. 102° del C.P, podemos arribar a la afirmación efectuada en este trabajo, respecto al decomiso de todos los bienes que sean objeto del delito o efecto del mismo, incluyendo las ganancias.

Finalmente, cualquier acto de disposición de dichos bienes que el agente del delito efectúe será declarado nulo, por contravenir normas de orden público, máxime si ni siquiera podrá hablarse de titularidad de dichos bienes por parte del agente del delito, pues *“El Estado no protege derechos ilegítimos ni la propiedad surgida ilegalmente o*

penal, producida infringiendo normas penales (cometiendo otro delito), pues asumir una ilicitud en general, afectaría el principio de ultima ratio o el carácter fragmentario del derecho penal.

⁹⁰ Como señala GALVEZ VILLEGAS, Tomás: *‘Delito de Enriquecimiento Ilícito’*. Idemsa, Lima, 2001, p. 231 “...en el delito de enriquecimiento ilícito, no se puede hablar del comiso de instrumentos o medios para la comisión del delito, pues la incorporación de los bienes al patrimonio del agente, no se realizan a través de bienes susceptibles de decomiso, sino que esta incorporación se hará precisamente a través de medios lícitos (formas típicas de transferencia o adquisición de bienes o derechos), los que de ningún modo pueden constituir peligro de futuras comisiones de delitos. Sin embargo, el comiso de la integridad de los efectos del delito, incluyendo las ganancias provenientes del mismo -las cuales también son efectos-, resulta obligatorio, de conformidad con el artículo 102° del Código Penal, concordante con el artículo 401°-B del mismo cuerpo normativo; pues no existe razón alguna para permitir que el funcionario o servidor público, pueda quedarse con los efectos o ganancias del mismo -ni siquiera con parte de ellos- habida cuenta que por la ilicitud de su adquisición, el ordenamiento jurídico no establece protección alguna a favor del agente o supuesto “titular” de los bienes materia del enriquecimiento; por el contrario, no sólo establece la “sanción Civil” de privación de la titularidad de los derechos, sino que además reprime esta conducta con una sanción penal. Además de que, de permitirse que el agente del delito, pudiera quedarse con el producto de su delito o con parte de él, luego de haber faltado o infringido sus especiales deberes de funcionario o servidor público al cometer del delito, se estaría trastocando la función preventiva del derecho y propiciando de este modo, este tipo de conductas, que precisamente están regidas por un ánimo de lucro, que quedaría intacto y satisfecho si es que no se privase al agente totalmente de los bienes materia del incremento patrimonial”.

desnuda de su función social, siendo viable exigir ante las autoridades el cumplimiento de la función social o el desconocimiento del derecho”⁹¹. Tal consideración ha llevado a que en algunos países, incluso, se establezca expresamente, a nivel constitucional, la ilegitimidad de la adquisición que tiene su origen en una actividad delictiva y por ende la imposibilidad de ser amparada por el derecho; en este sentido, la Constitución Política de Colombia, señala en su Art. 34° que *“Se prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se **declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la Moral Social**”* (resaltado es nuestro). Aun cuando nuestra Carta Magna no haya efectuado expresamente tal previsión legal, esto no es óbice para aplicar lo previsto en el artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales.

2.5.7. NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS VINCULADOS AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Mediante la Ley 27765, modificado por el Decreto Legislativo N° 986, se ha regulado el Delito de “Lavado de Activos”, norma que a diferencia de sus antecesoras - los Arts. 296°-A y 296°-B del Código Penal y el D. Ley No. 25428, que estaban dirigidas estrictamente al lavado de activos provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas- amplió la relación de delitos previos que pueden dar origen al delito de lavado de activos; en tal sentido, a la fecha son considerados como tales los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de persona, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, contra el patrimonio en su modalidad agravada, delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales⁹².

Las conductas punibles como Lavado de Activos, son los actos de conversión y transferencia⁹³, actos de ocultamiento y tenencia⁹⁴, así como la omisión de

⁹¹ ESPITIA GARZÓN, Fabio: *Ob. Cit.*, p. 40.

⁹² Respecto al estudio de este tipo penal, véase GALVEZ VILLEGAS, Tomas A: *“El delito de Lavado de Activos”*; PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *“El delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú”*, Idemsa, Lima, 1994.

⁹³ Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia: *“El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir y dificulta la identificación de su origen, su incautación*

comunicación de operaciones o transacciones sospechosas⁹⁵. Para los efectos que son materia de la presente investigación, cabe señalar que se encuentran sancionados con la citada ley especial *todos los actos de transferencia o adquisición de dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce el agente o podía presumir y que dificulte la identificación de su origen, su incautación o decomiso*. En este sentido, teniendo en cuenta que la propia norma penal ha calificado como ilícita toda transferencia o adquisición⁹⁶ de bienes, efectos o ganancias que tienen una procedencia delictuosa, resulta por demás obvio que se no puede amparar una relación surgida contraria al Derecho, en la que ni siquiera podría reconocerse el derecho de propiedad o dominio de parte del transferente sobre los bienes efectos o ganancias del delito, por tratarse de una relación que no se encuentra protegida jurídicamente; en caso contrario, no sólo se le facultaría al agente a realizar de forma válida y eficaz cualquier transferencia, sino que sobre todo se acabará por obstaculizar la acción de la justicia en la desincentivación y prevención de la delincuencia, que -entre otros- debe buscar que el rendimiento económico que pueda obtener el agente del delito sea nulo, o en todo caso mínimo.

En conclusión, para que sea lícita la circulación de bienes en el mercado, es necesario que la operación que sustenta la misma se haya realizado a través de actos jurídicos que cumplan con los elementos, presupuestos y requisitos necesarios, entre ellos, su causa lícita (fin lícito), situación que no se avisa ante la comisión del delito

o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

⁹⁴ Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia: *“El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.*

⁹⁵ Artículo 4.- Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas: *“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del Artículo 36° del Código Penal”.*

⁹⁶ Debe precisarse que el empleo del término transferencia en la Ley Penal de Lavado de Activos es mas amplio que aquel al que nos referimos en el presente trabajo de investigación, puesto que aquí nos limitamos a aquellos actos traslativos de propiedad realizados inter vivos; mientras que en la referida norma penal podría interpretarse el citado término como *“traslado de los bienes de una esfera jurídica a otra, al margen de si existe o no el cambio de la titularidad o poder dominical”*, así podrían incluirse las transferencias de dinero realizadas de una cuenta bancaria a otra; al respecto, véase GALVEZ VILLEGAS, Tomas A: *Ob. Cit.*, pp. 47 y 48.

de Lavado de Activos, dado que además de que los bienes materia de la transferencia tienen un origen ilícito, tienen como finalidad ocultar su origen o impedir que se concrete su incautación o decomiso.

En caso que el tercero adquirente haya tenido conocimiento o haya podido presumir el origen ilícito de los bienes no sólo se declarará nula dicha transferencia de instrumentos o efectos del delito, sino que habrá que imputarle la comisión del delito de Lavado de Activos, siempre que además haya dificultado la identificación de su origen, su incautación o decomiso⁹⁷. El conocimiento de ese origen ha de ser anterior o coetáneo a la acción, pues en este delito no es amparable el dolo “subsequens” que es el que aparece después de realizadas las conductas antes descritas, p. ej. en el caso en que el agente al momento de adquirir el bien desconoce que éste proviene de un delito contra la administración pública, hecho del cual recién toma conocimiento tiempo después, salvo que se trate de los supuestos de acción típica permanente como son recibir en prenda, guardar, esconder. No se necesita que dicho conocimiento sea exhaustivo, basta con que el agente sepa que se ha desarrollado una actividad delictiva en general y que ha dado efectos de carácter económico, por lo que se descarta la necesidad de un conocimiento pormenorizado del delito previo o la calificación jurídica del mismo.

Aun cuando el tipo penal haga alusión a que el agente “debía presumir” la procedencia delictuosa, esto no implica sostener que aquí se acoja un supuesto imprudente del delito de Lavado de Activos, puesto que el legislador nacional ha establecido en el artículo 12° CP que el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por ley; en tal sentido, debemos interpretar la expresión “debía presumir” referida únicamente al dolo eventual, abandonando una comprensión amplia de la misma y por tanto la posibilidad de un supuesto culposo o imprudente como conducta típica.

⁹⁷ Cabe precisar que hasta antes de la dación del Decreto Legislativo N° 986, esto constituía un elemento de tendencia interna trascendente, esto es, un elemento subjetivo distinto al dolo, representado por la finalidad del agente, en este caso “evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”, no siendo necesario que el autor alcance la finalidad perseguida para la consumación del delito. Actualmente se trata de un elemento objetivo del tipo penal, cuyo cumplimiento es necesario para la consumación del delito.

2.6. NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS SOBRE BIENES OBJETO DEL DELITO (*Diferencia de la acción de nulidad contenida en el artículo 11.2 del Código Procesal Penal y la acción contenida en el artículo 97° del Código Penal*)

2.6.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN ANULATORIA

Los objetos del delito son aquellos bienes sobre los cuales recae la acción delictiva, a diferencia de los instrumentos y los efectos del delito materia de decomiso, no constituyen medios con los cuales se ha perpetrado el delito ni tienen su origen en el mismo, así por ejemplo los bienes materia de sustracción en los delitos de hurto o robo. Dado que éstos pueden ser muebles o inmuebles, son susceptibles de ser transferidos a terceros, ya sea a título gratuito u oneroso, con la finalidad de aprovechar su valor o incluso alejarlos de la investigación judicial.

Con acierto, el nuevo Código Procesal Penal ha incorporado en el Art. 11°.2 como una de las pretensiones integrantes de la pretensión resarcitoria, a la pretensión ***anulatoria***, a fin de lograr la nulidad de los actos de disposición o gravamen realizados respecto a bienes objeto del delito. Con ello se hace viable la restitución prevista en el artículo 94° del Código Penal. Esta pretensión se ejercita en el propio proceso penal junto a las otras pretensiones integrantes de la acción resarcitoria, esto es, las pretensiones restitutoria e indemnizatoria. Asimismo, conforme al artículo 11°.2 del CPP, se ejercitará sin observar el procedimiento previsto en el artículo 15° del CPP o el artículo 188° - A del Código de Procedimientos Penales introducido por el D. Leg. 959, siendo suficiente que esta pretensión sea invocada por el agraviado al constituirse en actor civil, no existiendo inconveniente para que al Juez lo declare de oficio aun en el caso que no hubiera sido solicitado por el agraviado. Claro que en todo caso, debe respetarse el derecho de defensa del tercero así como el principio del debido proceso.

La importancia de haber incorporado esta pretensión es trascendente, a efectos de hacer efectiva la restitución del bien objeto del delito, haciéndola verdaderamente eficaz, puesto que con la legislación vigente antes del Código Procesal Penal, en muchos casos resultaba imposible lograr la nulidad de los actos de disposición del objeto del delito, dentro del propio proceso penal. Esto ha conllevado a que el agraviado, después de haber obtenido una resolución favorable (sentencia) en la que se ha acreditado la comisión del delito, la responsabilidad del agente y se ha obtenido la

certeza de que el bien de su propiedad ha sido objeto del delito, tenga que recurrir a la vía extra penal a fin de hacer valer su derecho, lo que resulta incoherente e implica un mayor agravamiento de la situación del agraviado ⁹⁸. Por lo que, consideramos acertada la inclusión de esta pretensión por el legislador nacional, puesto que con dicha medida se viabiliza la oportuna restitución de los bienes objeto del delito.

Lamentablemente, como quiera que el nuevo Código Procesal Penal no está vigente aún en todo el territorio de la República, esta pretensión no puede ejercitarse, conforme al artículo 11°.2 del Código, pudiendo sin embargo, recurrirse al artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales. Debe precisarse sin embargo que aún cuando este último artículo no hace referencia a la pretensión anulatoria con fines de restitución del objeto del delito, puede utilizarse válidamente el argumento analógico *ab maioris ad minus* para viabilizar la pretensión anotada. Pues la analogía como mecanismo de integración del derecho resulta útil en este caso de vacío legal; aclarándose que ello no significa una infracción al principio de prohibición de analogía en el derecho penal, puesto que se trata de una pretensión de estricto contenido civil.

Empero, debe quedar claro que en esta caso, no se trata de un supuesto de simple ineficacia o de inoponibilidad; pues, siempre se tratará en su caso de nulidad, por cuanto el acto de disposición adolece de un defecto en su estructura, por imposibilidad jurídica del objeto, conforme a lo previsto en el inciso 3) del artículo 219° Código Civil, concordante con el artículo 948° del mismo cuerpo legal. En este caso no se trata de un

⁹⁸ Una simple sentencia nos dará buena cuenta de lo que venimos afirmando. En este sentido, en el Exp. N° 534-2001-29° JPL, sentencia del 31 de Agosto de 2001 se estableció: *‘Que se imputa al procesado el haber procurado para sí un provecho pecuniario ilícito al haber inducido en error a los agraviados, en circunstancias que éstos últimos acudieron a las Oficinas de la Empresa (XYZ), donde el ahora sentenciado (...) les requirió documentación sustentatoria de propiedad de su inmueble (...) con la finalidad de obtener un préstamo (...), firmándoles para ello una minuta de poder a favor del antes citado ante la Notaría (...), donde se le encomendaba realizar las gestiones para obtener el préstamo e hipotecar en sus nombres el aludido inmueble como garantía; siendo que posteriormente luego de que la firma (...) les otorgara un préstamo de tres mil dólares americanos, se dieron con la sorpresa de que la Escritura Pública que habían suscrito contenía un poder a favor del acusado (...), siendo que dicho documento fue utilizado para respaldar una obligación por (...) de la Empresa (XYZ), hipotecando su inmueble hasta por dicha suma ante el Banco (...) el mismo que se encuentra en remate judicial (...) FALLA CONDENANDO a (...) por delito contra el Patrimonio –Estafa (...)’; posteriormente, mediante una resolución integradora se dispone: “Téngase como reparación civil impuesta al sentenciado (...) la suma de diez mil nuevos soles; **sin perjuicio de devolver el inmueble materia de autos o el equivalente de su valor**, formando la presente resolución parte integrante de la sentencia ...” (el resaltado es nuestro). Los hechos descritos y lo dispuesto por el Juzgado no tendrían nada de particular si no precisáramos que, lo curioso del asunto es que el bien inmueble materia de estafa siempre estuvo en posesión de los agraviados, a lo que habría que consultar ¿Qué devolverá el sentenciado?; de otro lado, en dicha sentencia no se ha declarado nulo el negocio jurídico que vincula al bien objeto del delito de estafa, por lo que la parte agraviada deberá recurrir a la vía civil a plantear la nulidad y solicitar por los medios adecuados la paralización de dicho remate judicial*

bien integrante del patrimonio del agente, sino de un bien que se encuentra en su poder con infracción de la ley penal⁹⁹.

De otro lado, hay que precisar que, aun cuando la pretensión anulatoria prevista en el artículo. 11°.2 del nuevo Código Procesal Penal y la nulidad prevista en el artículo 97° del Código Penal tienen cierta semejanza, sin embargo, presentan marcadas diferencias; la primera está referida a los bienes objeto del delito, sobre los que recae la acción delictiva, éstos no son de propiedad del agente o del tercero civil sino del agraviado; mientras que la segunda recae sobre bienes de propiedad del agente o del tercero, los mismos que en su integridad garantizan el pago de la reparación civil. De otro lado, en la pretensión anulatoria del artículo 11°.2, dispuesta la nulidad, el Juez ordenará la restitución del bien por parte del tercero, directamente a poder del agraviado, que es el titular del bien; mientras que en el otro caso, sancionada la nulidad, simplemente los bienes objetos de la transferencia se reincorporarán al patrimonio del agente o del tercero (recién en este momento se podrá imponer alguna medida cautelar sobre dichos bienes, a fin de viabilizar un futuro pago de la reparación civil). La pretensión de nulidad prevista en el artículo 11°.2 del nuevo Código Procesal Penal también se diferencia de la nulidad de bienes materia de decomiso, por cuanto en este último caso, los bienes materia de nulidad (en tanto constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito), no son afectados con fines resarcitorios sino sólo para privar el agente del delito, de un provecho ilícito.

Finalmente, en cuanto al trato dispensado por la legislación vigente al tercero adquirente, cuando se trata del artículo 97° del Código penal, aun cuando se ejercite la pretensión anulatoria (conforme al artículo 15° del CPP) ésta no surtirá efecto y no afectará al tercero de buena fe y título oneroso. En cambio, en el caso de la nulidad prevista en el artículo 11°.2 del CPP (bienes objeto del delito), la pretensión de nulidad siempre será amparada y surtirá su efecto inmediato frente al tercero, quien en ningún caso podrá quedarse con los bienes objeto de la transferencia o gravamen aun cuando

⁹⁹ Cuando el agente de un delito, a través de la acción delictiva, incorpore determinados bienes o “derechos” a su patrimonio, la titularidad de los mismos no es amparada por el Derecho. Tanto más cuando se trata del objeto del delito. Por ello, el propio ordenamiento jurídico autoriza y dispone la pérdida de cualquier “derecho” sobre estos bienes transfiriendo la titularidad de los mismos a favor del Estado o devolviéndolo a su titular. Pues los derechos reales, y particularmente el derecho de propiedad sólo surge al amparo del ordenamiento jurídico, no contradiciéndolo a través de conductas ilícitas, y menos aún a través de conductas delictivas.

hubiera inscrito su derecho en los registros correspondientes, pudiendo solo exigir la devolución de la contraprestación que hubiera entregado a su transferente¹⁰⁰ si es que hubiera actuado de buena fe. Pues, aun mediando buena fe del tercero, ésta no es preeminente respecto a los derechos de su verdadero titular, quien ha sido despojado de sus bienes a través de la comisión del delito, de conformidad con el artículo 94° del Código Penal concordante con el artículo 948° del Código Civil. En caso que el tercero hubiera actuado de mala fe, esto es, conociendo el origen del bien o su calidad de efecto o ganancia del delito, se le podrá inclusive imputar la comisión del delito de receptación o lavado de activos, según corresponda.

En la legislación comparada, el art. 110.1 del Código Penal Español prevé que la responsabilidad civil del agente del delito implica –entre otros- la restitución del bien. Asimismo, el art. 111° prevé que: “deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable”. CONDE-PUMPIDO, pronunciándose sobre dichas normas, en concordancia con el art. 464° del CC¹⁰¹ de dicho país, señala que “no cabe duda que el art. 464 lo que concede al

¹⁰⁰ En el caso específico de los bienes objeto de los delitos contra el patrimonio (hurto, robo y otros), sin embargo, debe tenerse en cuenta que las legislaciones no han asumido un criterio unitario. “El BGB y el Code Napoléon conceden acción reivindicatoria a quien ha sufrido un robo o una pérdida, incluso contra un tercero poseedor de buena fe; la acción prescribe a los 10 años en el BGB (§ 995) y a los 3 en el Code Napoléon (art. 2279); el código civil suizo adopta la solución intermedia de prescripción a los 5 años (art. 993). Otros países como Italia, han cambiado de sentido con los años: el código civil italiano de 1865 reproducía la regla francesa; el de 1942 no prevé ninguna excepción a la regla general de la adquisición de las cosas muebles mediante la posesión de buena fe (art. 1153).” En este último caso, como se advierte “resulta sacrificado el interés de quien sufre el robo, cuyo bien haya pasado del ladrón a un receptor y de este a un adquirente de buena fe. La policía podrá descubrir al ladrón, llegar hasta el receptor, incluso encontrar la cosa robada; pero, si la encuentra en las manos de un poseedor de buena fe, éste no quedará obligado a restituirla, ni siquiera aunque la hubiera recibido por donación. Aquí el interés de quien sufre el expolio está destinado, a través de una valoración legislativa, a sucumbir frente a un interés considerado superior: el interés general de una segura, amplia y rápida circulación de los bienes muebles”. GALGANO, Francesco: “*Atlas de Derecho Privado Com parado*”. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server, Fundación cultural del notariado, Madrid, 2000, p. 102.

¹⁰¹ Art. 464°.- “*La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.*”

poseedor de buena fe es un título de propiedad, fundamento no sólo de la prescripción, sino también de toda adquisición, pero nunca supone un *tracto* legítimo, por lo que la situación del poseedor de buena fe resulta privilegiada en cualquier contienda de propiedad, menos en las suscitadas por el legítimo propietario, siempre que éste pueda probar la inexistencia de un legítimo tracto de la cosa mueble al actual poseedor. Y desde luego, la sola demostración de que el propietario ha sido desposeído mediante un acto constitutivo de delito basta para que la acción reivindicatoria por él ejercida prospere, cualquiera que sea la clase de delito que haya provocado la desposesión”¹⁰²

2.6.2. NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS VINCULADOS AL DELITO DE RECEPCIÓN

El artículo 194° del Código Penal contempla el delito de receptación¹⁰³, reprimiéndose la conducta de quien adquiere, recibe en donación o en prenda, guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento o se debía presumir. Se diferencia del delito de lavado de activos, en primer término, por cuanto el bien jurídico protegido en aquél es el patrimonio, mientras que en éste es el sistema económico, representado por la libre competencia y la administración de justicia en cuanto esta última se vincula con el primero, buscándose la privación de los efectos y ganancias del delito a sus agentes o eventuales colaboradores; asimismo, en cuanto al objeto de la acción, en la receptación están referidos

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objeto análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio”.

¹⁰² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido: *‘Apropiaciones Indevidas’*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 142, quien además señala: *‘Ciertamente que el apartado 2, del artículo. 111, citado, dispone que la regla de la restitución incluso por el tercero de buena fe ‘no será aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irrevindicable’.* Pero esto solo puede referirse a los supuestos de irrevindicabilidad expresa que establece el propio art. 464 en sus párrafos 2º, 3º y 4º, que, sin embargo, obsérvese que no disponen la irrecuperabilidad definitiva de la cosa, esto es, su irrevindicabilidad absoluta –salvo en el caso de la “prescripción instantánea” declarada en el art. 85 del C. de Com. en que lo que se produce es una efectiva adquisición de la propiedad por el adquirente en las circunstancias que señala el precepto- sino que condiciona la restitución a que el adquirente de buena fe sea reembolsado del precio pagado”. Como reconoce el citado autor, la posición asumida por éste no es unánime, pues en la doctrina de dicho país también se ha sostenido, siguiendo el criterio germánico, que la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe concede al titular la propiedad plena del bien, haciéndola irrevindicable, salvo en los casos de pérdida, hurto o robo, dejando de lado la posibilidad de recuperación del bien por el legítimo propietario, en otros supuestos de privación delictiva del bien.

¹⁰³ Un estudio minucioso sobre este tipo penal véase, GALVEZ VILLEGAS, Tomas; DELGADO TOVAR, Walther; ROJAS LEÓN, Ricardo: *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Tomo I, Jurista editores, Lima, 2007.

exclusivamente a los provenientes de un delito contra el patrimonio¹⁰⁴, mientras que en el delito de lavado de activos, como expresamente lo establece la Ley No. 27765, el objeto de la acción está conformado por el dinero, bienes, efectos o ganancias que provienen de los delitos tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, contra el patrimonio en su modalidad agravada, delitos aduaneros u otros que generen ganancias ilegales; requiriéndose a su vez que el agente del delito dificulte la identificación del origen, incautación o decomiso de los bienes materia de dicho delito.

Para efectos del presente trabajo nos concentraremos en la conducta de quien adquiere o vende el bien objeto del delito; en tal sentido, expresamente la legislación penal ha criminalizado la conducta de quien vende o adquiere un bien que ha sido objeto de un delito previo, en este caso, un delito contra el patrimonio; en tal sentido, conforme a lo expresado en el acápite anterior, las transferencias de bienes objeto del delito –sobre los que ha recaído la acción delictiva- serán materia de nulidad, conforme a lo previsto en el art. 11°.2 del nuevo Código Procesal Penal. Por lo que, ante un supuesto de receptación, en la que el agente delictivo transfiere el bien materia de hurto, podrá recurrirse al artículo 188° -A del Código de Procedimientos Penales, a efectos de instarse la nulidad de dicha transferencia, puesto que la misma adolece de imposibilidad jurídica del objeto, además de infringirse lo previsto en el art. V del Título Preliminar del Código Civil.

Se discute en la doctrina nacional o extranjera, si el artículo 194° del Código Penal permite la inclusión de la receptación sustitutiva¹⁰⁵, esto es cuando el objeto

¹⁰⁴ A pesar de que el tipo penal, sólo, hace referencia a “procedencia delictuosa”, por tradición doctrinal y jurisprudencial, así como por la ubicación sistemática del artículo 194° dentro del catálogo penal se ha entendido que este delito sólo está referido a los delitos contra el patrimonio, mas no así a otro tipo de delitos. Esto es así, pues en el delito de receptación el bien jurídico tutelado es el patrimonio. Tratándose de otro tipo de delitos, serán materia de lavado de activos, o de receptación aduanera, en este último caso, tratándose de bienes que procedan de los delitos de defraudación de rentas de aduana y contrabando. Véase, DELGADO TOVAR, Walther y HERBOZO MAGUIÑA, Caleb: “Análisis Dogmático Jurídico del Delito de Receptación” En Diálogo con la Jurisprudencia. Año 10, Número 70, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2004, p. 113. Aunque, mediante Decreto Legislativo N° 982 se ha incorporado el art. 195° del Código Penal, que regula una modalidad agravada de receptación, en los supuestos en que el delito precedente se trate de secuestro, extorsión y trata de personas, conforme a la Fe de erratas, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 02 de Agosto de 2007. Esta modificación complica gravemente el entendimiento de dicha figura penal, sobretudo la delimitación del bien jurídico objeto de tutela penal.

¹⁰⁵ Consideran que el tipo penal de receptación no sanciona la receptación sustitutiva: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo en Gonzalo Quintero (dir.) “Comentarios al Nuevo Código Penal”. Tomo II, Aranzadi, p. 1343.

materia de receptación no es el que directamente procede de la infracción anterior (hurto, robo, estafa, etc), sino que ha sido obtenido mediante una operación comercial que ha tenido su base en el objeto de la infracción precedente, por ejemplo la adquisición de un bien comprado con el dinero materia del delito patrimonial previo. Aun cuando, no es materia de este trabajo tomar partido sobre dicha polémica, debemos señalar que de admitirse la receptación sustitutiva, igualmente la transferencia de dichos bienes será materia de nulidad, al tratarse de efectos del delito (ganancias) y por ende sujeto a las normas que regulan la nulidad de transferencias de bienes materia de decomiso.

Si el tercero adquirente ha tenido conocimiento o haya podido presumir la procedencia delictuosa del bien, no sólo será declarada nula la citada transferencia, sino que podrá imputársele la comisión del delito de receptación.

2.7. CONCLUSIONES

- a) La acción anulatoria contenida en el artículo 97° del Código Penal relativa a la nulidad de actos jurídicos fraudulentos constituye una acción de **nulidad de acto jurídico**; aun cuando dados los elementos configurativos de esta institución, nada impide a que se considere y ejercite como una acción revocatoria o de inoponibilidad cuando lo considere pertinente el titular de la acción, esto es el agraviado por el delito.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “*Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas. La receptación específica*” en Comentarios a la legislación penal, tomo XII, p. 479. DE LA MATTA BARRANCO, Norberto: “*Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento*”. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 68; MUÑOZ CONDE, Francisco: “*Derecho Penal- Parte Especial*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 518. En la doctrina Alemana, se encuentran en contra de la inclusión de la receptación de las cosas sustituidas: WELZEL, SCHWARZ Y MAURACH - Citado por MEZGER, Edmund: “*Derecho Penal Parte Especial*”. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 221. En la doctrina nacional BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO: ” *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*”. San Marcos, Lima, 1996”, p. 343; PEÑA CABRERA: “*Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-A, Delitos Contra el Patrimonio*”. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 256. Esta posición ha sido asumida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la resolución del 13 de enero de 2004, Recurso de Nulidad 2521-2003, en la que señala: “...Que asimismo, en cuanto al objeto material del delito de receptación, la doctrina penal, nacional y extranjera, han establecido dos teorías: la teoría en cadena y la receptación sustitutiva (...); mientras que según la segunda teoría, la receptación abarca todos aquellos supuestos en los que un sujeto, conocedor de la actividad delictiva previa que es desarrollada por otro, le recibe un objeto que no es el que directamente procede de la infracción anterior, sino que es obtenido mediante una operación comercial en el bien receptado –venta, compra, permuta- que tiene como base aquello que se consiguió con la infracción precedente, circunstancias estas que recién han sido tomadas en cuenta por la “Ley Contra el Lavado de Activos”, ley número veintisiete mil setecientos sesenticinco, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha veintisiete de junio de dos mil dos...”. En sentido contrario, MEINI MÉNDEZ, Iván: “*El delito de receptación. La receptación sustitutiva y la receptación en cadena según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema*”. Justicia Viva, Lima, Junio de 2005, pp. 22 y ss.

- b) En los casos actos de disposición o gravamen de bienes objeto del delito o sujetos a decomiso contenidas en el Decreto Legislativo N° 959 y el nuevo Código Procesal Penal, la acción anulatoria tiene una naturaleza indiscutible de *nulidad de acto jurídico*, descartándose la posibilidad de la naturaleza revocatoria o de inoponibilidad. Cabe precisar que actualmente, mediante Decreto Legislativo N° 992 se ha regulado el proceso de pérdida de dominio, como medida autónoma de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y que a su vez se tramita dentro de un proceso especial.
- c) Pueden ser comprendidos en la acción anulatoria en cuestión tanto los actos de disposición o gravamen realizados por el agente del delito así como los realizados por el tercero civilmente responsable, en este último caso sólo en los supuestos referidos a bienes materia de reparación civil.

3. EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN DE INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

3.1. EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN EN GENERAL

En general, la acción de nulidad del acto jurídico y la acción revocatoria para lograr la ineficacia de los actos jurídicos fraudulentos, se ejercita ante la Jurisdicción Civil ordinaria mediante el proceso de conocimiento o el proceso abreviado según la cuantía de la pretensión materia de litis. En estos casos, corresponderá al accionante, y en su caso al demandado o demandados probar cada uno de los extremos de sus pretensiones. En el proceso de ineficacia del acto jurídico por fraude de los acreedores, corresponderá, especialmente al acreedor defraudado, acreditar que su crédito es anterior al acto de disminución patrimonial; que el tercero ha tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que ha estado en razonable situación de conocerlo o no ignorarlo; o cuando el acto defraudatorio es anterior al crédito, que el deudor y el tercero celebraron el acto fraudulento con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. En este caso, no será necesaria la actividad probatoria del acreedor cuando la ley establezca presunciones a su favor, como el caso

establecido en el artículo 195° del Código Civil. Corresponderá al deudor, y en su caso al tercero, probar la inexistencia del perjuicio, o la existencia de bienes libres suficientes para garantizar el crédito.

3.2. EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL AGENTE DEL DELITO, RESPECTO A BIENES MATERIA DE REPARACIÓN CIVIL.

3.2.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y POSICIONES CRÍTICAS AL RESPECTO

Como se ha señalado, si bien la norma que dispone la nulidad de los actos de disposición del agente del delito se halla prevista en nuestra legislación penal desde el Código Penal de 1924 –artículo 74º-, habiendo sido recogida también por el Código Penal de 1991 en su artículo 97º, sin embargo su aplicación ha sido casi nula, pues son contados los casos en los que se ha dispuesto la nulidad o se ha solicitado la misma. Esta situación ha cambiado un tanto con la dación del Decreto Legislativo 959 que incorpora el Art. 188º-A al Código de Procedimientos Penales. Según información obtenida en la Procuraduría Pública Anticorrupción, a la fecha se ha solicitado la nulidad de transferencias en 25 casos, de los cuales sólo dos de ellos han sido resueltos en primera instancia, debiendo precisarse que todos los casos corresponden a los procesos de corrupción de funcionarios ligados al régimen político de la década anterior.

Como se ha venido expresando, una de las causas de la inaplicación de la acción anulatoria en cuestión, ha sido la inexistencia, hasta antes de la dación del nuevo Código Procesal Penal y el Decreto Legislativo Nº 959, de una norma procesal que clarifique la posibilidad del ejercicio de la acción anulatoria en el propio proceso penal. Es así que el criterio asumido por los operadores del proceso, con anterioridad a estas normas procesales, apuntaba en el sentido que la pretensión de nulidad debía ejercitarse en un proceso de conocimiento en la vía civil; al respecto, es ilustrativo el criterio esgrimido en las resoluciones emitidas antes de la vigencia de dichas normas (que las consignamos en los anexos del presente trabajo), las cuales cuestionan la competencia del Juez Penal para resolver la nulidad de transferencias y la posibilidad de que dicha pretensión sea

ventilada en vía incidental, contrariamente, consideran que lo correcto sería su ejercicio en un proceso civil de conocimiento.

Esta posición, esboza como uno de sus principales cuestionamientos al ejercicio de la acción anulatoria en el proceso penal –criterio asumido incluso después de la dación de las normas antes indicada-, el criterio de que no es pertinente la acumulación de modo *sui generis* de una pretensión de naturaleza civil con una de naturaleza penal, dándose competencia para resolver la nulidad a un Juez en materia penal que no está especializado en materia civil¹⁰⁶. Asimismo, se ha señalado que con la acumulación de estas acciones se afecta el Debido Proceso, al haber sido regulada la nulidad de transferencias en un proceso incidental, siendo ésta una pretensión compleja que debería ser materia de un proceso de conocimiento, a fin de garantizar el Derecho de Defensa de los justiciables.

3.2.2. NUESTRA POSICIÓN

Nuestro ordenamiento procesal, tiene la particularidad de permitir que dentro del propio proceso penal se acumulen las pretensiones civil y penal, para que en una sola resolución judicial –sentencia- se resuelva ambas pretensiones; es decir, se pronuncie respecto a la imposición de una pena y sobre la reparación, restitución e indemnización de los perjuicios causados a la víctima¹⁰⁷. Esta acumulación tiene su fundamento en el hecho de que la fuente de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil (que dan origen a ambas acciones), es la misma, es decir, se sustentan en el hecho constitutivo del delito materia de la investigación procesal; una y otra acción se dirige a probar la

¹⁰⁶ VILLA PADILLA, Renato y CASTILLO RODRÍGUEZ, Lucio: *Ob. Cit.*, pp. 91-98.

¹⁰⁷ Respecto a la forma de hacer efectiva la pretensión resarcitoria que nace del hecho que a su vez es constitutivo del delito, se ha constituido hasta tres sistemas, en base al tratamiento dispensado en los diversos ordenamientos jurídicos. Un primer sistema considera a ambas acciones de forma autónoma, por lo que la acción penal se ejercita en la vía penal, mientras que la civil, en la vía pertinente, así en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al Common Law. De otro lado, un segundo sistema establece que tanto la acción penal como la civil deben ejercitarse en el proceso penal, dejando a salvo la facultad del agraviado de reservarse el derecho de recurrir a la vía civil, este el caso del ordenamiento jurídico Español y el establecido por el Nuevo Código Procesal Penal, en el cual si bien el agraviado puede ejercitar la acción civil dentro del proceso penal, sin embargo esta no podrá ser ventilada en el proceso penal si el agraviado recurre a la vía civil o se reserva el derecho de utilizar esta vía, de forma que la sentencia no se pronunciará sobre la reparación civil. Finalmente, el tercer sistema considera que ambas acciones deben ventilarse en el proceso penal, existiendo sólo algunas excepciones en las que se pueda recurrir a la vía civil, a éste sistema se afilia la legislación de Portugal y nuestra legislación vigente, por cuanto se establece la obligatoriedad de hacer valer la pretensión civil en el proceso penal, existiendo sólo algunas excepciones contenidas en el art. 99º C.P.

existencia del hecho y la incidencia que ha tenido en la lesión del bien jurídico y en la atribución de las responsabilidades¹⁰⁸.

El derecho de las víctimas para constituirse en parte civil y la obligación del juez para pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito, no son el resultado de una simple acumulación de acciones ni de una mera consecuencia de la atribución legal para fijar las formas propias del juicio. Se trata realmente de la aplicación de principios rectores que gobiernan el proceso penal, en particular, aquellos que ordenan a las autoridades penales la protección de las víctimas y testigos, y el restablecimiento pleno de los derechos quebrantados por la actividad delictiva, los cuales, a su vez, tienen asiento en los principios generales de economía procesal y eficacia; hechos que se reconocen no sólo en nuestro medio, sino también en el Derecho y jurisprudencia comparados¹⁰⁹.

En este sentido, el nuevo Código Procesal Penal prevé la posibilidad de que el perjudicado con el delito pueda ejercer dentro del proceso penal la acción civil, aunque también queda abierta la posibilidad de que pueda ejercerla en un proceso civil independiente del proceso penal (artículos 11 y 12 del nuevo CPP), con lo cual se concede al agraviado la posibilidad de un ejercicio alternativo, aun cuando si se opta por cualquiera de las dos vías, queda inhabilitado para ejercer la otra (Art. 12°). Pese a esta decisión político criminal asumida por el legislador, consideramos que acudir a la vía civil no resulta una medida eficiente, por los altos costos que representa, además de no permitir al Juez penal tomar conciencia de que debe estar en la capacidad de resolver con igual eficacia y eficiencia las dos pretensiones incorporadas al proceso penal.

Asumiendo la postura de RAMOS MÉNDEZ, el tratamiento procesal de la acción civil derivada del delito debe configurarse, también como un instrumento útil y efectivo encaminado a superar las reticencias que la realidad muestra a este respecto, tanto a nivel teórico así como en la práctica jurisdiccional¹¹⁰. En consecuencia, consideramos que acertadamente, nuestro sistema procesal penal ha introducido este mecanismo de

¹⁰⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*La reparación civil en el proceso penal*”, p. 59.

¹⁰⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-916/02 del 29 de Octubre de 2002, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 97° de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

¹¹⁰ RAMOS MENDEZ. “*La tutela de la víctima en el proceso penal*”. En *Justicia*, 1995, III, pp. 27 y ss.

auxilio a la víctima, para que logre sin demasiados esfuerzos y dentro del propio proceso penal, la reparación que merece por el daño sufrido. Dejar para el proceso civil el ejercicio de la acción reparatoria supone una mediatización de la reparación a la vez que una dilación innecesaria respecto a la pretensión resarcitoria de la víctima del delito.

Igual criterio cabe sostener para el *ejercicio de la acción de nulidad* materia del presente, el mismo que nuestra legislación penal contempla desde hace varias décadas siguiendo una tradición de antigua data, tanto del Derecho nacional así como del comparado. Puesto que sería incoherente y poco eficiente que, tramitándose la pretensión reparatoria dentro del proceso penal, se tenga que recurrir a una vía distinta para obtener un pronunciamiento respecto al aseguramiento de los bienes del deudor (agente del delito o tercero) con miras al pago de dicha reparación.

Si el criterio en contrario se debe a que para resolver la nulidad no resultan satisfactorias las normas penales, habría que recordar que son perfectamente aplicables las normas contenidas en el Código Civil y Procesal Civil, conforme a lo previsto por el artículo 101° del Código Penal, el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil y la Primera Disposición Final y Complementaria del Código Procesal Civil. Asimismo, es necesario precisar que ante la existencia de conflictos sociojurídicos –como los que se ventilan en un proceso penal– se requiere de la aplicación integral y conjunta de principios, instituciones y normas, tanto del derecho privado así como de las ciencias penales, las mismas que deben interpretarse y aplicarse del modo más eficiente posible; por todo ello, consideramos que de ser entendida debidamente la institución materia de la presente investigación aportaría gran rendimiento práctico, en orden tanto a garantizar el pago de la reparación civil así como para minimizar los beneficios que la actividad delictiva podría brindar al agente del delito.

Finalmente, en cuanto a los cuestionamientos sobre la afectación al debido proceso y al derecho de propiedad, cabe señalar que si bien coincidimos en cuanto a que el plazo de tramitación de la pretensión de nulidad es corto, creemos que con una actuación adecuada de los operadores procesales conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 959 y el artículo 15° del nuevo CPP en su caso, se garantiza el derecho del imputado y del adquirente y/o o tercero para que puedan ejercitar el derecho que consideren conveniente a sus intereses y solicitar la actuación y ofrecer los medios

probatorios pertinentes; tal como se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, la que considera que el ejercicio de la acción materia de análisis “... no vulnera el debido proceso ya que todas las partes intervinientes en el caso tienen facultades para ofrecer la prueba que consideren conveniente, pueden intervenir en el procedimiento y cuestionar lo que consideren pertinente formulando alegatos escritos y orales, lo que permite deducir que el Juez Penal puede resolver la nulidad solicitada sin que esto signifique transgresión de las garantías jurídicas de las partes, siempre y cuando el pedido haya sido hecho con las formalidades y dentro del plazo establecido por la ley”¹¹¹.

En este sentido, creemos que resulta pertinente y adecuado a los criterios político-criminales que orientan la prevención del delito y la resolución del conflicto creado con el mismo, el ejercicio de la acción anulatoria en cuestión, en el propio proceso penal.

3.2.3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales introducido por el D. Legislativo N° 959 y de modo similar el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal, atribuyen legitimidad a la parte civil y al Fiscal para introducir la pretensión anulatoria en el proceso penal, habiéndose establecido un procedimiento incidental para la acción de nulidad en cuestión.

Para interponer la pretensión anulatoria en el proceso penal, el accionante debe guardar las formalidades establecidas en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil, en lo que sea pertinente, debiendo motivar fáctica y jurídicamente su pretensión, ofreciendo la prueba pertinente, precisando el nombre y la dirección de los terceros que deben ser emplazados con la demanda, sin que esto impida al Juez Penal emplazar a todos aquellos que pudieran resultar afectados en el caso de declararse fundada la pretensión de nulidad.

El Juez Penal deberá correr traslado de la pretensión de nulidad al imputado y a los terceros adquirentes y/o poseedores del bien, quienes no sólo están autorizados para ofrecer medios probatorios que acrediten su derecho, sino también para intervenir en el

¹¹¹ Vocalía Suprema de Instrucción, Sala Penal Permanente, Exp. N° 34 – 03, Resolución del 14 de junio del 2006. Con ello descarta la posibilidad del ejercicio de la acción en ejecución de sentencia o en el juicio oral.

proceso incidental sobre la nulidad y en todas las actuaciones procesales que puedan afectar su derecho, inclusive en el Juicio Oral donde intervendrá luego del Tercero Civilmente Responsable.

Absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, el Juez citará para una audiencia dentro del quinto día para la actuación de las pruebas ofrecidas y escuchar los alegatos de los participantes, y finalmente dictará resolución motivada dando por concluida la incidencia (Art. 15° del nuevo Código Procesal Penal)¹¹². Este proceso incidental es sólo para realizar la actividad probatoria correspondiente a la etapa de investigación preparatoria o de instrucción, con éste no se declara o desestima la acción anulatoria; ello recién se producirá en la sentencia final, correspondiendo a los interesados participar en todo el proceso, sobre todo a nivel de juicio oral. Asimismo, también se podrá interponer la acción en la etapa intermedia, donde también se seguirá el procedimiento incidental antedicho.

De otro lado, resulta incuestionable la legitimidad de la parte civil para introducir la pretensión anulatoria dentro o fuera de la etapa de instrucción, puesto que ésta tiene total legitimidad para ejercitar la pretensión reparatoria y por ende tiene igual legitimidad para asegurar el mantenimiento del patrimonio del imputado o tercero civil; esto es velar porque el resultado de la acción resarcitoria interpuesta, no devenga en infructuosa por los actos fraudulentos del obligado a reparar el daño; consecuentemente, ostenta un interés legítimo en la acción de nulidad.

En cuanto a la legitimidad otorgada al Ministerio Público, ésta encuentra sustento en las atribuciones concedidas a esta entidad por la propia Constitución Política del Estado así como por su Ley Orgánica, que le encomiendan la misión de velar por la defensa de la legalidad, por la recta administración de justicia y por los intereses públicos tutelados por el Derecho; mandato constitucional que también es asimilado en el propio ordenamiento civil y procesal civil (artículo 220° del Código Civil y artículos 113° y siguientes del Código Procesal Civil). Asimismo, si se tiene en cuenta que al

¹¹² Debe precisarse que conforme al art.188°-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N° 959, el juez correrá traslado del requerimiento de nulidad tanto al imputado cuanto al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado; absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, abrirá el incidente a prueba por ocho días, estando legitimadas a intervenir en las actuaciones probatorias las partes y quines hayan sido emplazados como adquirente y/o poseedor del bien cuestionado.

estar legitimado para ejercitar la acción resarcitoria, también debe estarlo para ejercer las acciones necesarias para asegurarse que la reparación efectivamente sea realmente materializada. Debiendo precisarse que el Ministerio Público estará legitimado para ejercer la acción anulatoria, sólo en el caso en que esté legitimado en la relación procesal resarcitoria, esto es, cuando no haya sido desplazado dentro del proceso por la actuación del propio agraviado, en cuyo caso, si el agraviado se hubiese constituido como actor civil, cesa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, de conformidad con el artículo 11°.1 del nuevo Código Procesal Penal.

3.2.4. OPORTUNIDAD EN QUE SE RESUELVE

3.2.4.1. Durante la sentencia

Como se ha indicado, la norma procesal establece que la acción anulatoria sea ejercitada durante la instrucción, en estos casos, concluida la audiencia correspondiente el Juez dará por concluido el trámite incidental, resolviéndose en definitiva la pretensión de nulidad al dictarse la sentencia. Sin embargo, no se ha previsto los casos en los que la instrucción se reserva por haberse declarado la ausencia o contumacia de alguno de los procesados, situación que resulta bastante común en nuestros foros judiciales. En estos casos, aún cuando la norma no lo diga, si se hubiera ejercitado la acción anulatoria, ésta no puede quedar sin resolver, y de todos modos al dictarse la sentencia, se debe declarar lo pertinente respecto a los actos de disposición o de gravamen del procesado ausente o contumaz; ya que si bien, no se puede condenar en ausencia, sí se puede resolver una cuestión civil en ausencia del procesado; esto sobre todo en los casos en que se hubiera condenado a alguno de los procesados, habiéndose establecido una reparación civil a favor del agraviado. Pues de otro modo se podría perjudicar al agraviado, así como la pretensión anulatoria, cuando por el transcurso del tiempo el derecho del tercero pueda quedar firme por haber transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva a su favor; asimismo, el propio tercero adquirente puede verse afectado por la inseguridad jurídica a la que está sometido, al no existir certeza respecto a la validez o invalidez de su derecho adquirido con el acto de disposición o gravamen materia de cuestionamiento.

Obviamente, para que la nulidad sea declarada, resulta necesario, en primer lugar, que se haya acreditado en autos con prueba idónea, la existencia del daño ocasionado, es decir que el hecho dañoso efectivamente se ha cometido, y por tanto hay derecho a la reparación civil; asimismo, que el acto practicado o la obligación adquirida es fraudulento y sobre todo doloso, aun cuando la norma en comentario no lo señale expresamente; igualmente, será necesario acreditar que con dicho acto se hará infructuoso el pago de la reparación civil; de lo contrario, cuando el deudor tenga otros bienes o cuente con los recursos económicos suficientes como para hacer frente a la reparación civil, la nulidad no resulta amparable. Igualmente, para la nulidad de los actos en cuestión, se requiere que el tercero haya actuado de mala fe, esto es, conociendo el perjuicio que se causaba al agraviado, o en todo caso, que estaba en condición de conocer dicho perjuicio o de no ignorarlo, tal como lo establece la norma civil relativa a los actos fraudulentos (Art. 195° del Código Civil).

Si bien la legislación procesal en vigencia no permite al Juzgador pronunciarse sobre la pretensión civil resarcitoria en los casos de absolución, por lo cual el agente deberá recurrir a la vía civil; sin embargo el nuevo Código Procesal Penal prevé en su artículo 12°.3 que el Juez deberá pronunciarse sobre la acción civil aun en caso de absolución del procesado; por lo que, estando a esta norma, el Juzgador deberá también pronunciarse sobre la pretensión de nulidad de transferencia aun en casos de absolución. Debe precisarse sin embargo, que no todos los casos de absolución tienen igual tratamiento, así en los casos de absolución por no haberse acreditado la participación del procesado en los hechos, no le alcanzará ningún tipo de responsabilidad y por tanto, tampoco podrá ampararse acción anulatoria alguna. Asimismo, en los casos de absolución por la existencia de una causa de justificación, tampoco alcanzará al imputado responsabilidad civil, precisamente porque su conducta no resulta contraria al derecho, puesto que el propio ordenamiento jurídico la permite. En los casos de absolución por atipicidad de la conducta¹¹³, por la existencia de una causal de

¹¹³ Al respecto, GALVEZ VILLEGAS, Tomas: *“La Reparación Civil en el proceso penal”*. pp. 326 -327, señala que en los casos en que se trate de un delito doloso y se ha acreditado que la conducta imputable al agente del daño a título culposo, en este caso se podrá pretender la reparación por culpa del causante del daño; mientras en los casos en que el hecho no es doloso ni culposo, es posible pretender el resarcimiento, aunque deberá acreditarse el factor objetivo de atribución de responsabilidad. De otro lado, en los casos de actos reflejos, aun cuando no se pueda determinar la causalidad y el factor de atribución, el Juez puede conceder un resarcimiento equitativo, apelando a criterios de justicia material; finalmente, si se trata de un supuesto de estado de inconsciencia, se tendrá que determinar si se puede imputar a alguien dicho estado, en cuyo caso éste será el

exculpación o por la presencia de una excusa absolutoria, si es que se ha producido un daño antijurídico el Juez queda expedito para pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria y por ende respecto a la pretensión de nulidad, apelando a principios de eficacia y economía procesal.

La doctrina comparada, también prevé la posibilidad de que el Juez pueda pronunciarse sobre la reparación civil en los casos de absolución, así el Código Procesal Penal de la Provincia argentina de Córdoba, el Código Procesal Boliviano y el Código Penal Español, entre otros.

3.2.4.2. *En ejecución de sentencia*

El literal f) del artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el D. Leg. 959, establece que si la transferencia fraudulenta, se descubriera luego de culminada la etapa de instrucción, se podrá instar la nulidad en ejecución de sentencia. Con lo que aparentemente se viabilizaría la acción luego de culminado el proceso. Al respecto, creemos que esta disposición constituye una ligereza del legislador, toda vez que las sentencias se cumplen en los términos contenidos en la misma¹¹⁴, y el Juez de Ejecución sólo está facultado para realizar determinadas actuaciones orientadas a concretar el mandato judicial contenido en la sentencia, más no para ejecutar acciones que nada tienen que ver con el contenido de la sentencia. Peor aún, no creemos que en ejecución de sentencia se pueda iniciar una acción que no ha sido materia del proceso y por ello mismo, no está contenida en la sentencia. En este caso, si recién se conociera al acto de disposición una vez que ha concluido el proceso con sentencia firme, creemos que lo que corresponde es iniciar la acción anulatoria en el correspondiente proceso civil¹¹⁵. Este criterio es asumido por la

responsable civil y, en los casos ausencia de acción por fuerza física irresistible, la responsabilidad se trasladará al agente que desencadenó dicha fuerza. Al respecto, debemos señalar que en estos dos últimos casos, resulta evidente que al no ser imputable el daño al sujeto que ha sido absuelto por presencia de alguna de dichas causales de atipicidad, tampoco podría declararse la nulidad de los actos de transferencia que éste efectúe, al no estar obligados a resarcir el daño.

¹¹⁴ El Tribunal Constitucional, expresamente refiere que la sentencia debe cumplirse necesariamente en sus propios términos.

¹¹⁵ En anteriores trabajos habíamos asumido una posición contraria; sin embargo, en base a una posterior reflexión de la norma y el análisis de los principios que orientan nuestro ordenamiento jurídico, hemos asumido la posición esbozada en el presente trabajo; véase, DELGADO TOVAR, Walther y ROJAS LEON, Ricardo: "Nulidad de las transferencias que disminuyen el patrimonio del condenado" En Actualidad Jurídica, Tomo 136, Gaceta Jurídica, Lima, Marzo 2005, p. 127.

Corte Suprema en un caso de nulidad fraudulenta solicitado por la Procuraduría Anticorrupción, luego de que el caso ya había sido resuelto con sentencia firme. Deja a salvo sin embargo, el derecho de solicitarlo en la vía Civil¹¹⁶.

Proceder como dispone la norma en cuestión, implicaría infringir todos los derechos y garantías vinculadas al debido proceso, tanto desde la perspectiva del imputado o tercero (deudor) así como desde la perspectiva del agraviado (acreedor) y del tercero adquirente. Pues, si bien, hemos admitido que la acción de nulidad al ventilarse por la vía incidental no infringe el debido proceso, es porque en dicho incidente no se resuelve en definitiva la acción anulatoria, ya que los interesados todavía pueden realizar la actividad probatoria que corresponda a sus intereses, pudiendo intervenir activamente en el Juicio Oral, con lo que el derecho al debido proceso y sobre todo el derecho de defensa, queda garantizado. En cambio al resolverse en ejecución de sentencia, en un simple incidente no se puede zanjar el asunto, y en este caso, sí se afectaría el derecho de defensa y por tanto el debido proceso, garantizado por la Constitución y consagrado como un derecho fundamental, por tanto, este extremo de la norma penal en comento, no resultaría aplicable, por resultar incompatible con normas de superior jerarquía.

Inclusive, consideramos que ni siquiera puede ejercitarse la acción a nivel del juicio oral, toda vez que en este caso se estaría obviando la etapa de acopio de elementos de prueba como es la investigación preparatoria o la etapa de instrucción.

La inconveniencia de la norma procesal en este extremo, parece haberla constatado el propio legislador, a tal punto que en el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal, que regula el procedimiento de la acción de anulabilidad, ya no se prevé su ejercicio en ejecución de sentencia, indicándose únicamente que puede interponerse en la etapa intermedia, en este caso claro está que se ventilará también en el Juicio Oral, y por tanto no se afectará el derecho de defensa. Incluso, no podrá interponerse ni siquiera en el Juicio Oral.

¹¹⁶ Vocalía Suprema de Instrucción, Exp. N° 34 -03, Procesado Carlos Bologna Behr, Resolución del 14 de junio del 2006..

En la práctica jurisprudencial, se ha desestimado el ejercicio de la acción anulatoria en ejecución de sentencia, aun cuando no se ha abordado el fondo del asunto sino que se ha recurrido a un pequeño subterfugio, al haberse asumido en un supuesto específico, que si la parte civil o el Ministerio Público no ha solicitado durante la instrucción la nulidad de transferencia, cuya inscripción en los Registros Públicos se ha realizado en fecha previa a la apertura de instrucción o durante la investigación judicial, no podrá ejercitarse tal pretensión en ejecución de sentencia, dado que en aplicación del principio de publicidad registral, se presume -sin admitirse prueba en contrario- el conocimiento de dicha transferencia, por la parte civil y el Ministerio Público; en consecuencia la nulidad se “habría descubierto” antes de culminada la etapa de instrucción y por ende debió accionarse durante dicha etapa, siendo que la norma sólo faculta a ejercitar la acción de nulidad, en ejecución de sentencia, cuando la transferencia ha sido descubierta luego de culminada la etapa de instrucción, en caso contrario deberá recurrirse a la vía civil.

En virtud al Principio de publicidad registral (Art. 2012º del Código Civil) se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Tal principio tiene como finalidad garantizar la seguridad del tráfico jurídico, sancionando al adquirente negligente que no acude al registro a fin de verificar la titularidad del derecho de su transferente. En el caso que nos ocupa, sin embargo, no podría operar tal presunción, puesto que tanto la parte civil como el Ministerio Público, en primera instancia, ni siquiera conocen de los bienes que son o han sido propiedad del agente del delito y que posteriormente han sido dispuestos o gravados, lo que conlleva a que para su descubrimiento se tenga que realizar diversos actos de investigación y búsqueda registral, el cual podría en algunos casos rebasar el plazo de instrucción. Por ello creemos que el fundamento para denegar la acción anulatoria en cuestión, no es el correcto, aun cuando se pudo desestimar tal pedido por atentar contra el debido proceso y el derecho de defensa.

Finalmente, en los casos en que se ha solicitado la nulidad de transferencias durante la etapa de juzgamiento, se ha dispuesto remitir las solicitudes de nulidad al juzgado que se encargó de la instrucción en algunos casos, y en otros se ha dejado pendiente para ser resuelta en ejecución de sentencia, hecho que no se ha realizado.

3.2.5. EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA Y CONSTITUCIÓN EN PARTE CIVIL

La parte o actor civil es un sujeto formalmente constituido en el proceso penal, quien introduce la pretensión reparatoria, y su actuación estará orientada a aportar la prueba necesaria para acreditar la entidad y magnitud del daño ocasionado con el delito, a fin de obtener la adecuada reparación civil, sin perjuicio de que pueda colaborar en la acreditación de la responsabilidad penal del procesado, ofreciendo medios de investigación y de prueba, participando en los actos de investigación, entre otros.

Pueden constituirse en actor civil el propio agraviado o el sujeto legitimado (caso de los herederos del agraviado en el delito de homicidio), las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los Tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del pronunciamiento. Asimismo, también pueden constituirse en actor civil los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.

También pueden constituirse en actores civiles cualquier persona que hubiera sufrido un daño como consecuencia del acto delictivo, como el asegurador de un riesgo de responsabilidad; los que sufren un daño como consecuencia de un vínculo jurídico que lo unía con la víctima del hecho, por ejemplo, el que mantenía un contrato, cuya prestación a cargo de la víctima del delito constituía una obligación *intuitu personae*, y el hecho delictivo pone a la víctima en la imposibilidad de cumplir dicho contrato; siempre, claro está, que se trate de un contrato en que la parte que se considere perjudicada ya hubiese realizado la contraprestación a su cargo, y no exista la posibilidad de obtener un resarcimiento fuera del proceso penal¹¹⁷.

¹¹⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás: “*Facultades del Agraviado en el Proceso Penal. Análisis de la ejecutoria vinculante del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema*”. En Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Año II, N° 89, Gaceta Jurídica. Lima., Febrero de 2006, p. 246.

Al constituirse en actor civil el agraviado adquiere la calidad de demandante de la pretensión resarcitoria y actúa en el proceso como otro sujeto procesal, contando con derechos, facultades y obligaciones, conforme lo prevé el nuevo Código Procesal Penal en los artículos 95°, 96°, 104° y 105°. Para ejercitar esta pretensión se debe cumplir con determinadas formalidades y requisitos, bajo sanción de inadmisibilidad. Sin embargo, consideramos que en el caso de que se haya dictado sentencia en el que se ha impuesto el pago de una reparación civil, no resulta necesario exigir que el agraviado se haya constituido en actor civil para participar en el proceso de ejecución de sentencia, a fin de garantizar el cumplimiento de la reparación civil, por cuanto en este caso su derecho deriva del título de ejecución que viene a constituir la sentencia firme, el que le otorga plena legitimidad para requerir el pago de la reparación civil y para utilizar los mecanismos de ejecución forzada establecidos en el Código Procesal Civil destinados a tal fin.

Asimismo, cabe resaltar que la constitución en actor civil tiene sentido en tanto se encuentre pendiente acreditar la pretensión reparatoria, por lo que una vez reconocido el derecho del agraviado a la reparación ésta resulta intrascendente, puesto que el agraviado no pierde su derecho a reclamar el resarcimiento del daño, salvo en el caso de prescripción de la acción civil. En este orden de ideas, la sentencia firme o ejecutoriada, constituye el título de ejecución que legitima a quien aparece en la sentencia con derecho reconocido a su favor, conforme a lo previsto en los artículos 690° y 713° del Código Procesal Civil, no requiriendo cumplir ningún otro requisito o condición, fuera de las formalidades normalmente exigidas, para ejercitar su derecho.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales y Transitoria, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de Noviembre de 2005, declaró precedente vinculante el cuarto fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema de fecha veinte de junio de 2005 en el Recurso de Nulidad N° 1538-2005, que señala: *“Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal,*

participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría –como se hizo- el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil, sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse lo declarado y ejecutado en sede civil.”

Todo ello sin embargo, está referido específicamente a la pretensión resarcitoria, mas no así a la pretensión anulatoria materia de análisis, en este caso, aun cuando no se requiere que el agraviado se haya constituido previamente en actor civil durante la secuela del proceso penal, el ejercicio de la acción anulatoria, no podrá realizarse en ejecución de sentencia en el propio proceso penal, porque ello contradiría el debido proceso y afectaría el derecho de defensa de todos los involucrados. Consecuentemente, en este caso, la acción anulatoria se tendrá que ejercitar en el correspondiente proceso seguido ante la vía civil. Tanto el artículo 188° -A del Código de Procedimientos Penales como el artículo 15° del Nuevo Código Procesal Penal, otorgan legitimad expresa al actor civil, de modo que si el agraviado no se ha constituido como tal, no podrá ejercitar su pretensión durante la instrucción o la etapa intermedia.

3.3. EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA DE ACTOS DE DISPOSICIÓN DE BIENES MATERIA DE DECOMISO

La norma procesal ha dispensado el mismo tratamiento a los casos de ejercicio de la pretensión anulatoria de actos de disposición que afectan el pago de la reparación civil con la referida a los bienes materia de decomiso, lo que desde nuestro punto de vista no resulta adecuado, puesto que se trata de dos situaciones que debieron ser

tratadas de forma distinta y en acápites distintos, dadas las diversas características y peculiaridades que ambas comportan. En tal sentido, el comiso procede como reproche del Estado frente a una conducta punible y no por conflicto o desequilibrio de las relaciones particulares (relaciones civiles). Asimismo, los principios constitucionales y legales que gobiernan el decomiso penal son distintos a los que regulan la reparación del daño.

Por ende, el legislador del nuevo texto procesal habría incurrido en error al regular esta medida en el título referido a la acción civil, pues el decomiso no tiene relación con la pretensión reparatoria de la víctima. Esto revela que nuestro país no cuenta con una clara política criminal en orden a regular los aspectos patrimoniales del delito y la desincentivación de la delincuencia –especialmente económica-, confundiendo entre los bienes sujetos a comiso y los que serán materia de la pretensión reparatoria¹¹⁸.

De otro lado, consideramos que la competencia exclusiva para ejercitar la pretensión de nulidad de bienes materia de decomiso le corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal, dado que la Constitución Política (Art. 159°) le asigna -entre otras atribuciones- la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, asimismo el artículo 220° del Código Civil le atribuye legitimidad para ejercitar la pretensión de nulidad de los negocios jurídicos.

A pesar del igual tratamiento procesal previsto en el artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales y art. 15° del nuevo Código Procesal Penal, cabe diferenciar el procedimiento establecido para la tramitación y resolución de la pretensión anulatoria de bienes materia de decomiso, debiendo resaltarse que como se ha señalado previamente, la nulidad de transferencias de estos bienes tiene especiales particularidades que lo diferencian de la nulidad referida a la transferencia de bienes con el fin de afectar el pago de la reparación civil. En este sentido, para declararse la nulidad de transferencia de los bienes materia de decomiso deberá acreditarse que los bienes materia de disposición o gravamen son instrumentos o efectos del delito, aun más

¹¹⁸ Para el cumplimiento de la prestación reparatoria el agente del delito debe responder con los bienes integrantes de su patrimonio y no con los obtenidos a consecuencia del delito; en tal sentido, la actual regulación de la nulidad de transferencias, podría conllevar a confusión a los operadores del derecho y pretenderse que con los bienes materia de decomiso se cumpla la obligación resarcitoria.

también deberá analizarse si se cumple con el fundamento del decomiso correspondiente, así por ejemplo la peligrosidad del bien en el caso del comiso de los instrumentos del delito, pues el bien materia de decomiso puede ser de un tercero y existe la probabilidad de menguar dicha peligrosidad, alejando el bien de potenciales actividades delictivas.

Asimismo, estando a que como hemos señalado, para el decomiso de los instrumentos del delito, basta con que se trate de un hecho típico y antijurídico, sin necesidad de que exista culpabilidad, bastando con que exista el pronóstico de probabilidad de que dichos bienes puedan ser utilizados en la comisión de futuros delitos; en consecuencia en este caso ni siquiera se requeriría de una sentencia penal y por ende la nulidad de transferencia de bienes sujetos a decomiso podría resolverse sin necesidad de la misma.

De otro lado, tratándose de efectos del delito, no se requerirá que el tercero adquirente actúe dolosamente, puesto que el transferente adolece de falta de titularidad, dado que su derecho no ha nacido conforme al ordenamiento jurídico, en consecuencia el acto de transferencia es inepto para producir efectos jurídicos no sólo por la ilicitud del mismo, sino también por que el objeto no es jurídicamente posible. En el caso de instrumentos del delito, que sean de propiedad del agente del daño, si será exigible la actuación dolosa del adquirente, quien deberá conocer de la intención de su transferente, lo que permitirá configurar el delito de Lavado de Activos, si se acredita además que el adquirente tienen la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Actualmente, el decomiso está estrictamente vinculada al proceso penal, de forma que si éste ha prescrito o existe sentencia firme o ejecutoriada, éste no podrá solicitarse, ni mucho menos decretarse -así por ejemplo, en los casos en que durante la secuela del proceso no pudo descubrirse la existencia de bienes efectos del delito-, si después de haberse emitido sentencia firme o ejecutoriada se logra descubrir la existencia de los mismos, no podrán ser materia de decomiso, a pesar de ser producto de

una actividad delictuosa; aunque, actualmente podría instarse la acción de pérdida de dominio, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 992¹¹⁹.

La vinculación del decomiso de bienes con el proceso penal, se deriva de la propia denominación “consecuencias accesorias”, dentro de las cuales se encuentra éste, sin precisarse respecto a qué son accesorias. Como sabemos, en teoría general del derecho, en la doctrina civilista y en términos lingüísticos en general, lo ‘accesoriedad’ es una relación entre dos cosas, instituciones, consecuencias, etc., en virtud de la cual hay una cosa principal y una secundaria, cuya sustancia o naturaleza de ambas puede o no diferir. En esta relación la ‘suerte’, destino o condición de la segunda viene determinada por la primera, esto es, ‘lo accesorio sigue la suerte de lo principal’.

Esta relación de ‘accesoriedad’ no la encontramos en las llamadas consecuencias accesorias, por lo que su propia denominación no nos parece adecuada; pues cada una de estas consecuencias tiene su propia naturaleza, fundamento y finalidad, y no depende de ninguna otra consecuencia de orden penal, civil o administrativa, por lo que no constituyen ni pueden llamarse consecuencias accesorias. Y si bien, las instituciones se definen por su estructura, fundamento y finalidad o función dentro del ordenamiento jurídico, y no por la simple denominación legislativa¹²⁰, esta denominación, en nuestro medio, ha generado confusión en su entendimiento y ha sido determinante de su falta de aplicación práctica. Pues, se ha considerado que son ‘accesorias de la pena’¹²¹ y por

¹¹⁹ La pérdida de dominio se define como: “La extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna” (Art. 1° del Decreto Legislativo N° 992).

¹²⁰ “... la denominación que se utilice en un contexto determinado para designar a un objeto no es siempre decisiva para dilucidar su auténtica naturaleza. Sin embargo, en principio hay que partir de que en la mayor parte de los casos sí tendrá ese valor decisivo en un sentido *negativo*, es decir, para descartar y excluir que el objeto designado por un nombre propio y diferenciado pueda tener la naturaleza propia de otros a los que designa con otro nombre”. GRACIA MARTÍN, Luis: “*Estudios de Derecho Penal*”, p. 267. En igual sentido, CASTILLO ALVA, José Luis: *Ob. Cit.* p. 178 y ss.

¹²¹ “Ya la propia terminología legal (procedente del Derecho alemán) indica que nos encontramos ante instituciones de naturaleza peculiar, que sin ser penas ni medidas de seguridad pueden vincularse a una condena penal. *En este sentido parece razonable entender que su accesoriedad lo es de la pena.* En cualquier caso, la naturaleza de estas consecuencias accesorias es discutible y discutida. No puede extrañar -por ello- que se haya sostenido su condición de penas, medidas de seguridad o, incluso, sanciones puramente administrativas”. LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “*Las Consecuencias Jurídicas del Delito*”. Tecnos, Cuarta Edición, Madrid, 1996. pp. 123 y 124.

En la doctrina nacional, varios autores también consideran que se trata de medidas accesorias a la Pena, tales son los casos de PEÑA CABRERA: “*Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*”. Grijley, Lima, 1999, p. 695. VILLA STEIN, Javier: “*Derecho Penal. Parte General*”. Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 502. De otro lado, CASTILLO ALVA, sostiene que la accesoriedad no está referida a la pena o a la medida de seguridad a imponerse “sino que más bien se vincula al delito cometido”. *Ob. Cit.* p. 175.

tanto se ha hecho depender de la culpabilidad (fundamento de la imposición y medida de la pena) y en consecuencia, su imposición se ha hecho depender de la condena del imputado, no aplicándose en casos de inexistencia de condena, con lo que se ha desnaturalizado la esencia de estas consecuencias y se ha impedido su aplicación.

Por ello, de lege ferenda consideramos que esta pretensión de nulidad debería ser regulada en una norma especial que regule el decomiso de bienes, a fin de evitar –entre otros- la dispersión de normas sobre el particular y una mayor eficacia y eficiencia normativa en la lucha contra la delincuencia. Debemos precisar que si bien, el proceso de pérdida de dominio ha sido creado –entre otros- con la finalidad de cubrir aquellos supuestos en los que la actual regulación de las normas sobre decomiso era insuficiente o nula; siendo además el objetivo que ambas instituciones subsistan en el ordenamiento jurídico, complementándose¹²²; sin embargo, contrariamente, en la misma fecha de dación de la citada norma se han promulgado otras normas que contradicen tal objetivo; en tal sentido, mediante Decreto Legislativo N° 983, se modificó –entre otros- el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales, señalándose que al momento de abrir instrucción o en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o de la Parte Civil, el Juez puede disponer la incautación, entendiéndose con fines de posterior decomiso, obviamente si se acredita que se tratan de instrumentos o efectos del delito y si se cumple con el fundamento para el decomiso de éstos; sin embargo, además señala la norma en referencia, que el Juez “deberá comunicar al Fiscal Provincial en lo Penal de turno la existencia de efectos, objetos o instrumentos del delito o cualquier producto proveniente de la infracción penal, **para los fines de la previstos en la norma que regula el proceso de pérdida de dominio**”, esto es, para que inste la acción de pérdida de dominio; lo que resulta un despropósito, puesto que los bienes ya son materia de incautación y por ende en el proceso penal el juzgador deberá pronunciarse sobre el decomiso de los mismos; en suma, con esta norma se propicia la duplicidad de acciones en orden a obtener la pérdida de titularidad de los instrumentos o efectos del delito, con el correspondiente costo que ello implica.

¹²² Entendemos que esto es así por cuanto en el Decreto Legislativo N° 982 se ha modificado las normas sobre decomiso de bienes (Art. 102° C.P.); en caso contrario, se habría derogado expresamente, en el Decreto Legislativo N° 992, todas las normas sobre decomiso de bienes, contrariamente se ha modificado el art. 102° CP.

A fin de evitar, las distorsiones antes anotadas, proponemos la existencia de una Ley de Decomiso, que contemple el decomiso como una medida real y autónoma, que comprenda a su vez los casos en los que se ha extinguido la acción penal, por prescripción, muerte del imputado u otro; casos que si bien, actualmente, se encuentran regulados por la ley sobre pérdida de dominio, sin embargo ésta debería ser modificada no sólo para comprender todos estos supuestos, sino también para compatibilizar las normas sobre decomiso.

3.4. CONCLUSIONES:

- a) No hay entre los operadores jurídicos uniformidad de criterios respecto a la vía procedimental en que debe ejercitarse la acción anulatoria prevista en el artículo 97° del Código Penal. Unos afirman que debe ejercitarse en la vía civil y otros en el proceso penal.
- b) El Decreto Legislativo N° 959 y el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal que establece como la vía procedimental de esta acción en el propio proceso penal, no afecta el derecho de defensa y consecuentemente el debido proceso legal; puesto que da la oportunidad a los justiciables para ejercer todos los medios de defensa y articulaciones que consideren conveniente.
- c) Según lo reglado por las normas antedichas, la acción puede interponerse en la etapa de instrucción o investigación preparatoria así como también en la etapa intermedia, con lo que se da la oportunidad de realizar actuaciones probatorias inclusive en el juicio oral.
- d) Ejercitar la acción en el juicio oral o en la etapa de ejecución de sentencia, consideramos que afecta el derecho de defensa y el debido proceso legal. Consecuentemente, si no se ejercita en la etapa de instrucción o intermedia, debe ejercitarse en la vía civil.
- e) La acción de nulidad de transferencias de bienes materia de decomiso, a pesar de su igual tratamiento legislativo con la acción de nulidad referida a actos de disposición de bienes materia de reparación civil, tienen distinta naturaleza jurídica y características; por lo que aquella debería ser tratada

independientemente dentro de una norma que regule expresamente el decomiso de bienes.

4. MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES EN EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN ANULATORIA EN EL PROCESO PENAL

Tanto el D. Leg. 959, así como el nuevo Código Procesal Penal, normas que resultan concordantes con el artículo 200° del Código Civil, establecen la procedencia de las medidas cautelares orientadas a evitar perjuicios irreparables a los agraviados (acreedores) en el proceso penal, especialmente hacen referencia a la anotación preventiva de la demanda de nulidad. Con lo cual no se quiere decir que estas medidas procedan sólo cuando se ejercita la acción anulatoria materia del presente, por el contrario, pueden solicitarse y disponerse precisamente para evitar los actos de disposición o gravamen, y por tanto, ya no habrá necesidad del ejercicio de la acción anulatoria. Asimismo, pueden interponerse una vez que se ha logrado la nulidad de los de disposición o gravamen fraudulentos, precisamente para garantizar que ya no se vaya a volver a disponer o gravar el patrimonio que garantiza el pago de la reparación civil.

Las medidas cautelares están orientadas a garantizar la expedición y cumplimiento de la sentencia judicial. Como refiere GIMENO SENDRA: “Por tales medidas cabe entender las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles, de la sentencia”¹²³. Como en toda medida cautelar, para su legítima imposición debe de observarse debidamente los principios de Jurisdiccionalidad, eventualidad, provisionalidad, variabilidad y proporcionalidad. Asimismo, para amparar la medida debe cumplirse los presupuestos de la apariencia del derecho o *fumus bonis iuris* y el peligro en la demora o *periculum in mora*. Particular importancia para evitar los actos defraudatorios del pago de la reparación civil, revisten

¹²³ GIMENO SENDRA, Vicente y otros: “*Derecho Procesal*”. Tomo II. Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 353.

la medida cautelar de embargo, de inhibición de enajenar y la anotación de la demanda; dichas medidas cautelares, a excepción del embargo, también revisten singular importancia, junto a la medida de incautación, para evitar los actos de transferencia de los bienes materia de decomiso.

4.1. MEDIDAS CAUTELARES REALES PARA EVITAR LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN FRAUDULENTOS O PARA EVITAR DAÑOS IRREPARABLES

4.1.1. EMBARGO

Para evitar la celebración de actos fraudulentos por parte del agente del delito o el tercero civil, se busca asegurar que el patrimonio de éstos se mantenga invariable, puesto que todo el patrimonio¹²⁴ de éstos garantiza el pago de la reparación civil. Una medida directa orientada a dicho aseguramiento es precisamente el *embargo* sobre los bienes integrantes del patrimonio del agente o tercero civil¹²⁵. Obviamente, esta será una medida extrema sobre determinados bienes que se sospeche pueden ser dispuestos o gravados, de lo contrario bastará con una medida inhibitoria.

Por el embargo, se individualiza el bien o derecho que deba ejecutarse para el cumplimiento de la obligación; y como toda medida cautelar, se sustentará en el *fumus boni iuris*, es decir en la apariencia o verosimilitud del derecho, esto es de la existencia de un daño indemnizable; y, el *periculum in mora*, esto es, el peligro que el bien sea transferido o gravado para evitar que sea ejecutado con fines de pago de la reparación civil. Cabe agregar asimismo, que además de las normas del Código de Procedimientos Penales, en la ejecución del embargo, resultan de aplicación el Código Procesal Civil y en su caso el Código Civil.

¹²⁴ “... el principio de *responsabilidad patrimonial* pone en evidencia la obligación del deudor de cumplir sus obligaciones con todos sus bienes presentes o futuros”. HURTADO REYES, Martín: *Apuntes de las medidas cautelares en el proceso civil*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, p. 74. con cita de Carnelutti y Liebman,

¹²⁵ “La pretensión del ejecutante va dirigida frente o contra el ejecutado, lo cual implica que la satisfacción de aquélla ha de realizarse a costa del ejecutado, esto es, dado que se trata de una ejecución patrimonial, ha de soportarla el patrimonio del ejecutado. Además, la ejecución es singular: el apremio está configurado jurídicamente como actividad verificable sobre unos bienes concretos, considerados individualmente”. CACHÓN CADENAS, Jesús Manuel: *“El Embargo”*. Librería Bosch, Barcelona, 1991, p. 32.

De otro lado, es necesario referirnos a un punto muy importante para efectos de concretar el embargo, que es la *contracautela*. Como se sabe, al trabarse embargo sobre bienes del presunto obligado, siempre existe la posibilidad de causar daños al afectado con tal medida, daños que a la vez exigen reparación; precisamente para ello existe la contracautela, la misma que consiste en la afectación de bienes o derechos del solicitante del embargo, en cantidad suficiente para garantizar o asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que pudiera causarse con la ejecución de la medida, si es que por alguna razón, éste hubiera sido indebidamente trabado. Esta afectación de bienes en contracautela se realiza a propuesta de su titular. Asimismo, además de la afectación de bienes, mediante la constitución de gravámenes sobre éstos, la contracautela puede consistir en una garantía personal como la fianza u otro tipo de garantías admitidas por el Juez, inclusive el artículo 613° del Código Procesal Civil habla de una '*caución juratoria*'.

En el proceso civil, la contractuela es prácticamente un requisito para el embargo, tal como puede advertirse del artículo 611° del Código Procesal Civil¹²⁶, pudiendo trabarse sin contracautela sólo en los casos autorizados por la ley, como los casos en que los solicitantes del embargo son las entidades o instituciones públicas o las personas a las que se les ha concedido auxilio judicial; o cuando se admite como contracautela la caución juratoria, que realmente no constituye objetivamente garantía alguna. En cambio en el proceso penal, no se ha establecido como requisito de la solicitud de embargo, el ofrecimiento de la contractuela respectiva, tal como lo refiere SAN MARTÍN CASTRO con cita de Ortells Ramos¹²⁷. Este criterio también es asumido en los Acuerdos tomados en el Pleno Jurisdiccional de las Cortes Superiores, llevado a cabo en Iquitos en el mes de noviembre de 1999¹²⁸.

Esta situación, sin embargo, cambia con el nuevo Código Procesal Penal, donde se ha establecido en forma expresa que el actor civil, para solicitar el embargo, debe presentar contracautela (art. 303°. 2), reiterándose en el artículo 304°. 4, que estipula

¹²⁶ En el proceso civil la contracautela es determinante, que inclusive la medida cautelar puede depender de ésta, como en los casos en que se admite la contractuela sometida a plazo, la medida cautelar quedará sin efecto si es que el peticionario de la medida no proroga el plazo de la medida u ofrece otra de la misma naturaleza y eficacia.

¹²⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César: *Ob. Cit.*, p.1187

¹²⁸ NORMAS LEGALES: *Plenos Jurisdiccionales*. Trujillo, 2002, p. 261

que la prestación de la contracautela será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado; salvo que se trate del embargo solicitado luego de haberse dictado una sentencia condenatoria en primera instancia y ésta fuera impugnada, caso en el que procede el embargo sin necesidad de contracautela alguna. Desde luego que en todos estos casos, será el Juez quien determine la naturaleza y magnitud de la contractuela, para lo cual deberá tener presente las justas expectativas resarcitorias del agraviado o actor civil y la necesidad del aseguramiento, así como la probabilidad de que el daño efectivamente se concrete con la ejecución de la medida cautelar. De otro lado, en el caso de que el embargo fuera solicitado por el Ministerio Público o los representantes (procuradores) de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, todos estos están exceptuados de prestar contracautela, a tenor de lo dispuesto por el artículo 302° del nuevo Código Procesal Penal concordante con el artículo 614° del Código Procesal Civil. Igualmente, las personas que se encuentren en las condiciones previstas por el artículo 179° del Código Procesal Civil (personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso pongan en peligro su subsistencia y la de los que de ellas dependan) pueden solicitar al Juez de la causa la concesión de *auxilio Judicial* (antiguamente llamado ‘beneficio de pobreza’) y de ser concedido dicho beneficio, no estarán obligados a prestar contracautela, conforme a lo estipulado por los artículos del Código Procesal Penal y Procesal Civil antes anotados.

En cuanto a la acción anulatoria materia de análisis, todos los criterios esgrimidos en general resultan aplicables, y el embargo procederá cuando se trate de un bien mueble o inmueble que pueda ser dispuesto o gravado para burlar el resarcimiento del daño. En estos casos también se puede realizar un embargo en forma de depósito o secuestro judicial o conservativo de conformidad con el artículo 649° del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 642° del mismo cuerpo legal.

Particular importancia respecto al embargo de bienes del obligado, es el caso en que sus bienes forman parte del patrimonio de la sociedad de gananciales; pues, sabido es que en muchos casos, sobre todo cuando se trata de la comisión de delitos contra la Administración Pública cometida por funcionarios, se determina la reparación civil a favor del Estado, y pese a que el obligado ha adquirido o posee diversos bienes de

elevado precio (con los cuales puede hacer frente al pago de dicha obligación) no se los puede embargar porque aparecen registrados a nombre de la sociedad conyugal. Y como se sabe, a tenor de lo dispuesto por el artículo 309° del Código Civil: “La responsabilidad extracontractual de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en la parte que le correspondería en caso de liquidación de la sociedad conyugal”; a la vez que conforme al artículo 611° del Código Procesal Civil: “La medida (cautelar) sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores ...”. En consecuencia, conforme a estos dispositivos legales, no se podría embargar los bienes de la sociedad de gananciales, a pesar de que uno de los titulares de estos bienes, en definitiva es el obligado al pago de la reparación civil.

Sobre estos bienes también se pueden realizar los actos de disposición o gravamen y por ello también pueden ser comprendidos en las acciones de anulabilidad materia del presente, puesto que también estos bienes, aun cuando de inicio no forman parte del patrimonio del obligado, sin embargo, llegado el momento sí pueden ser afectados para dicho pago como se verá a continuación.

Con el impedimento de embargo de los bienes de la sociedad conyugal se ha generado una situación injusta en perjuicio del agraviado por el delito, que ha determinado la defraudación del propio ordenamiento jurídico, y la existencia de decisiones jurisdiccionales dispares que ha contribuido a ensombrecer el asunto, lo que a la vez ha propiciado la más amplia discusión por parte de los operadores jurisdiccionales y por los especialistas, los mismos que tampoco han resuelto el problema, el que felizmente, a la fecha, ha sido resuelto normativamente a través de las disposiciones modificatorias establecidas por la Ley N° 27809 (Ley General del Sistema Concursal).

En efecto, la jurisprudencia antigua había establecido que para resolver este problema se debían aplicar las reglas propias de la copropiedad, pues, en definitiva, se asumía que los cónyuges eran copropietarios de los bienes de la sociedad conyugal y a cada uno le pertenecía el 50 % de la totalidad de los bienes sociales. Con este criterio, se permitía embargar, con fines de pago de obligaciones patrimoniales personales de uno de los cónyuges, hasta este porcentaje de dichos bienes. Estos criterios fueron enmendados por la propia jurisprudencia, la que con posterioridad se encargó de indicar

que la sociedad de gananciales no es un régimen patrimonial integrado por derechos o acciones propios de las entidades de naturaleza mercantil, que por el contrario, es una institución del derecho de familia que tiene identidad y finalidad propias; y por tanto, no se podía embargar los bienes de la sociedad por obligaciones personales de uno de los cónyuges; o en todo caso que se podía embargar a través de la inscripción u otra forma que no afecte directamente al bien, pero que no se podía ejecutar el remate sino hasta que la sociedad de gananciales se disuelva o fenezca por alguna de las causales establecidas por la ley, causales que eran absolutamente ajenas a la voluntad del acreedor (agraviado o actor civil en el caso que nos ocupa). Con ello, el acreedor veía burlado su derecho y tenía que esperar hasta que por la “buena voluntad de Dios” se produzca alguna causal que disuelva el régimen de la sociedad de gananciales¹²⁹ y al fin se proceda a su respectiva liquidación¹³⁰, y de este modo poder embargar los bienes que le pudieran corresponder al cónyuge deudor. Este criterio fue el asumido en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo por las Cortes Superiores de los 25 Distritos Judiciales de la República con fecha 18 de noviembre de 1997. En el mismo sentido se han pronunciado los ‘especialistas’, tal como refiere Juan José ESTRADA DÍAZ¹³¹, quien alaba y se muestra satisfecho con esta forma de resolver el problema.

Estas conclusiones, si bien resultaban conforme a la normatividad vigente hasta antes de las modificaciones establecidas por la Ley N° 27809, luego de éstas, ya no resultan válidas. Lamentablemente nuestros operadores jurídicos, en su gran mayoría, siguen expresando el criterio plasmado en la legislación anterior, desconociendo el contenido de las modificaciones normativas anotadas. En efecto, la Ley referida (del 26 de julio del 2002) en su Primera “Disposición Modificatoria”, modifica el artículo 330° del Código Civil, estableciendo que: “*La iniciación del Procedimiento Concursal*

¹²⁹ El artículo 318° del Código Civil establece que fenece el régimen de la sociedad de gananciales: 1. Por invalidación del matrimonio. 2. Por separación de cuerpos. 3. Por divorcio. 4. Por declaración de ausencia. 5. Por muerte de uno de los cónyuges. 6. Por cambio de régimen patrimonial.

¹³⁰ Estos criterios pueden apreciarse entre otras en: Resolución de la Corte Superior de Lima, del 2 de mayo de 1995, Exp. N° 161-95. “*Revista de Legislación y Jurisprudencia*”. Tomo 243-Agosto 1996. Ejecutoria Suprema del 9 de setiembre de 1997; Cas. N° 737-97-Piura; en HURTADO REYES, Martín: *Ob. Cit.*, p. 193. Igualmente, la Fiscalía de la Nación por Resolución del 12 de agosto del presente año (publicada el 14 del mismo mes y año), resuelve declarando FUNDADA la denuncia contra el Juez Hugo Edison Sánchez Torres, por haber dispuesto el embargo de los bienes de la sociedad conyugal en un proceso de pago de una obligación de uno de los cónyuges, olvidando que esto ya estaba permitido (desde luego que previos los trámites correspondientes), en virtud a la Ley N° 27809, del 26 de julio del 2002.

¹³¹ ESTRADA DÍAZ, Juan J.: “*Revista de Legislación y Jurisprudencia*”. Tomo 243-Agosto 1996. p. 262 y ss.

Ordinario de uno los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de acreedores o de cualquier interesado”. Asimismo, modifica el artículo 703° del Código Procesal Civil, para establecer: “Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutado desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará que se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente grabados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del Juez de declararse su disolución y liquidación. Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal. El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo”. Con estas nuevas normas, si en la ejecución de la respectiva sentencia penal el cónyuge deudor de la obligación resarcitoria no hubiera cumplido con el pago, podrá ser requerido por el Juez para que señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados, y si no cumpliera en el plazo de 5 días, se determinará de pleno derecho la sustitución del régimen de la sociedad de gananciales por la del régimen de separación de bienes, procediéndose a la liquidación del primero; luego de ello podrán embargarse sin problema alguno los bienes que le correspondan al cónyuge deudor, o en todo caso, procederse a la medida de inhibición de enajenar. De existir alguna transferencia o gravamen fraudulento, se viabilizará la correspondiente acción anulatoria y en su caso se procederá a la anotación preventiva de la demanda. Antes de la liquidación se podrá disponer el embargo conforme al criterio esgrimido antes de la promulgación de las normas en comentario, pero sólo se ejecutará y rematarán los bienes una vez liquidada la sociedad de gananciales.

De este modo, ya no se podrá burlar las justas expectativas resarcitorias de los agraviados con la comisión del delito utilizando fraudulentamente el régimen patrimonial conyugal de la sociedad de gananciales, así como tampoco se podrán transferir o gravar dichos bienes con finalidades defraudatorias.

4.1.2. INHIBICIÓN DE ENAJENAR

Como medida para garantizar la eficacia de la pretensión anulatoria, la parte civil o el Ministerio Público puede solicitar la medida cautelar de inhibición de disponer o gravar bienes. Aun cuando, dicha medida no se encuentra prevista en la norma procesal penal, resulta de aplicación en los procesos penales en virtud al Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en estos casos (Primera Disposición Complementaria y Final).

El artículo 687° del Código Procesal Civil regula las medidas de no innovar señalando “*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso...*”.

Como señala LINARES la medida de no innovar es una “... medida precautoria dictada por un órgano judicial intimando a cualquiera de las partes se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre que versa o versará la litis, existente en el momento de notificarse dicha medida”¹³². Igual criterio expresa LINO PALACIO al indicar que esta medida se encuentra entre las medidas cautelares encaminadas a preservar, mientras se sustancia el proceso principal, la inalterabilidad de determinada situación de hecho o de derecho¹³³. Es decir, con ésta medida se procura mantener el estado de las cosas, mientras la pretensión principal se resuelva, al existir el peligro de que se altere la situación de hecho o de derecho presentada al momento de admisión de la demanda, pudiendo influir dicha innovación en la sentencia misma o en

¹³² LINARES, Juan Francisco: *La prohibición de innovar. Bases para su sistemática*, en Rev. del Colegio de Abogados, Bs. As., Nov-Dic. 1942, p.821.

¹³³ Citado por HINOSTROZA MINGUES, Alberto: *“El Embargo y otras medidas cautelares”*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, p. 231.

su ejecución. Se trata de una medida de carácter conservativo, destinada a “... conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma, que podrían frustrar luego el resultado práctico del proceso principal”¹³⁴.

La medida cautelar regulada por el art. 687º C.P.C. es de carácter genérica y tiene como finalidad impedir que se innove en perjuicio del actor; por lo que, en razón de ésta, el juez puede adoptar las medidas innominadas más adecuadas y aptas para impedir que se cambie el estado del patrimonio del obligado; sin perjuicio de la imposición de alguna otra medida cautelar singular o específicas prevista por la ley con la misma finalidad.

Esta medida cautelar se circunscribe sólo a las personas y bienes comprendidos en el proceso, no cabe extenderla a bienes o personas ajenos al mismo. Para la concesión de esta medida, además de los presupuestos exigidos a todas las medidas cautelares, se requiere que exista una causa pendiente. Se trata de una medida de carácter subsidiaria, pues será concedida cuando no proceda otra prevista en la ley, que permita obtener los mismos resultados perseguidos por ésta. En el caso de la nulidad de transferencias, aun cuando pudieran ser de aplicación otras medidas cautelares, sin embargo, la inhibición de enajenar resulta ser la más adecuada para evitar los actos de disposición fraudulentos por parte del agente del delito o del tercero civil, puesto que con ella se busca impedir una posterior transferencia de los bienes que signifiquen innovaciones al derecho de propiedad introducidas durante el decurso del proceso principal.

Actualmente, la Ley 27379 -Ley de Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de Derechos en investigaciones preliminares-, modificada

¹³⁴ CARNELUTTI, citado por REIMUNDÍN, Ricardo: *Prohibición de Innovar como medida cautelar*. Astrea. Buenos Aires, 1979, p. 89. Este último autor afirma que la prohibición de innovar, antes que una simple medida cautelar ha sido enfocado en la ciencia jurídica como “principio, regla, axioma, aforismo, etc”, que tiene un origen histórico a través del derecho Romano y, principalmente, del derecho canónico que la ha definido con precisión. La prohibición de innovar tiene su fundamento en los principios de igualdad de las partes y el deber de actuar con buena fe, puesto que, se busca un necesario equilibrio entre las partes litigantes, equilibrio que puede verse afectado con la actuación del demandado, quien habiendo tomado conocimiento del contenido de la demanda, innova en perjuicio del demandante; asimismo, por cuanto se encuentra regulado en nuestro derecho el deber de las partes de actuar con lealtad, probidad y buena fe, durante el transcurso del proceso. Por su parte, LINO PALACIO señala que “básicamente, la prohibición de innovar –como exteriorización de un poder jurídico idóneo para resolver provisionalmente un conflicto y acordar firmeza a la paz- encuentra fundamento en la necesidad de preservar la igualdad de las partes y la garantía constitucional de la defensa en juicio”. Citado por HINOSTROZA MINGUES: *Ob Cit.*, p. 235

por Decreto Legislativo N° 988, prevé la medida de inhibición para disponer o gravar bienes, medida que resulta aplicable no sólo en investigaciones preliminares, sino incluso en el curso del proceso penal (artículo 7°); aunque la citada norma resulta aun limitada por cuanto está referida únicamente a los tipos penales previstos en el artículo 1° de la misma.

Resulta discutible el plazo de duración de la medida de inhibición regulada por la norma antes citada, puesto que se prevén dos plazos, así el numeral 4 del artículo 2°, que específicamente contempla la medida cautelar materia de comentario, prevé un plazo de quince días prorrogable, excepcionalmente, por un plazo igual; mientras que, el artículo 4° prevé un plazo de noventa días, prorrogable por noventa días más. Una interpretación restringida de la norma en comentario sostiene que el plazo aplicable es de quince días, en atención a que es el plazo previsto en el propio numeral que contempla la medida de inhibición, así como atendiendo a la temporalidad de las medidas cautelares; sin embargo, tal interpretación no toma en cuenta que en muchos casos el plazo de 15 días, prorrogable por 15 más, resulta por demás limitado, sobre todo en los casos de investigaciones complejas; asimismo, la provisionalidad de las medidas cautelares conlleva a que éstas sean aplicables durante el tiempo necesario para el cumplimiento de sus fines, en consecuencia mientras se encuentren vigentes las causas que motivaron la aplicación de la medida cautelar, ésta puede mantenerse, siempre que dicha medida resulte adecuada y necesaria para los fines investigatorios y se respeten y observen los principios y presupuestos que sustentan las medidas cautelares, debiendo tenerse como límite máximo el plazo de noventa días, prorrogable por noventa días más, siendo el juzgador quien con la apertura de instrucción decidirá sobre la subsistencia o revocación de la medida cautelar.

El nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 310° contempla la medida de inhibición, que puede ser solicitada por el Fiscal o el actor civil y puede recaer sobre los bienes de propiedad del imputado o del tercero civil. Para tal efecto, se deberá presentar una solicitud debidamente motivada en la que se sustenten los presupuestos requeridos en todas las medidas cautelares: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, esto es sustentar, de un lado, la apariencia del derecho, en el caso de la nulidad de transferencias de bienes materia de reparación civil, referida al derecho a la indemnización y, de otro, la

existencia de fundado peligro de que los bienes puedan ocultarse o desaparecer, o sea posible que se graven o vendan, frustrando de ese modo el pago de la reparación civil.

En la solicitud deberá identificarse el bien materia de afectación por la medida cautelar y se ofrecerá contracautela, conforme a lo previsto en el art. 303°.2, norma aplicable a la medida cautelar materia de comentario, a tenor de lo dispuesto en el art. 310°.2. Con la contracautela se afectan determinados bienes o derechos del solicitante, teniendo como finalidad garantizar los posibles daños que podrían ocasionarse con la ejecución de la medida cautelar, ante la eventualidad de que la pretensión principal no sea amparada. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considera pertinente. La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

La medida inhibitoria es inscribible en los Registros Públicos correspondientes, claro está en los casos de bienes registrados (muebles o inmuebles). Esta medida está destinada, antes que la eficacia de la pretensión de nulidad, a garantizar el cumplimiento de la obligación resarcitoria a que hubiera lugar.

4.1.3. ANOTACIÓN DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE TRANSFERENCIA

El Decreto Legislativo N° 959, así como el Código Procesal Penal, establecen específicamente la anotación de la demanda como medida cautelar orientada a garantizar la eficacia de la acción anulatoria. Esta medida se realiza siempre sobre bienes registrados, pues se concreta con la anotación, por orden del Juez, en el registro correspondiente. A diferencia de la medida de inhibición de enajenar, que se impone antes de la realización de los actos de disposición o gravamen, la medida de anotación preventiva se impone cuando ya se ha realizado dichos actos fraudulentos, y precisamente por ello, se ha ejercitado la acción anulatoria. Con esta medida lo que realmente se busca es evitar que se sigan realizando nuevos actos de disposición o gravamen por parte del tercero adquirente y de este modo se garantice la restitución de los bienes al patrimonio del obligado (agente del delito o tercero civil), o que se dejen

sin efecto los actos de gravamen; asimismo también busca interrumpir los plazos de prescripción extintiva o adquisitiva que pudiera favorecer al agente del delito o al tercero adquirente. Con la anotación de la demanda anulatoria, el agraviado o actor civil o en su caso el Fiscal, logra la prioridad o preferencia para la satisfacción de la reparación civil con relación a otros acreedores que también tuvieran interés en actuar sobre el patrimonio del agente del delito o tercero civil¹³⁵. Esta medida, a diferencia de la inhibitoria, que impide realizar cualquier modificación en el patrimonio del obligado, no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido tal medida.

La jurisprudencia nacional, en los pocos casos que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la nulidad de transacciones fraudulentas, se ha pronunciado disponiendo la *anotación preventiva* de la solicitud de nulidad de transferencia en la correspondiente partida registral, sustentándose en el artículo 188° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el D. Leg. N° 959, y supletoriamente en el artículo 673° del Código Procesal Civil (Exp. N° 46-2003 -C.C.02- Exp. N° 105-2005 -C.C. 01- en las resoluciones de fechas 14 de junio del 2006 y 11 de agosto del 2006, respectivamente).

La medida de anotación de la demanda, no está desarrollada en las normas procesales penales, aún cuando su imposición está establecida expresamente, sin embargo, su naturaleza, formalidad y efectos, la encontramos en el artículo 673° del Código Procesal Civil, que como ya lo hemos dicho, se aplica supletoriamente a todo proceso penal, en cuanto no lo desnaturalice. Es esta norma procesal, precisamente la que dispone que sólo procede en casos de bienes inscritos, a la vez que regula la forma como se debe concretar.

4.1.4. INCAUTACIÓN

¹³⁵ Al respecto la doctrina refiere: “Es comprensible, por eso mismo, que se proteja a quien inscribe una demanda de simulación o fraude de acreedores en menoscabo de los subadquirentes de buena fe”. MORALES HERVIAS, Rómulo: *Nulidad e inoponibilidad del contrato Vs. El principio de la fe pública registral*, p. 29. Agrega este autor, con cita de BIANCA; “El tercero (subadquirente) de buena fe no puede oponer su adquisición si el título se inscribió después de la inscripción de la demanda de simulación”. *Ob. Cit.* p. 29.

La incautación es una medida de carácter eminentemente procesal, y no una consecuencia accesoria del delito; por ésta, el titular del bien o derecho queda impedido de transferirlo, convertirlo, trasladarlo o cederlo, precisamente porque la titularidad del bien o derecho materia de la incautación queda sometido al resultado de la resolución final del proceso, donde puede disponerse el decomiso, la destrucción del bien o la devolución a su titular”¹³⁶.

No debe confundirse con el comiso o decomiso, puesto que por ésta el autor o partícipe de un hecho punible pierde a favor del Estado la titularidad de los medios o instrumentos con los cuales se cometió el delito y todos los bienes producto del mismo (incluidos los efectos mediatos o ganancias); mientras que la incautación es la medida procesal en orden al posterior decomiso, en este sentido el artículo 102° del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 982, prevé que *el juez puede disponer en todos los casos, con carácter previo (al decomiso) la medida de incautación*. La citada norma penal tiene la virtud de precisar normativamente que la medida de incautación procede en todos los casos en que existan bienes materia de posterior decomiso, situación que a pesar de la citada precisión normativa podía ser aplicable en la anterior legislación, en virtud a los ya expresados fundamentos para el decomiso de instrumentos y efectos del delito, así como en el entendimiento de que se trata de una medida tendiente a tal finalidad, por ende no podía limitarse a determinados supuestos; sin embargo, en la jurisprudencia nacional este no ha sido un criterio uniforme, puesto que se pensaba que la incautación podía aplicarse a los supuestos expresamente establecidos como el art. 221° del Código Penal, prevé la incautación previa (en los delitos contra los derechos de autor y conexos) de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito; o el art. 401°-B del Código Penal¹³⁷.

¹³⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*El delito de Lavado de Activos*”, p. 187.

¹³⁷ En este sentido, en la resolución de fecha tres de octubre de 2005, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha señalado: “...OCTAVO: *Que*, de lo antes glosado se concluye que Jaime Fernando Bellido Romero como apoderado de la empresa La Planicie Properties Sociedad Anónima, adquirió inmuebles ubicados en el distrito de la Molina y en el distrito de Punta hermosa a nombre de la aludida empresa, según el encargo y con el dinero que le fue dado por José Enrique Crousillat López Torres; asimismo, se tiene que los bienes inmuebles antes descritos, habrían sido adquiridos con dineros vinculados a los ilícitos investigados los mismo que tendrían procedencia irregular y serían en agravio del Estado (...) DÉCIMO: *Que*, este Colegiado en el Cuaderno Cautelar número veintitrés del expediente cero cero uno –dos mil cinco, emite la resolución de fecha cinco de octubre del dos mil cinco, estableciendo la medida cautelar pertinente tratándose de bienes inmuebles, esgrimiendo entre otros considerandos que: “(...) **la aplicación por el juez de medidas asegurativas reales no reguladas positivamente de modo expreso** (...) debe darse de modo razonable en

En suma, la incautación podrá recaer sobre los instrumentos del delito (*instrumenta scaeleris*) y los efectos del delito (*producta scaeleris*), dentro de los que puede incluirse no sólo a las ganancias, sino también a los bienes producidos con la acción constitutiva de delito (cuerpo del delito)¹³⁸. En consecuencia, sólo podrá disponerse la incautación de bienes en el caso de nulidad de transferencia de bienes materia de decomiso; mas no podrá disponerse la incautación de bienes o derechos en el caso de nulidad de transferencias de bienes materia de la reparación civil, puesto que para el cumplimiento de la obligación resarcitoria se afectará los bienes integrantes del patrimonio del obligado y no aquellos que proceden de la comisión delictiva o que han sido utilizados con tal fin.

El art. 59° del Código de Procedimientos Penales, en concordancia con el art. 171° del Código de Procedimientos Penales, permite a la Policía la incautación –de forma extraordinaria- de determinados efectos o instrumentos del delito. Aun cuando la misma norma no lo señala, es el juzgador (al momento de calificar la denuncia) quien

atención a la finalidad de la medida o la naturaleza del bien objeto de la misma (...) que la incautación se reserva a bienes, objetos o documentos que provengan del delito o que hubieren sido utilizados en su perpetración, siempre que exista el peligro que la libre disposición de tales bienes relacionados con el delito, pueda agravar o prolongar sus consecuencias, o facilitar la comisión de otros delitos; no siendo el caso del inmueble en mención (...); SE RESUELVE: Declarar Improcedente lo solicitado por el Procurador Público Ad Hoc del Estado y de Oficio trabaron embargo en forma de inscripción...”. Esta ejecutoria superior, además de considerar erróneamente que la medida de incautación procede sólo en supuestos expresamente previstos en la ley, confunde los fines de la medida de embargo con los de la medida de incautación; asimismo, toma en cuenta sólo el fundamento para el decomiso de instrumentos del delito. La ejecutoria superior antes citada fue, posteriormente, declarada Nula de Oficio –por la misma Sala Penal- mediante resolución de fecha uno de junio de 2006, en la que sostuvo: “... la incautación a diferencia del embargo recae fundamentalmente sobre bienes que son efectos, objeto o fruto del delito, mientras que el embargo recae sobre bienes del imputado a efectos de garantizar la Reparación Civil, de donde se tiene que no pueden subsistir de manera conjunta, pues un mismo bien no puede ser al mismo tiempo un efecto del delito y un bien perteneciente al patrimonio ilícito de un ciudadano, siendo por ello incompatibles...”.

¹³⁸ Mediante Decreto Legislativo N° 983, se ha modificado el art. 94° del Código de Procedimientos Penales, previéndose: *Al momento de abrir instrucción o en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o de la parte civil, el Juez (...) b) Siempre que existan suficientes indicios, podrá disponer la incautación de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal. Cuando corresponda, deberá proceder además conforme a las normas especiales sobre la materia. La incautación de los efectos, objetos o instrumentos del delito o cualquier producto proveniente de la infracción penal, se efectuará aún se encuentren éstos en poder de terceras personas naturales o jurídicas, dejando a salvo su derecho, para que lo hagan valer, de ser el caso, conforme a ley”. Al respecto, debemos expresar nuestra disconformidad con la inclusión de los objetos del delito como bienes materia de incautación, en tanto que, como se ha precisado anteriormente, esta medida se efectúa con fines de decomiso, por ende la posterior pérdida de titularidad a favor del estado, lo que no resulta aplicable en el caso de bienes de propiedad del sujeto pasivo de la acción delictiva (objetos del delito), los que son materia de restitución. Aunque a fin de evitar injusticias, el mismo Decreto Legislativo ha modificado el Art. 188° del Código de Procedimientos Penales, regulando la devolución de objetos materia del delito; sin embargo, no entendemos porqué es necesario que la víctima tenga que esperar que en el proceso judicial sea el juzgador quien ordene la devolución de sus bienes indebidamente incautados.*

debe pronunciarse por la subsistencia o revocatoria de la medida, como se infiere de los principios que rigen las medidas cautelares –principio de jurisdiccionalidad– y del contenido de algunas normas especiales, como el art. 6° de la Ley 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación en investigaciones preliminares.

La medida de incautación es de carácter temporal¹³⁹, puede ser dispuesta por el Fiscal e incluso la Policía, conforme a lo previsto en el art. 59° del Código de Procedimientos Penales, la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, los art. 220°.4 y 316° del nuevo Código Procesal Penal, así como por la Autoridad Administrativa (Indecopi, Municipalidades, etc). Dicha medida caduca con la sentencia definitiva, puesto que de ser condenatoria se ordenará el decomiso de los bienes (afectándose definitivamente a favor del Estado) o su destrucción, en caso de ser de utilización o comercio ilícito; mientras que, en caso de sentencia absolutoria deberá procederse a la devolución a su titular.

También el nuevo Código Procesal Penal regula la incautación, en diversos; sin embargo, brinda un tratamiento diferente a esta institución, por cuanto lo asimila a la medida secuestro, así el artículo 220° cuyo epígrafe es “*Diligencia de secuestro o exhibición*” sin embargo el contenido del citado artículo está referido a la incautación¹⁴⁰, tratando a ambas figuras como sinónimas. Del análisis de las normas que regulan la incautación en contraste con la regulación del secuestro, previsto en el Código Procesal Civil, podemos concluir que se tratan de medidas distintas. Como señala SOLER ‘El decomiso se opera a beneficio de la nación o de las provincias (...) No debe confundirse esta medida con el secuestro, que tiene carácter procesal, y nada prejuzga acerca de la propiedad o destino de la cosa secuestrada. El secuestro es un medio para que el juez asegure pruebas o haga ciertos los eventuales resultados del juicio. Concluido el fin

¹³⁹ Dado que el numeral 3 de la Ley N° 27379, modificada por el Decreto Legislativo N° 988, no señala un plazo expreso de la medida de incautación, en investigaciones preliminares, debemos asumir que el plazo será de noventa días, prorrogables por un plazo igual, conforme a lo previsto en el artículo 4° de la citada norma.

¹⁴⁰ En la doctrina nacional, SAN MARTÍN CASTRO, César: *Ob. Cit.*, p. 875, asume una sinonimia entre la incautación y el secuestro, señalando: “El secuestro o incautación es una medida cautelar real que asegura la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que se dicte, en cuanto tengan un contenido patrimonial, es decir, de la multa y del decomiso”.

procesal del objeto secuestrado, éste debe ser devuelto a poder de quien lo tenía”¹⁴¹. Esto es, aun cuando el secuestro sea una medida de carácter temporal, no está orientada al posterior decomiso de los bienes, pues no se encuentra no está destinada a la afectación de los bienes instrumento o efecto del delito, no se encuentra en discusión la titularidad de los derechos que tiene el afectado con la medida respecto a los bienes materia de incautación, sino que en el proceso penal está destinada la afectación de los bienes cuya titularidad no se encuentra en discusión, sino que son afectados con fines de investigación, esto es, concluida la misma deben ser devueltos a su titular. Al parecer, la Ley N° 27379 –Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares”, modificada por el Decreto Legislativo N° 988, distingue entre el secuestro y la incautación, en este sentido, el numeral 3 del artículo segundo prevé las medidas de secuestro y/o incautación, pudiendo interpretarse que los objetos de la infracción penal serán materia de secuestro, mientras que los instrumentos y efectos del delito, serán materia de incautación.

4.1.5. CONCLUSIONES

- a) A efectos de concretar la protección del agraviado de los actos fraudulentos del agente del delito y del tercero civil, se pueden aplicar las medidas cautelares de *embargo, inhibición de enajenar y la anotación preventiva de la demanda*.
- b) Sin embargo, en la práctica se viene imponiendo únicamente la medida anotación preventiva de la demanda o solicitud de nulidad.
- c) Tratándose de actos de disposición de bienes materia de decomiso, se puede aplicar la medida de incautación de bienes.

5. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE FRENTE A LA ACCIÓN DE NULIDAD

¹⁴¹ SOLER, Sebastián: “Derecho penal argentino”, T. II, Tea, Buenos Aires, 1978, p. 399.

El tercero civilmente responsable es obligado solidario con el procesado o agente del delito, respecto a la reparación civil, aun cuando no sea causante del daño. El tercero civil no participa del evento delictivo, y por tanto, no se encuentra vinculado a las consecuencias de naturaleza penal o accesorias que únicamente son aplicables al agente del delito. Este tercero civil, puede ser una persona natural o jurídica.

Se trata de un supuesto de responsabilidad vicaria, y por tanto objetiva, por cuanto se requiere de un causante directo (agente del delito), que necesariamente deberá haber actuado mediando dolo o culpa en su comportamiento, de lo contrario no estaríamos en el ámbito penal, ya que conforme al artículo VII del Titular Preliminar del Código Penal, está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

El factor de atribución de responsabilidad¹⁴² del tercero civil es distinto al del causante. El tercero responde por el factor **garantía de reparación** como criterio de atribución de responsabilidad, mientras que el causante, responderá por dolo o por culpa. En este sentido, el tercero se convierte en garante de los daños ocasionados por las personas especialmente vinculadas a él. *“La garantía como factor de atribución implica la seguridad que alguien brinda a terceros de que, si se produce un daño en determinadas circunstancias, afrontará su resarcimiento (...) Lo que asegura no es la inocuidad, sino la indemnización, aun sin infracción previa de algún deber por el responsable...”*¹⁴³. En la legislación nacional, los artículos 1975°, 1976° y 1981° del Código Civil contemplan este factor de atribución de responsabilidad, estableciendo responsabilidad en el representante legal de incapaces o aquél que tenga bajo sus órdenes a un dependiente (empleadores, curadores, tutores, etc.).

El Código Penal no define al tercero civil, ni precisa cuál es el factor de atribución de responsabilidad aplicable; por lo que, de forma mayoritaria, la doctrina y la jurisprudencia nacional han venido interpretando que la fuente legal que fundamenta esta institución es el artículo 1981° del Código Civil, que establece la responsabilidad

¹⁴² El factor de atribución de responsabilidad es el fundamento del deber de indemnizar, esto es, el criterio que justifican imponer dicho deber.

¹⁴³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *“Responsabilidad por riesgo”*. Segunda Edición, Editorial Buenos Aires, 1997, pp. 390 y 391.

por daño ocasionado por el subordinado¹⁴⁴, indicando que aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

Sin embargo, por nuestra parte creemos que el artículo 1981° del Código Civil no es la única fuente legal para fundamentar la configuración del tercero civilmente responsable en el proceso penal, pues el tercero civil es una institución propia del proceso penal que asume el papel de tercero, porque no resulta vinculado a la responsabilidad penal a pesar de que es civilmente responsable.

El concepto de tercero civil, en algunos casos puede presentar un contenido más estrecho que el referido artículo, por ejemplo en los casos en que el autor directo no hubiese actuado con dolo o culpa, y por tanto, el daño ocasionado no ingresa al ámbito penal, pero también se comprende al tercero como responsable; asimismo, en otros casos puede resultar mucho más amplio que el contenido del indicado artículo, tales son los casos en que el tercero es comprendido en el proceso penal y finalmente es declarado responsable solidario, cuando es titular de bienes riesgos o peligrosos, o es el responsable del desarrollo de cursos causales llevados a cabo a través de actividades peligrosas; en estos casos, la institución del tercero civil resulta de mayor contenido que el artículo en cuestión¹⁴⁵. En este sentido consideramos errado el pronunciamiento del Fiscal Supremo y la Resolución de la Corte Suprema en el caso Crousillat, en los que al utilizar el criterio de la *subordinación* del agente al tercero civil, desestiman la calidad de tercero civilmente responsable de la Empresa Televisora comprendida en la sentencia de vista, aduciendo que no se ha acreditado la subordinación de los agentes del delito al tercero civil.

¹⁴⁴ Véase, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito- A propósito de la sentencia del caso Crousillat*” En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 12, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006, pp. 55-63; MORALES HERVIAS, Rómulo: “*Persona Jurídica como Tercero Civilmente Responsable-Una infeliz o feliz vinculación entre el Derecho Civil y el Derecho Penal*” En Diálogo con la jurisprudencia, Año 12, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006, pp. 65/71; MARTÍNEZ COCO, Elvira: “*La responsabilidad por el hecho de los dependientes (A propósito de la consideración de Faucett S.A. como tercero civilmente responsable en el proceso penal seguido contra Alfredo Zanatti)*” En Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 4, Lima, Gaceta Jurídica, Enero de 1997.

¹⁴⁵ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino: “*Tercero Civil en el Proceso Penal- Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat*” En Diálogo con la jurisprudencia, Año 12, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006, pp. 47-63.

Para comprender a alguien como tercero civil deben existir suficientes elementos que permitan vincular a éste con el hecho que se imputa al agente causante del daño, a tal efecto la doctrina ha establecido que “... no es necesario que exista un nexo de causalidad material sino simplemente un nexo lógico: el principal propició la ocasión en la que el daño fue causado”¹⁴⁶. Teniendo como base este nexo lógico se sustentará la responsabilidad del tercero civil en los supuestos en que el hecho dañoso se haya producido como consecuencia de la realización de una actividad ejecutada en beneficio del tercero, sea porque existe una relación de subordinación (como en los casos del artículo 1981° del Código Civil, siempre que el agente haya actuado con dolo o culpa), sea porque el hecho se produjo en ocasión del ejercicio de una labor o función en nombre y representación del tercero, o porque el daño se produjo mediante el uso o empleo de un bien de propiedad o de posesión del tercero, como en el caso de los propietarios de bienes riesgosos (vehículos, armas, etc).

El tercero Civil, es un obligado principal y solidario junto al causante del daño, conforme se desprende de lo previsto en el artículo 95° del Código Penal, en concordancia con los artículos 1981°, 1983° y 1987° del Código Civil; por ende, el agraviado puede exigir a cualquiera de estos el cumplimiento de la obligación de resarcimiento del daño. En tal orden de ideas, si el tercero civil celebrara un negocio jurídico tendente a hacer infructuoso el pago de la reparación civil, queda vinculado a la pretensión anulatoria prevista en el artículo 97° del Código Penal, puesto que aun cuando la norma en comentario se refiere al “*condenado*”, esto no debe interpretarse de forma restrictiva, considerándose sólo al agente del delito que ha sido condenado al cumplimiento de una pena, sino que dicha norma está referida a la condena de pago de la reparación civil. Siendo así, sin ningún problema puede demandarse la nulidad de los actos de disposición efectuados por el tercero civil con la finalidad de impedir el cumplimiento de la pretensión resarcitoria.

Estando a que como hemos señalado, el tercero civil, no es partícipe de los hechos delictivos ni se ve afectado con las consecuencias jurídicas del delito, no queda vinculado a la *pretensión anulatoria* prevista en el artículo 11°.2 del nuevo Código

¹⁴⁶ ARBULU COLLAZOS David Edgar: “Responsabilidad del estado por su función jurisdiccional”. En Revista Jurídica del Perú. Año XLIV, N° 61, Abril 1992-Diciembre 1994, p. 14.

Procesal Penal, así como tampoco cuando se trata de la nulidad respecto a bienes sujetos a decomiso (artículo 102° del C. P. y leyes penales especiales).

6. EL TERCERO ADQUIRENTE

Si se ampara la pretensión de nulidad de los actos fraudulentos del agente del delito o del tercero civil, siempre se comprometerá el derecho del tercero adquirente, puesto que al anularse el acto jurídico, se obligará a éste a devolver los bienes objeto de la transferencia, afectándose la seguridad en el intercambio de bienes, con lo que se genera un conflicto entre el *interés público* en anular los actos fraudulentos (que afectan el orden público) y la *seguridad del tráfico* de bienes que protegen a las partes intervinientes en un contrato o acto jurídico en general. Ello ha generado diversas posturas en torno a cuál de estos intereses se debe proteger prioritariamente¹⁴⁷.

De un lado se ha argumentado que a fin de obtener la protección estatal de cualquier derecho real, es necesario que éste no provenga de una vulneración de las normas de orden público, de forma que, no podría ampararse un derecho de propiedad que provenga de una situación injusta. Asimismo, que de haber una causal de nulidad o inoponibilidad del negocio o contrato, no se puede amparar sus efectos, puesto que para que ello suceda debe tratarse de un contrato válido. “Válido es su contrato que vale porque su valor es compatible con los valores del ordenamiento estatal”¹⁴⁸. Inclusive se rescatan razones de orden moral para negar validez y en consecuencia eficacia a los negocios nulos o inoponibles¹⁴⁹.

En sentido contrario se ha argumentado que el Derecho tiene como misión, dentro de una economía de mercado, garantizar la seguridad de los sujetos que participan en el intercambio de bienes –*seguridad del tráfico*–, debiendo garantizar a

¹⁴⁷ En la doctrina Italiana SACCO distingue entre la “*seguridad estática de las adquisiciones*” y la “*seguridad dinámica de las adquisiciones*”; por su parte, EHRENBURG distingue entre la “*protección de los derechos subjetivos*” y la “*protección de los tráficos*”. Véase, MORALES HERVIAS: *Ob. Cit.*, p. 37.

¹⁴⁸ MORALES HERVIAS: *Ob. Cit.* p. 36

¹⁴⁹ “Para el ordenamiento jurídico no es suficiente que se ejerciten los derechos y se cumplan las obligaciones, que se realicen los deberes o se regulen los intereses, de manera formal conforme al texto literal de las normas; sino que es necesario que el ejercicio del derecho, el cumplimiento del deber, la realización del deber se caractericen por un *suplemento de moralidad* que es expresión de aquel principio de la *solidaridad humana* y de respecto recíproco que todo individuo debe recibir y dar a otro individuo”. MORALES HERVIAS (con cita de FERRI, Giovanni Battista): *Ob. Cit.* p. 36.

cada sujeto de dicho intercambio; especialmente a quien será titular del bien materia de adquisición, el uso exclusivo de su derecho con exclusión de los demás, a fin de incentivar el tráfico de bienes. En este orden de ideas, CALABRESI y MELAMED han señalado: “*El primer tema que debe ser abordado por cualquier sistema legal es el llamado problema de la “titularidad”. Toda vez que, dentro de un Estado, se presentan conflictos de intereses entre dos o más personas, o dos o más grupos, es éste quien debe decidir a qué parte favorecer. Si tal decisión faltara, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma sería decidido sobre la base de “el poder crea el derecho” –quien es más fuerte o más astuto vencerá-. Luego, el rol fundamental del Derecho consiste en decidir cuál de las partes en conflicto prevalecerá*”¹⁵⁰. Pues, el ordenamiento tiene como misión reducir los riesgos propios en la realización del intercambio, en caso contrario éste no se producirá¹⁵¹.

En este sentido, en la doctrina existen diversas posiciones al respecto, y dependerá de criterios normativos, sociológicos y económicos asumir una u otra postura, dependiendo también de las tradiciones y principios jurídicos que informan cada uno de los ordenamientos jurídicos de los cuales se trate, así como de criterios de equidad y de justicia. Nuestra legislación civil, contiene diversas normas en orden a brindar protección a los terceros, así el artículo 948° del Código Civil¹⁵², protege la transferencia del derecho de propiedad de **bienes muebles** a favor del tercero, requiriéndose que éste actúe con buena fe (entendido como desconocimiento de aquella

¹⁵⁰ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas: “*Reglas de Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad*”, en Themis, Segunda época, No. 21, Grafitextos S.A., 1992, pp. 63-64.

Incluso, el Tribunal Constitucional Peruano en el Exp. N° 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003 se ha pronunciado señalando: “Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales”.

¹⁵¹ Al respecto, BULLARD, Alfredo: *Un Mundo sin Propiedad: Análisis de la Transferencia de la Propiedad Inmueble*. En Derecho, No. 45, Fondo Editorial de la PUCP, Diciembre 1991, p. 140, señala que: “Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencias de propiedad es el de “seguridad jurídica”. Según este principio la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de “compra” de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos)”.

¹⁵² “Artículo 948°.- “*Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción a la ley penal*”.

situación que afecta a su adquisición) y que reciba la posesión del bien mueble materia de la transferencia.

A fin de acreditar la mala fe del tercero, esto es, el conocimiento de aquella situación que afecta el derecho adquirido, se recurre a determinados mecanismos de información que permiten tomar conocimiento objetivo sobre la titularidad del derecho, estos medios son también denominados “*signos de reconocibilidad*”¹⁵³ y tienen como misión brindar seguridad jurídica en base a la publicidad, de tal suerte que se cuente con información objetiva sobre la titularidad de derechos y de los riesgos o garantías que implica la adquisición de bienes y servicios, sea ésta a título oneroso o gratuito. Así, el “*signo de reconocibilidad*” a que hace referencia el artículo 948° del Código Civil, que regula la denominada adquisición a “*non domino*”, es **la posesión** en base a la cual, inclusive se reputa propietario al poseedor (artículo 912° del Código). En tal sentido, el tercero que contrató con el poseedor de un bien mueble no inscrito, válidamente recibirá como información que su transferente ostenta la titularidad del bien, salvo que se demuestre que aquél contaba, a su vez, con otra información que difiera de lo anterior.

Respecto a los **bienes inmuebles**, el artículo 2014° del C.C., consagra como “*signo de reconocibilidad*” **a la inscripción registral**, de forma que quien adquiera amparándose en la apariencia registral será protegido por el Derecho, siempre que concurren los siguientes requisitos: **a)** La titularidad registral del transferente, esto es que su derecho se halle inscrito en los Registros Públicos y que aparezca con facultades dispositivas; **b)** Que no exista inexactitud registral que afecte el derecho del titular registral, y de existir alguna, que ésta no pueda ser reconocida, precisamente por no aparecer en el registro; **c)** Que el título del tercero sea válido, aun cuando el derecho o título de su transferente adolezca de un defecto o patología (el adquirente debe ser un tercero de la relación jurídica afectada por el defecto o patología); **d)** La adquisición del tercero debe ser de buena fe y a título oneroso; y, **d)** La posterior inscripción de su derecho. Asimismo, la norma civil establece que se presume cierto el contenido de las inscripciones, produciendo todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, conforme a lo previsto en el artículo 2013° del Código Civil.

¹⁵³ Al respecto véase BULLARD, Alfredo: “*La relación Jurídico Patrimonial*”. Lluvia Editores, Lima, 1990.

Estando a las normas de protección de terceros antes expuestas, cabe preguntarse si se dispensa igual protección a los terceros, en los casos en los que existe un vicio de carácter estructural en el negocio jurídico que sustenta la transferencia del bien. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia no ha respondido de modo uniforme; así, ZUSMAN, señala: “... *el Código Civil no ha protegido a terceros adquirentes por las siguientes razones: - Porque la nulidad, por definición, arrastra a los negocios jurídicos derivados del negocio nulo. Por ello, de haber querido la ley dar protección a tales terceros, lo habría hecho explícitamente...*”¹⁵⁴; por su parte, MORALES HERVIAS señala: “... *el CC no regula los efectos jurídicos de la nulidad. Ello puede resultar justificable cuando se dice ingenuamente que los contratos nulos nunca producen efectos jurídicos (...)* Un Código Civil debe reglamentar los efectos de retroactividad, de restitución y de protección de terceros cuando un contrato se declare nulo. El CC no dice nada y ello es grave...”¹⁵⁵; en sentido contrario BULLARD, señala que “... *en el caso de la transmisión nula, ésta tampoco puede perjudicar al sub adquirente en cuanto éste haya tenido buena fe...*”¹⁵⁶; en el mismo sentido VETTORI, refiriéndose a la oponibilidad, señala que: “*La oponibilidad del contrato expresa la protección del adquirente y responde a la general exigencia de seguridad de la circulación jurídica*”¹⁵⁷. En sentido similar, el artículo 194º del Código Civil, otorga protección a los terceros adquirentes, de buena fe y a título oneroso que hayan adquirido derechos del titular aparente, no siendo oponible a éste, tanto por las partes o los terceros perjudicados, la simulación existente.

¹⁵⁴ Asimismo, agrega: “ Porque tanto los anteproyectos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 cuanto el Proyecto de Código Civil incorporaron expresamente, para el caso de nulidad, la protección de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Debe suponerse, entonces aplicando el método histórico de interpretación de la ley que, si el legislador ha partido de los antecedentes legislativos antes mencionados sin haber incluido la norma de protección a terceros, es porque su intención ha sido la de no hacerlo; - Porque, unido a lo anterior, cabe sostener, interpretando a contrario sensu, que si el artículo 194 del Código, en el caso de simulación protege restrictivamente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, es porque la norma general es de no protegerlos; -Porque, finalmente, interpretar en otro sentido, daría lugar a graves problemas, como el de determinar si sólo se protege, de manera general a terceros de buena fe, sin interesar el título de la adquisición”. (ZUSMAN TINMAN, Shoschana: *Teoría de la Invalidez y la Ineficacia*. En Ius et Veritas. Año V. No. 07, PUCP, Nov. 1993, p.163).

¹⁵⁵ MORALES HERVIAS: *Ob. Cit.*, p. 33.

¹⁵⁶ BULLARD, Alfredo: *Ob Cit.*, p. 287

¹⁵⁷ VETTORI, Guisepe, en cita de MORALES HERVIAS: *Nulidad e inoponibilidad del contrato vs. el principio de la fe pública registral*, p. 28.

Si bien algunos autores, incluso de forma mayoritaria la jurisprudencia nacional, ha venido interpretando el art. 2014° del Código Civil, como una total e irrestricta protección del “tercero registral”, sosteniéndose incluso que se trata de una opción legislativa que sacrifica el derecho subjetivo del verdadero propietario, rompiendo la “cadena de arrastre de las nulidades”¹⁵⁸, interpretación realizada sobre la base de la legislación española –Ley Hipotecaria-; sin embargo también se ha propuesto la interpretación de dicha norma legal en base al análisis de la legislación comparada, específicamente la legislación Italiana¹⁵⁹ y Portuguesa¹⁶⁰; sosteniendo que el artículo 2014 del CC protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso siempre que no exista previamente una inscripción de una demanda de simulación, de fraude a los acreedores, de resolución o de rescisión, de una demanda de nulidad o de inoponibilidad. Empero, la declaración de nulidad puede ser pedida dentro del plazo prescriptorio. El artículo 2014 del CC no protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso si el título del transmitente es declarado nulo –si la demanda se inscribe dentro del plazo de prescripción- o inoponible por falta de legitimidad para contratar¹⁶¹.

Por nuestra parte, consideramos que si bien por regla general se protege al tercero que adquiere de buena fe, a título oneroso y que asume públicamente el ejercicio de su derecho adquirido sobre el bien materia de transferencia (con la posesión cuando se trata de bienes muebles no registrados y la inscripción en el caso de bienes registrados), en el caso que el vicio fuese de una entidad estructural que determine la

¹⁵⁸ Véase, ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: “Apuntes sobre el principio de fe pública registral” En Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de diálogo con la jurisprudencia. Año 1, Número 10, Gaceta Jurídica, Lima, Abril de 2002, p. 3.

¹⁵⁹ En la legislación Italiana, el Código Civil de 1942, si bien se protege al tercero sub adquirente de buena fe con título inscrito, sin embargo esta protección es relativa, por cuanto no será amparado su derecho si previamente se ha inscrito la demanda de nulidad del negocio jurídico impugnado; siempre que la inscripción de la demanda se haya realizado dentro del plazo de cinco años desde la inscripción del acto materia de impugnación; en tal sentido, tampoco será amparado el tercero en el supuesto que la demanda de nulidad haya sido inscrita aun después de la transferencia a su favor, siempre que se inscriba la demanda en el plazo antes señalado.

¹⁶⁰ La legislación portuguesa recoge parcialmente el modelo italiano; en tal sentido, el artículo 291° del Código Civil de 1966 prevé: “La declaración de nulidad o anulabilidad del negocio jurídico respecto a bienes inmuebles, o bienes muebles sujetos a inscripción no perjudica los derechos adquiridos sobre los mismos bienes, a título oneroso, por el tercero de buena fe, si la inscripción de la adquisición fue anterior a la inscripción de la acción de nulidad o de anulabilidad o a la inscripción del acuerdo entre las partes acerca de la invalidez del negocio. 2. Los derechos del tercero no son todavía reconocidos si la acción fue formulada e inscrita dentro de los tres años posteriores a la celebración del negocio”.

¹⁶¹ MORALES HERVIAS: *Ob. Cit.*, pp. 39-40.

nulidad del negocio jurídico, en general, esta nulidad debe significar la ausencia de protección al tercero, tal como refiere MORALES HERVIAS¹⁶². En este caso, el artículo 2014° del Código Civil, sólo otorga al tercero con derecho inscrito una protección relativa, pues se busca evitar el fraude de la ley, por parte de inescrupulosos y estafadores, que ordinariamente, y apelando a la “cultura del engaño” se valen de terceros adquirentes, supuestamente de buena fe y título oneroso, para obtener ventajas indebidas¹⁶³. Sin embargo, este criterio no puede ser absoluto, y en casos en que no se encuentre en juego intereses superiores o el hecho no resulte incompatible con los principios rectores o valores auspiciados por el ordenamiento jurídico, se podrá preferir la protección al tercero.

En este orden de ideas, y considerando las necesidades de seguridad jurídica de una sociedad con una economía de mercado, ésta debe brindar protección y seguridad a sus agentes en el tráfico de bienes, de modo que se incentive el progreso a través de las inversiones y se garantice el circuito de intercambio de bienes y servicios. Aunque esta protección deberá estar acorde con los principios fundamentales que orientan nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el caso de los bienes objeto del delito, consideramos que la situación es totalmente clara, y en general, no se protegerá al tercero; caso distinto al de la transferencia de bienes materia de decomiso y de bienes materia de reparación civil; en este último caso, no se trata de bienes originados por el delito, sino más bien de bienes de la titularidad indiscutible del agente del delito o del tercero civil. En este sentido, es necesario diferenciar brevemente, entre: a) bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civil; b) bienes sujetos a decomiso por ser efectos o ganancias del delito; y, c) bienes objeto del delito; dentro de los cuales debemos a la vez diferenciar cuando el tercero actúa de buena fe y con título oneroso, cuando actúa con buena fe a título gratuito y cuando actúa de mala fe.

6.1 RESPECTO A LOS BIENES VINCULADOS AL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL

¹⁶² MORALES HERVIAS, Rómulo: *Ob. Cit.* p. 38.

¹⁶³ *Ibidem.*

El propio artículo 97° del Código Penal dispensa protección a los terceros adquirentes, de forma que éstos no se verán perjudicados con la sanción de nulidad, obviamente si es que han adquirido a título oneroso y siempre que haya mediado buena fe en la adquisición. La protección de éstos terceros estará más asegurada si es que además logran inscribir su derecho en los registros públicos correspondientes.

La protección de los derechos de los terceros es más clara aún, si se tiene en cuenta que las disposiciones fraudulentas no siempre configuran supuestos de nulidad, sino por el contrario, en su gran mayoría, constituyen supuestos de inoponibilidad sujetos a la acción revocatoria, los que sólo buscan la ineficacia del acto frente al agraviado, dejando a salvo la validez del acto frente a los demás. Asimismo, debemos precisar que se tratará de bienes sobre los cuales el agente del delito o tercero civil (transferentes) tienen derechos indiscutibles, y por ello no podrá apreciarse patologías contenidas en los registros respecto al derecho del transferente.

Sin embargo, para los casos de vicio de *nulidad* del negocio fraudulento (no únicamente de inoponibilidad), si es que estuviera en juego, intereses o valores superiores protegidos por el ordenamiento jurídico, se optará por dejar sin efecto el negocio jurídico debiendo el tercero restituir el bien recibido. Tales serán los casos en que se trate de reparaciones civiles por delitos de omisión de asistencia familiar, homicidios con herederos agraviados incapaces de proveer su propia subsistencia, delitos laborales o delitos que afecten gravemente intereses públicos o colectivos que aparezcan como prioritarios respecto al interés privado del tercero; ello no sucederá en los supuestos de delitos económicos o patrimoniales.

6.1.1. TERCERO DE BUENA FE Y TÍTULO ONEROSO

En la doctrina no existe uniformidad de criterio al definir la buena fe, así algunos autores la definen como “la creencia en que se está obrando conforme al Derecho”, otros la consideran como “un estado de ignorancia en que se encuentra la persona en el momento en que se ejecuta una acción”¹⁶⁴, mientras que para otros es un “standard de

¹⁶⁴ Por el contrario, en la jurisprudencia Colombiana, La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 23 de junio de 1958 ha señalado: “Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance

conducta” o simplemente “la ausencia de mala fe”. Sin embargo, gran parte de la doctrina entiende que la buena fe tiene una dimensión dual, comprendiendo de un lado a la fidelidad y de otro, la creencia o ignorancia. Así se habla de buena fe probidad y buena fe creencia. La buena fe probidad, es entendida como el comportamiento fiel y leal, con basamento en la honestidad al obrar, su imposibilidad de probanza ha determinado que en general se le tome como un principio de índole moral, pero de indudable trascendencia en la configuración de la obligación y su cumplimiento¹⁶⁵. La buena fe creencia está referida, de un lado, a la creencia en el propio derecho y de otro, a la creencia en el derecho del transferente.

Estando a los signos de reconocibilidad admitidos por nuestro ordenamiento, algunos autores como BULLARD hablan de buena fe objetiva y subjetiva; la primera se adquiere en base a la existencia de dichos signos, como el caso del que adquiere en base a la apariencia registral; mientras que la buena fe subjetiva se deriva del conocimiento subjetivo, así aun cuando el agente adquiera, sobre la base de lo publicitado en el registro, no podrá ser protegido por el Derecho, si se comprueba que conocía de situaciones extra registrales que podían afectar el derecho de su transferente; así el art. 2014° C.C. prevé que se presume la buena fe del tercero mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Al respecto BOLAFFI señala: *“En general, la apariencia es condición de la buena fe y ésta se aprecia abstractamente, con criterio objetivo. En cambio, no puede haber protección por apariencia sino respecto a un sujeto de buena fe, único que puede resultar víctima de su confianza en la situación aparente. La buena fe constituye así un requisito o condición de la protección legal...”*¹⁶⁶.

y la ausencia de ella. La Buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad. Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventaja en sus transacciones. Peor quien pretende obtener tales ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventaja, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre”

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: *“La Buena Fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”*. En Revista Derecho N° 41, Fondo PUCP, Lima, 1991, p. 176.

¹⁶⁶ BOLAFFI citado por FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: *Ob. Cit.*, p 185.

En tal sentido, postulada la pretensión de nulidad corresponde al juzgador la evaluación de la buena fe con la que habría actuado el tercero adquirente, la cual debe ser específica y concreta; considerándose para su determinación, no sólo el hecho que conozca el perjuicio que se busca causar al agraviado con el acto de transferencia, sino que también el supuesto en que haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorar el perjuicio anotado.

En conclusión, si el tercero actúa de buena fe, a título oneroso e inscribe su derecho, éste será protegido por el ordenamiento jurídico, esto es quedará firme y no podrá ser obligado a la restitución conforme al artículo 97° del Código Penal, materia de este trabajo. De otro lado, en el supuesto en que el adquirente de buena fe a título oneroso del bien decidiera transferirlo a un tercero sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha anotado la demanda de nulidad de transferencias, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que sea amparada la misma; tampoco será protegido en el caso que se ha inscrito la medida cautelar de la inhibición de disponer o gravar el bien materia de la impugnación, ordenada dentro del proceso penal, al ser más que cuestionable la existencia de buena fe.

6.1.2. TERCERO DE BUENA FE A TÍTULO GRATUITO

Todo ordenamiento, y desde luego el nuestro, ve con buenos ojos la buena fe, y por tanto la protege; si actuando de buena fe alguien adquiere derechos, el ordenamiento jurídico les prodiga su protección, tanto más cuando se trata de una adquisición a título oneroso, en cuyo caso, más allá de la buena fe se produce también una disposición patrimonial como contraprestación al derecho adquirido. En este sentido, aun cuando el artículo 97° del Código Penal, materia de comentario, no lo estipula, el artículo 195° del Código Civil aplicable en la mayoría de casos (como ya se ha indicado en páginas anteriores), establece que la acción revocatoria o pauliana procederá en todos los casos, de disposición gratuita, esto es incluyendo los supuestos en que el tercero actúa de buena fe; de donde se desprende que para que el derecho del tercero quede firme, además de la buena fe, debe existir un título oneroso, lo que no sucederá en los casos en que el tercero haya actuado a título gratuito; por lo que en estos casos procederá la acción anulatoria en cuestión. En estos supuestos la buena fe no es suficiente, pues de

lo contrario, se estaría protegiendo un enriquecimiento injusto, no permitido por el ordenamiento jurídico.

La necesidad del título oneroso, además de la buena fe, para efectos de que el derecho del tercero sea incommovible, también se aprecia en los artículos 197°, 1272°, 2014°, etc., del Código Civil.

6.1.3. TERCERO DE MALA FE

Como se ha indicado, la mala fe del tercero adquirente se determina con el conocimiento que tiene sobre el perjuicio que se busca causar al acreedor (agraviado), con la disposición del bien transferido o gravado. Asimismo, para la incolumidad de los derechos del tercero frente a los posibles vicios que pudiera tener el título de su transferente o el acto de disposición por el cual se concreta la transferencia, se requiere de la buena fe y el título oneroso; adicionalmente, la posesión pública y constante, cuando se trata de bienes muebles no registrados, y la inscripción, si se tratara de bienes inmuebles o de muebles registrados. En este caso, si existe mala fe del adquirente, llegado el caso puede ser obligado a la restitución y eventualmente a pagar los daños y perjuicios que se hubieran podido causar.

En los casos del artículo 97° del Código Penal, si el tercero hubiera actuado de mala fe, siempre será posible la restitución del bien, aun cuando hubiese inscrito su derecho. Puesto que en ningún caso se puede amparar los actos fraudulentos con los cuales se instrumentaliza a las instituciones jurídicas a fin de lograr objetivos subalternos. Pues tal como refiere el Tribunal Constitucional, en frases que reflejan justicia y equidad: *“El derecho no es un ‘dado marcado’ que puede ser utilizado ante la mirada atónita de los espectadores, que ven como el jugador más pícaro puede hacer de las suyas en la mesa sin que nadie pueda ponerlo al descubierto”*¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional. EXP: N° 2494 – 2005 – AA. Resolución de fecha 21 de noviembre del 2006 (Caso, Bladimiro Huaranca Ayrampo). Donde además agrega: “Es verdad que en el presente caso un pulcro tecnicismo jurídico advertiría que el Juez penal, al aplicar el artículo 97.º del Código Penal, se ha excedido en sus potestades porque ha dispuesto en el fondo (aunque no de modo expreso, como ya lo hemos señalado) la anulación de decisiones judiciales que ya habían previamente cubierto, con un manto de legalidad, lo que a todas luces resultaba un evidente acto de mala fe para, precisamente, incumplir una sentencia penal que también tiene, no hay que olvidarlo, carácter de cosa juzgada y debe, por tanto, ser acatada sin diatribas.

¿Cuál es, pues, la sentencia que debe acatarse como válida? ¿La que convalida el fraude y la mala fe o la que, reprimiendo el delito, ordenó en su momento que los culpables paguen una reparación civil? ¿De qué lado debe colocarse este Colegiado al resolver este caso: del lado del fraude o del lado de la justicia que imploran quienes en su momento sufrieron el agravio del delito y ahora exigen que el derecho no les dé una vez más la espalda?

Aun más de haberse acreditado la mala fe del adquirente, incluso podría imputársele a título de complicidad necesaria la comisión del delito de Insolvencia provocada, Art. 417°-A, incorporado en el catálogo penal mediante Decreto Legislativo N° 982, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 22 de julio del presente año, siendo sancionado con la misma pena prevista para el autor del delito, conforme a lo previsto en el artículo 25° del Código Penal.

6.2 RESPECTO A LOS BIENES MATERIA DE DECOMISO

Aun cuando el artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales - modificado por el Decreto Legislativo N° 959- así como el nuevo Código Procesal Penal, no se han pronunciado respecto a la protección o no del tercero adquirente, creemos que deben tenerse en cuenta las reglas establecidas por el Código Civil en cuanto sea pertinente. Debiendo precisarse que en este caso, el tratamiento es distinto al de los supuestos vinculados al pago de la reparación civil, puesto que en este último caso, los bienes objeto de la transferencia o gravamen son de la titularidad indiscutible del agente del delito o del tercero civil en su caso, en cambio en el caso del decomiso, los bienes no integran el patrimonio del agente del delito, tratándose únicamente de una relación de hecho entre el sujeto y el bien que no importa la propiedad o el establecimiento de derechos reales al amparo del Derecho; pues se trata de productos del delito (efectos o ganancias)¹⁶⁸. Asimismo, en los casos de decomiso no se comprende al tercero civil, puesto que éste, como consecuencia accesorio del delito, no alcanza al tercero, quien como su nombre lo indica, únicamente queda vinculado al pago de la reparación civil.

Tomar postura entre la seguridad estática y la seguridad dinámica de las adquisiciones resulta mucho más compleja en este caso, sobre todo tratándose de bienes que son efectos del delito, puesto que a favor de la primera posición puede válidamente

Hay en este caso una evidente incoherencia moral en quienes vienen a esta instancia solicitando que se respete la “santidad” de una sentencia, cuando saben bien que antes ellos han incumplido y han utilizado el derecho para dejar desatendida una sentencia penal previa”.

¹⁶⁸ Al respecto ver amplio desarrollo en: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne: “*Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2007.

alegarse que como quiera que el agente del delito (transferente) no tiene título alguno sobre el bien, el tercero adquirente tampoco recibirá derecho alguno, y por tanto deberá restituirlo amparada que sea la demanda de anulación materia del presente. Inclusive, si el tercero actuara de mala fe, esto es, conociendo el origen de los bienes incurrirá en la comisión del delito de Lavado de Activos, cuya pena puede resultar mucho más grave que la que corresponde al delito inicial. Asimismo, desde el punto de vista constitucional y legal, el derecho a la propiedad al igual que los demás derechos no puede nacer ni ejercitarse contrariando al propio ordenamiento jurídico, tanto más si el nivel de contrariedad resulta tan intenso al haberse afectado los intereses vitales de la sociedad constituidos por los bienes jurídicos penalmente tutelados¹⁶⁹, siendo esto incluso admitido por autores que abiertamente priorizan la protección del mercado o la libre circulación de los bienes y servicios como BULLARD, cuando afirma que “... *el código debería admitir que la adquisición a “non domino” no sea posible en la primera operación de intercambio. Pero en la segunda, donde la posibilidad de conocer el origen ilícito u oscuro del bien se va diluyendo, la adquisición debería ser válida...*”¹⁷⁰. Finalmente, podría considerarse que el sustento de la nulidad de los actos de disposición sobre bienes sujetos a decomiso, más allá del conocimiento del origen ilícito del bien, su fundamento radica en la imposibilidad de poder transmitir el derecho de propiedad, dado a que esta “adquisición” resulta inepta para producir efectos jurídicos, por la grave trasgresión al ordenamiento jurídico; por lo que no producirán efectos la primera ni las posteriores transferencias, quedando a salvo desde luego, los derechos del tercero o terceros para reclamar las prestaciones que hubiera entregado en los casos de actuación de buena fe, así como el derecho a adquirir por prescripción adquisitiva.

Sin embargo, al criterio antes expuesto podría oponerse los conocidos argumentos de la necesidad de asegurar el tráfico de bienes dentro de toda sociedad y tratándose de bienes inmuebles, podría decirse que el tercero ha adquirido amparándose en el contenido registral y aludir la existencia de buena fe. Sobre el particular, PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, señala que “... *la posición inatacable de que, en*

¹⁶⁹ El ordenamiento jurídico protege precisamente el sistema económico nacional e internacional así como también la limpieza de la circulación de los bienes y servicios en las interrelaciones económicas, enfilando una severa sanción penal contra los agentes que trafican y lucran con los productos del delito (efectos y ganancias), y por ello con mayor razón el ordenamiento civil no puede prodigar protección alguna a las transacciones de mala fe sobre estos bienes que constituyen efectos y ganancias del delito.

¹⁷⁰ BULLARD, Alfredo: *Ob. Cit*, pp. 286 y 287

*determinadas condiciones, goza el tercero adquirente (y sus causahabientes) es un excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no sólo de la fuerza del Registro sino también de la concurrencia en la adquisición de otras circunstancias (entre ellas la buena fe del adquirente)”*¹⁷¹, incluso podría alegarse razones de justicia y equidad a favor de la protección del tercero de buena fe y a título oneroso. Aun más, esta ha sido la opción del legislador, lo que se desprende del análisis de la Ley que regula el proceso de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 992, que en su artículo 17° otorga protección a los terceros de buena fe, quienes podrán intervenir en el proceso y participar en la audiencia, ofreciendo los medios probatorios, que acrediten fehacientemente su derecho, a fin de lograr su desafectación¹⁷².

Por nuestra parte, nos pronunciamos a favor de la seguridad dinámica de las adquisiciones¹⁷³, pero con las siguientes restricciones; en primer término, tratándose de bienes muebles, el tercero adquirente no obtendrá la protección del ordenamiento jurídico, en mérito a lo previsto en el artículo 948° del CC. que excluye de protección a los actos sobre bienes adquiridos con infracción a la ley penal.

¹⁷¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel: *“Derechos Reales. Derecho Hipotecario”*. Tercera Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999, Tomo II, pp. 546

¹⁷² Valga recordar que conforme al artículo 2° de la Ley que regula el proceso de pérdida de dominio, una de las causales para la declaración de pérdida de dominio es cuando se trate de *“bienes o recursos habidos provenga directa o indirectamente de una actividad ilícita o de la enajenación de otros de origen ilícito; o hayan sido destinados a actividades ilícitas; o sean producto, efecto, instrumento u objeto de la actividad ilícita”*.

De otro lado, debe precisarse que aun cuando el artículo 17° de la Ley de Pérdida de dominio sólo haga referencia a la protección de los terceros de buena fe, ésta sólo debe extenderse a los terceros a título oneroso y no a los de título gratuito, por las mismas razones expuestas en el presente trabajo.

¹⁷³ *De lege ferenda ferenda*, proponemos que en los supuestos en los que, aun cuando se haya declarado nulo el negocio jurídico de transferencia de un bien materia de decomiso, no sea posible el decomiso del bien al haber sido transferido a un tercero de buena fe, se imponga al agente el decomiso de bienes equivalentes, institución que tiene como finalidad sancionar al sujeto cuyos bienes no pueden ser decomisado, al haber sido destruidos, consumidos o por encontrarse ocultos. Dicha institución se encuentra regulada en el Derecho comparado, así la Ley de Extinción de Dominio Colombiana -Ley N° 793-, en su artículo 3° prevé que *“cuando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales versa la extinción de dominio, al momento de la sentencia, podrá el juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular”*; así también el comiso sustitutivo o comiso impropio se encuentra previsto en el art. 127° del Código Penal de 1995, así como en el 74c StGB alemán. Al respecto, JESCHECK: *Ob. Cit.*, p. 1102 señala: *“el comiso contra el autor o partícipe supone como pena accesoria que estas personas sean en el momento de la sentencia propietarios de las cosas o titulares de los derechos. Si después de haber cometido el hecho enajenan estos a terceros, sólo puede imponerse el comiso frente al tercero si éste sigue teniendo los objetos y se dan una de las causas especiales contenidas en el 74° (cfr. 76 II 3). Si falta alguno de los requisitos no puede procederse al comiso. Lo mismo cabe decir, cuando el autor o el partícipe han inutilizado los objetos, o frustrado la realización del comiso destruyéndolos u ocultándolos. Para estos casos el 74 prevé la posibilidad de decretar el comiso de una cantidad monetaria por un importe similar al valor de los objetos. Este comiso del valor sustitutorio tiene, todavía con mayor claridad que las otras formas de comiso, un carácter cuasipenal”*.

De otro lado, tratándose de bienes muebles registrados o de inmuebles, se requerirá la existencia de título oneroso, puesto que en caso contrario se estaría permitiendo el enriquecimiento injusto con bienes producto de una actividad delictiva, supuesto que no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico. Asimismo, si bien en estos casos, el tercero podría alegar la fe registral, consideramos que no debería restringirse la interpretación del art. 2014º CC en el sentido que la inexactitud registral y por ende la mala fe del adquirente se limite al contenido de los asientos registrales¹⁷⁴, sino que deberá extenderse incluso a los títulos archivados que dieron origen a dicha inscripción¹⁷⁵, aun más la ignorancia del adquirente respecto al vicio en la transferencia debe aplicarse incluso a los hechos que aun cuando no se encuentren detallados en el registro existe una discordancia con la realidad; en este sentido, compartimos el criterio de MORALES HERVIAS quien con cita de FERRI Y ZANELLI señala que: *‘La protección del tercero de buena fe constituye el fundamento ético de la inscripción la cual confiere seguridad al tráfico jurídico. El hecho de pensar que la buena fe debe buscarse sólo en el registro es una miopía. Por ejemplo la verificación de quien posee la cosa inmueble es fundamental para comprobar la buena fe del sub adquirente con título inscrito y oneroso. Por eso compartimos la afirmación que la buena fe del tercer adquirente no puede pesar más que la realidad misma’*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En este sentido, ALIAGA HUARIPATA: *Ob. Cit.*, pp. 8-10.

¹⁷⁵ En este sentido, en materia Civil, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la República en el considerando décimo noveno de la Casación N° 261-2003-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04 de enero de 2006. Asimismo, en el fundamento tercero de la Casación N° 695-99 se ha señalado: *‘Que, el artículo dos mil catorce del Código Civil consagra el principio de buena fe registral, en el que para su aplicación deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) Que el adquirente lo haga a título oneroso; b) Que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción iuris tantum; c) Que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se trata; d) Que el adquirente inscriba su derecho; y e) Que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante’*. (resaltado es nuestro).

¹⁷⁶ MORALES HERVIAS: *Ob. Cit.*, p. 35, quien además fundamenta su posición con la cita –entre otras- de las siguientes ejecutorias supremas: En el considerando cuarto de la Casación N° 3371-2001-LIMA- del 25 de setiembre de 2002, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de abril de 2003 –se determinó que el tercero no actuó de buena fe porque la compraventa era simulada porque se enajenó el bien sabiendo que se había pedido judicialmente el otorgamiento de escritura pública, por el vínculo de familiaridad entre los demandados, por la subvaluación del precio de venta y por la intervención del mismo abogado para defender a las demandadas en los procesos de otorgamiento de escritura pública y de desalojo. En la Casación N° 1788-2003, se ha señalado que: la compradora conocía la venta irregular desde que su representante legal formaba parte del estudio jurídico que asumió la defensa legal de la vendedora en el proceso de nulidad de acuerdos societarios.

En todo caso corresponderá al juzgador evaluar la buena fe del tercero adquirente, la que como hemos señalado puede trascender al contenido registral, siendo que la valoración de la buena o mala fe en la conducta del tercero trascenderá a la prueba directa, siendo cuestionable la existencia de buena fe cuando el adquirente haya estado en razonable situación de conocer la procedencia del bien adquirido, por lo que será de aplicación el examen de indicios que puedan exteriorizar alguna de estas; máxime si la inscripción registral no puede ser usada como excusa para legitimar “supuestas titularidades” nacidas al margen del ordenamiento jurídico y que han tenido su origen en una actividad delictiva¹⁷⁷.

De otro lado, en el supuesto en que el adquirente de buena fe a título oneroso del bien decidiera transferirlo a un tercero sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha anotado la demanda de nulidad de transferencias, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que sea amparada la demanda de nulidad. Tampoco obtendrá protección el tercero en el supuesto en que se haya inscrito la incautación del bien o la medida cautelar de inhibición de disponer o gravar el mismo dentro del proceso penal o durante la investigación preliminar, al cuestionarse la existencia de buena fe.

¹⁷⁷ En la legislación Colombiana, la Ley de Extinción de Dominio –Ley 793-, del 27 de diciembre de 2002, en su artículo 3º se brinda protección al tercero de buena fe, exento de culpa, cabe precisar que la anterior legislación –Ley 333-, hablaba de culpa grave; en tal sentido, tomando en cuenta la legislación derogada la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C374/97 ha señalado: *‘En el caso de bienes adquiridos por acto entre vivos, reviste trascendencia el hecho de si el adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave. Si ocurrió así, lo cual debe ser probado en el curso del proceso, es viable la declaración de extinción del dominio. En caso contrario, no lo es, con lo cual se requiere salvaguardar el derecho de los terceros de buena fe, esto es, el de quienes, aun tratándose de bienes de procedencia ilícita o afectada por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 34 de la Constitución, los adquirieron ignorando ese estigma, sin intención proterva o torcida, sin haber tomado parte en los actos proscritos por el orden jurídico, sin haber buscado encubrir al delincuente o al corrupto, sin entrar en concierto con él, sin pretender ganancia o provecho contrarios a la ley, y no habiendo incurrido en culpa grave, en los términos descritos por ella. Desde luego, no puede entenderse que tal culpa grave se configure, en una interpretación exagerada de imposible aplicación, en términos tales que el comprador de un bien se vea obligado a adelantar una investigación exhaustiva acerca de los antecedentes penales de su vendedor y, menos, de quienes a él le vendieron o le transfirieron el dominio. Esa es una responsabilidad de las autoridades públicas competentes. Si el dolo o la culpa grave han tenido lugar y son debidamente establecidos en cabeza del adquirente, cabe la extinción del dominio, toda vez que el tercero, en esas hipótesis, participa del proceso ilícito “a sabiendas”, o en virtud de imperdonable descuido que constituya culpa grave aunque se haya acudido a la figura jurídica del encargo o la fiducia’*. De otro lado, en la sentencia C-740/03 ha señalado: *‘Entonces se concluye que, a diferencia de la buena fe simple que exige sólo una conciencia recta y honesta, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige sólo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza’*. Por nuestra parte, discrepamos de la opción asumida por la legislación colombiana, puesto que pareciera ser de por sí una exigencia exagerada e irrazonable, imponiendo al adquirente cargas excesivas que afectarán ostensiblemente el intercambio de bienes, máxime si la actual legislación sólo requiere la existencia de culpa y no culpa grave, como lo hacía la legislación anterior.

Finalmente, tratándose de instrumentos del delito, sea que se traten de bienes de propiedad del agente del delito o de tercero, cabe afirmar la protección del tercero de buena a título oneroso.

6.3. RESPETO A LOS BIENES QUE CONSTITUYEN OBJETO DEL DELITO

Cuando el bien objeto de la transferencia es el objeto del delito, sobre el cual se ha dirigido la acción delictiva (distinto de los bienes de propiedad del agente, quien los transfiere para evitar el embargo, y de los bienes que constituyen efectos o ganancias del delito), el asunto queda más claro, puesto que expresamente se ha establecido en el artículo 94° del Código Penal, que debe restituirse el bien aunque se halle en poder de terceros, incluso se establece el derecho del tercero de reclamar la prestación que hubiera entregado a cambio. La propia doctrina establece con claridad: “La facultad de persecución o re persecutoriedad es una característica del derecho real que atribuye a su titular la posibilidad legalmente protegida de perseguir o ir a buscar la cosa donde quiera que esté y quienquiera que sea la persona que la detente. El propietario puede reclamar que su derecho de propiedad sea reconocido mediante una acción declarativa frente a quien lo desconozca y puede también ejercitar una acción reivindicatoria para obtener la restitución de la cosa que alguien indebidamente detenta”¹⁷⁸. Esto nos parece indiscutible, y no creemos que alguien se aventure a sostener lo contrario (aunque no faltan utilitaristas amantes de la seguridad jurídica a toda costa, que pueden sostenerlo), pues ello implicaría auspiciar un orden jurídico inmoral y generador de su propia contradicción¹⁷⁹. Pues a nadie se le ocurriría sostener por ejemplo, que luego de transferido por el agente del delito el automóvil hurtado, el tercero adquirente sea el legítimo propietario, sólo porque ha llegado a inscribirlo a su nombre¹⁸⁰. Al respecto

¹⁷⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: “*Sistema de Derecho Civil*”. V. III, Tecnos, Madrid, 2002, p. 51.

¹⁷⁹ Al respecto, conviene recordar las palabras de MORALES HERVIAS: “En nuestro país –es lamentable decirlo– se vive de la cultura del engaño y muchos se valen de las interpretaciones –importadas del sistema jurídico español del artículo 214° del CC para obtener ventajas indebidas. Actualmente un propietario con su título inscrito no puede estar seguro de oponer su derecho de propiedad. Los estafadores se valen de los terceros (subadquirentes con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso mediante la apropiación ilegal del bien de su verdadero propietario para obtener beneficios. El ordenamiento jurídico no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso. Por eso la solución adecuada de los casos también se impone mediante continuas interpretaciones interpretativas del ordenamiento vigente”. *Ob. Cit.* p.38.

¹⁸⁰ Sobre el particular, la Jurisprudencia de Costa Rica, pronunciándose en un caso en el que un sujeto que se había apropiado ilegalmente de un inmueble, hipotecándolo posteriormente a un prestamista de buena fe y vendiéndolo luego a un tercero de buena fe, ha ponderado por encima de la tutela que brinda el registro público a

conviene reiterar las justicieras frases del Tribunal Constitucional: “El derecho no es un ‘dado marcado’ que puede ser utilizado ante la mirada atónita de los espectadores, que ven como el jugador más pícaro puede hacer de las suyas en la mesa sin que nadie pueda ponerlo al descubierto”

6.4. TERCERO Y PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Aun cuando casi en la mayoría de casos, el tercero debe restituir el bien materia del acto de disposición o eventualmente dejar sin efecto el gravamen, puede darse el caso en que aun existiendo vicios en el título de adquisición, el bien quede definitivamente en poder del tercero. Este es el caso en que dicho tercero gana la propiedad del bien por prescripción adquisitiva¹⁸¹. Sin embargo la prescripción no opera de igual modo para todos los bienes así como tampoco para todos los sujetos. Ello dependerá de si se trata de un bien de propiedad del agente del delito o tercero civil, de bienes sujetos a decomiso y de bienes objeto del delito. Asimismo también dependerá de si el sujeto actuó de mala o buena fe, mediando o no justo título.

6.4.1. CUANDO SE TRATA DE BIEN DE LA TITULARIDAD DEL AGENTE DEL DELITO O DEL TERCERO CIVIL

Estos son los supuestos referidos a la transferencia o gravamen fraudulentos de bienes del agente del delito o del tercero civil con la finalidad de burlar el pago de la

quien adquiere de buena fe, el interés particular de la víctima del delito despojada legalmente del bien, dejando al tercero la posibilidad de cobrar los daños y perjuicios al agente productor del daño o al Estado, señalando expresamente respecto al principio de buena fe registral: “...no puede, en forma alguna, constituirse como mampara de legitimación de los hechos delictivos, al punto de ser un obstáculo para que la víctima de un delito -el propietario original, despojado de su bien por un documento falso que ha logrado inscribirse- pueda recuperarlo -de hecho y de derecho-. La protección que concede el numeral 456 del Código Civil, se entiende que rige frente a aquellos casos en que la nulidad o rescisión del título sobrevengan por situaciones jurídicas cuya ilicitud sea de índole civil estrictamente, mas no para oponerse a quien ha sido la víctima original de un despojo fraudulento, hecho al amparo de documentos públicos falsos y de inscripciones y asientos registrales logrados bajo su manto, aún si con posterioridad a ese acto, se hayan realizado otras transacciones en que se vean comprometidos terceros de buena fe, quizás también víctimas de alguna empresa delictiva.. Permitir que la publicidad registral ampare un ejercicio antisocial de los derechos por su medio consagrados, es consentir la persistencia del abuso y por ello, la sentencia debe, al ordenar la supresión del acto generado en un documento falso, restablecer a la víctima en el pleno goce de sus derechos, quedando, para los terceros de buena fe, salvos sus derechos de reclamar las indemnizaciones correspondientes ante la jurisdicción civil, o bien, dentro del proceso penal, en los casos en que ello sea procedente...” Sentencia 346 de 1998.

¹⁸¹ En estos supuestos, a diferencia de los casos de adquisición derivativa en que la adquisición se hace de quien tiene capacidad de disposición o enajenación, se adquiere sin la transmisión de su legítimo titular (*a non domino*) y por tanto se gana la propiedad de modo originario.

reparación civil, los que están sujetos al artículo 97° del Código Penal. En estos supuestos, con la posesión continua, pacífica y pública durante 5 años si se trata de inmuebles y de 2 años si se trata de muebles, el tercero se verá beneficiado por la prescripción y su título quedará firme, si es que mediara buena fe y justo título (en este caso la creencia de parte del tercero, en la legitimidad de su título, a pesar de los vicios que presenta); de no mediar buena fe, se requerirán 10 y 4 años respectivamente. Inclusive, como ya se ha dicho, el tercero que actúe de buena fe, puede adquirir título firme sobre los bienes, aun sin la prescripción adquisitiva, siendo suficiente la protección de los terceros de buena fe que prodiga el Código Civil así como el propio artículo 97° del Código Penal. Consecuentemente, por la prescripción adquisitiva, el tercero adquiere título firme con o sin buena fe, sólo se diferencian los casos de mala y buena fe por el tiempo necesario para favorecerse con la prescripción.

6.4.2. CUANDO SE TRATA DE BIENES QUE CONSTITUYEN OBJETO DEL DELITO

Cuando se trata de bienes que constituyen objeto del delito (referidos en el artículo 94° del Código Penal), los terceros podrán ser favorecidos por la prescripción sólo si hubiesen actuado de buena fe, es decir desconociendo el origen delictivo de los bienes. En estos casos, los plazos de prescripción son los mismos que para los supuestos indicados líneas antes. En cambio, si hubiesen actuado conociendo el origen de los bienes, serán sujetos activos del delito de lavado de activos o de receptación según corresponda¹⁸²; en cuyo caso no serán favorecidos por la prescripción; ya que el agente del delito no puede verse favorecido por la prescripción, y por tanto, su titular podrá reclamarlos en cualquier momento; pues, como sostiene la doctrina, "... para que el derecho de dominio, y en general cualquier derecho real, accedan a la protección del Estado, se precisa que hayan surgido como consecuencia inmediata de título y causa justos, esto es, no contrarios a la ley, al orden público, ni a las buenas costumbres, y cumpla la función social que le es propia"¹⁸³. Igualmente, se sostiene que "... la

¹⁸² Incurrirán en delito de receptación si los bienes tienen su origen en los delitos contra el patrimonio (artículo 194° del Código Penal), si los bienes tuvieran su origen en otro delito, incurrirán en delito de lavado de activos, conforme a la ley N° 27765. Aunque, si bien con la modificatoria introducida en la Ley penal contra el Lavado de Activos por el Decreto Legislativo N° 986, se ha incluido como delito precedente a los delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada; sin embargo, éste último tipo penal tiene otras exigencias típicas, en este caso, que el agente además haya dificultado la identificación del origen de los bienes, su incautación o decomiso.

¹⁸³ ESPITIA GARZÓN, Fabio: *Ob. Cit.*, p. 41.

prescripción protege a quien no tiene título, no a aquél que lo ha obtenido en forma espuria”¹⁸⁴. Esto en virtud a que la prescripción adquisitiva debe entenderse como una sanción al titular del derecho, que por negligencia u otra causa a él imputable no ejercita su derecho, y por ello, lo pierde a favor del poseedor diligente¹⁸⁵; sin embargo, en el caso de los bienes sustraídos, el titular del derecho, deja de ejercer la posesión (o propiedad), no por alguna causa a él imputable, sino precisamente por efectos de la sustracción del bien, y por tanto no se le puede imputar negligencia alguna; consecuentemente, tampoco puede operar en su agravio, la prescripción adquisitiva a favor del agente de la sustracción o del agente de otro delito (Receptación o Lavado de Activos). Esto es, el Derecho no puede amparar a los agentes que han actuado, precisamente, contrariando sus normas protectoras de los bienes jurídicos vitales; hacer ello implicaría amparar acciones de inmoralidad e inequidad. Criterio similar se asume en el BGB alemán, el *Code Napoléon*, el Código Civil Suizo, el Código Civil italiano de 1861, el Código Civil holandés y en el *common law*, entre otros; los mismos que no permiten la apropiación de los bienes hurtados por parte del agente del delito; permitiéndosela sólo a favor de terceros, en el caso que el bien hubiera sido transferido habiendo actuado el tercero de buena fe y haya operado la prescripción a su favor¹⁸⁶.

Sin embargo, esta solución no es asumida en todas las legislaciones. Así, la legislación española, ampara la prescripción adquisitiva a favor del propio agente del delito, como puede apreciarse en el artículo 1956° de su Código Civil¹⁸⁷. Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 no hace ninguna excepción para la adquisición de las cosas muebles por el poseedor de buena fe¹⁸⁸, aún cuando los bienes constituyan objeto del delito; no obstante, al amparar la adquisición, sólo cuando es de buena fe, se excluye al agente del delito, toda vez que éste siempre actúa de mala fe (dolosamente).

¹⁸⁴ ESPITIA GARZÓN, Fabio: *Ob. Cit.* p. 55.

¹⁸⁵ Como se sabe, ningún ordenamiento jurídico ve con buenos ojos a la negligencia, y por ello es que en la mayoría de casos la sanciona con alguna consecuencia jurídica desfavorable.

¹⁸⁶ GALGANO, Francesco: “*Atlas de Derecho privado comparado*”. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Sarver, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 102 y ss.

¹⁸⁷ Art. 1956°.- “*Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta*”.

¹⁸⁸ GALGANO, Francesco: *Ob. Cit.* 2000, pp. 102 y ss.

En este sentido, existen posiciones que no admiten la prescripción del bien objeto del delito a favor del propio agente y otras que sí la permiten; y en todos los casos se permite la adquisición por prescripción del tercero adquirente de buena fe. No se admite, en cambio la adquisición por parte del tercero de mala fe, éste, de ser el caso, cometerá otro delito (receptación o lavado de activos).

En nuestra legislación no son de recibo los criterios que permiten la prescripción o adquisición de los bienes objeto del delito, por parte del propio agente del delito, en aplicación del artículo 948° del nuestro Código Civil, y por la propia tradición normativa de nuestro Derecho penal; tal como puede advertirse del artículo 68° del Código Penal derogado, donde se establecía que la prescripción no favorece al agente del delito. Igualmente, en estos casos, la prescripción no favorece al tercero que ha actuado de mala fe en la adquisición del bien.

6.4.3. CUANDO SE TRATA DE BIENES QUE CONSTITUYEN EFECTOS O GANANCIAS DEL DELITO

Estos son los supuestos comprendidos en los artículos 102°, 221°, 231°, 401°-A del Código Penal y leyes especiales como la Ley de Lavado de Activos o la Ley de Delitos Aduaneros, en las que el bien sub materia, aun cuando no constituye objeto del delito (sobre el que recae la acción delictiva), tiene su fuente de origen en la comisión del delito, es decir, es producto de éste. En estos supuestos, al igual que en el anterior, no opera la prescripción a favor del agente del delito, pero sí a favor del tercero adquirente de buena fe. El de mala fe, incurrirá en la comisión del delito de Lavado de Activos (no en el de Receptación, el que se reserva sólo para el objeto del delito en nuestro ordenamiento jurídico).

La diferencia entre los casos de bienes objeto del delito y los bienes que constituyen efecto o ganancia del mismo, estriba únicamente en que en los primeros no se ampara la adquisición del tercero de buena fe antes de que opere la prescripción adquisitiva a su favor, al contrario, de los segundos, sí se ampara la adquisición del tercero de buena fe antes de la prescripción, aunque con algunas salvedades, conforme se ha detallado anteriormente.

Cuando se trata de bienes objeto del delito y de efectos o ganancias del mismo, en todos los casos prosperará la acción anulatoria materia de análisis¹⁸⁹; salvo que los terceros adquirentes nuevamente hubiesen realizado transferencias a otras personas, en cuyo caso nuevamente se evaluará si estos últimos actuaron conociendo o no el origen de los bienes. De haber actuado conociéndolo estarán incurso en el delito de Lavado de Activos y se aplicará el mismo razonamiento que en el caso anterior, pues nada impide que el lavado de activos o receptación opere “en cadena”. En cambio en el caso de bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civil, el tercero adquiere por prescripción en todos los casos.

6.5. CONCLUSIONES

- a) Cuando se trate de bienes del agente del delito o del tercero civilmente responsable transferidos o gravados con la finalidad de burlar el pago de la reparación civil, el tercero de buena fe y a título oneroso, adquirirá título firme sobre los bienes, sobre todo si se encuentra en posesión del bien mueble no registrado, o ha inscrito su derecho cuando se trate de bienes inmuebles o muebles registrados. Si el tercero transfiere el bien a un sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha inscrito la demanda de nulidad, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que sea amparada la demanda. Tampoco obtendrá protección en los supuestos en que se ha inscrito la medida cautelar de inhibición de disponer o gravar el bien, al ser cuestionable la existencia de buena fe en el tercero adquirente.
- b) Si su adquisición fuera a título gratuito de todas maneras estará obligado a restituir el bien, aun cuando hubiera actuado de buena fe.

¹⁸⁹ En sentido similar se pronuncia ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, cuando refiere: “La condena por blanqueo de capitales, en tanto que declara la realización de una actividad delictiva, supone la nulidad de las transacciones que han servido para el blanqueo. Puesto que tal nulidad puede afectar a terceros de buena fe, es imprescindible que los interesados sean oídos en el proceso que les pueda afectar, y aplicar las disposiciones civiles relativas al contratante de buena fe en un negocio nulo. En cualquier caso la nulidad deberá ser declarada de oficio una vez que la sentencia haya constatado que el negocio jurídico era constitutivo de un delito de blanqueo”. *“El delito de blanqueo de capitales”* Marcial Pons, Madrid 2000, p. 306

- c) Cuando se trate de bienes objeto del delito, el tercero no adquiere título firme, aun cuando hubiera actuado de buena fe y a título oneroso.
- d) Cuando se trate de bienes efectos o ganancias del delito, el tercero será amparado cuando haya actuado de buena fe, a título oneroso y haya procedido a registrar su derecho (siempre que se trate de bienes muebles registrados o inmuebles), debiendo evaluarse su buena fe no sólo desde el aspecto objetivo sino también subjetivo, lo que implicará el análisis de los hechos que dieron lugar a la inscripción. Si el tercero transfiere el bien a un sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha inscrito la demanda de nulidad, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que se ampare dicha demanda. Tampoco será amparado el derecho del tercero adquirente en el supuesto en que se ha inscrito la medida cautelar de inhibición de disponer o gravar el bien o la incautación del bien. Tratándose de bienes muebles no inscritos, será de aplicación el artículo 948° del Código Civil.
- e) Si se trata de bienes objeto del delito o efectos y ganancias del mismo, si el tercero hubiera actuado de mala fe (conociendo el origen de los bienes), incurrirá en la comisión del delito de lavado de activos o receptación, según corresponda.
- f) En caso de bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civilmente responsable, el tercero adquirente en todos los casos se beneficia con la prescripción adquisitiva, aunque hubiera actuado de mala fe.
- g) Si se tratara de bienes objeto del delito o de bienes que constituyen efectos o ganancias del delito, y el tercero hubiera actuado de mala fe, no se beneficiará con la prescripción adquisitiva, ya que sería agente del delito de lavado de activos o receptación, y la prescripción no favorece al agente del delito.

7. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

A diferencia de la prescripción adquisitiva de la que acabamos de hablar, en este numeral vamos a referirnos a la *prescripción extintiva*, esto es, al efecto del tiempo en la extinción de la acción para ejercitar la nulidad por parte del titular del derecho, en este caso el agraviado por el delito o el Ministerio Público. Obviamente, no nos estamos refiriendo a la prescripción de la acción de resarcimiento -la que está prevista en el artículo 2001° inc. 4) del Código Civil, concordante con el artículo 100° del Código Penal, a los que debemos agregar el artículo 1993° del Código Civil, relativo a la suspensión del plazo de prescripción- sino más bien a la prescripción de la acción de nulidad de los actos fraudulentos contenidos en el artículo 97° del Código Penal.

Al respecto, debemos entender la prescripción extintiva como un modo general de extinción de los derechos¹⁹⁰; dejando de lado el criterio establecido en nuestro medio por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, que entienden que por la prescripción extintiva se extingue únicamente la acción dejando a salvo el derecho, pues un derecho sin una acción que la respalde no tiene razón de ser, tal como refiere MERINO ACUÑA¹⁹¹ sintetizando el criterio de los especialistas al respecto. En este sentido, la prescripción extintiva es un derecho del deudor o sujeto pasivo de una relación jurídica cualquiera, en virtud al cual, el paso del tiempo lo libera de la carga en que consistía la obligación o relación jurídica. Sin embargo, tratándose de un derecho de contenido particular (puesto que se puede renunciar al mismo) para que la prescripción surta sus efectos, se requiere de un acto mediante el cual el beneficiado exprese su voluntad de servirse de la prescripción¹⁹².

El inadecuado tratamiento de orden sustantivo y procesal con que se ha legislado respecto a la prescripción extintiva, viene impidiendo a esta institución (que debiera

¹⁹⁰ BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLY, Francesco; NATOLI, Ugo: “*Derecho Civil*”. Tomo I, Vol. I. En: Normas, Sujeto y Relación Jurídica. Traducción de Fernando Hinostroza, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, 1987, p. 448.

¹⁹¹ MERINO ACUÑA, Roger Arturo: “*Algunos apuntes en torno a la prescripción extintiva y la caducidad*”. En Diálogo con la Jurisprudencia, N° 104, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007, pp.22 y ss.

¹⁹² “... la prescripción es un fenómeno jurídico complejo que contiene dos fases: una preliminar que se configura con el vencimiento del período de tiempo señalado por la ley, y otra constitutiva, en la que el fenómeno prescriptorio se perfecciona con el actuar de quien se beneficia con él”. ARIANA DEHO, Eugenia: “*Imperatividad de las normas sobre la prescripción*”. En: Código Civil Comentado. Tomo X, Gaceta Jurídica, Primera edición, 2005, p.259.

tener un gran rendimiento práctico) cumplir con su cometido de la mejor manera, pues, se le concede efectos únicamente de orden procesal, negándosele su carácter sustantivo, a la vez que se viene rechazando la posibilidad de utilizarla vía acción, aceptándola sólo cuando se la plantea como excepción. Inclusive los plazos y los supuestos de suspensión e interrupción de éstos, no resultan claros, lo que ha propiciado su indeterminación en casos de interrupción continua.

Pese a lo anotado, en el presente trabajo, y desde una perspectiva de *lege lata*, dejando para otra oportunidad la propuesta de *lege ferenda*, vamos a arribar a conclusiones en estricto uso de la normatividad vigente.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la acción anulatoria de los actos fraudulentos tratados, viabiliza la acción de *nulidad* así como *la revocatoria* a favor del agraviado por el delito, el plazo más amplio para solicitar la nulidad de los actos fraudulentos en cuestión, será de 10 años, tal como lo establece expresamente el inciso 1) del artículo 2001° del Código Civil, relativo a la prescripción de la nulidad del acto jurídico¹⁹³. Esto es, el agraviado tendrá 10 años para solicitar la nulidad de los actos en cuestión. En este caso, la vía para su ejercicio dependerá de si existe un proceso penal en giro, en cuyo caso, si este proceso estuviera en la etapa de instrucción o investigación preparatoria, o incluso en la etapa intermedia, se podrá interponer la acción en el propio proceso penal apelando a la vía incidental, tal como hemos referido en páginas anteriores; de lo contrario se deberá ejercitar la acción de nulidad en la vía civil, en el correspondiente proceso de conocimiento.

Este plazo de 10 años puede suspenderse o interrumpirse, conforme a lo establecido por los artículos 1994° y 1996 del Código Civil. En el caso de la interrupción, luego de ésta, como quiera que se empieza a contar de nuevo el plazo, se puede interrumpir indefinidamente; sin embargo, se transcurriera el plazo de prescripción adquisitiva a favor del tercer adquirente, el acto fraudulento quedará firme, descartándose todo intento de restitución por parte del agraviado; ello claro está, si es que el tercero permaneciera en posesión pacífica, pública y continua del bien materia de la transferencia.

¹⁹³ Al respecto, si bien es mayoritario en la doctrina y la legislación comparada el criterio de que la acción de nulidad es imprescriptible, a tal punto que las comisiones de reforma del Código Civil así lo consideran, estando al mandato normativo, vamos a asumir los 10 años como plazo de prescripción de la nulidad del acto jurídico.

8. CRITERIOS Y TENDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E EXTRANJERA

8.1. PRONUNCIAMIENTOS DEL PODER JUDICIAL EN CONFORMIDAD CON EL MINISTERIO PÚBLICO.

Desde la vigencia del Código Penal de 1924, y con posterioridad en el Código Penal de 1991, está vigente la norma que establece la nulidad de los actos fraudulentos materia de análisis, sin embargo, no había una norma específica que respecto al procedimiento que debía seguirse para ejercitar dicha acción, siendo el criterio mayoritario que debía ejercitarse en un proceso de conocimiento en la vía civil. Recién con el Decreto Legislativo N° 959 (agosto del 2004), se regula el procedimiento a seguir en estos casos (atendiendo que el Código Procesal Penal no está vigente en todo el territorio de la República). A partir de esta fecha se establece una nueva tendencia en la jurisprudencia al respecto, aun cuando no son numerosos los casos en que se ha ejercitado la acción anulatoria, pese a que como veremos en el trabajo estadístico de la presente investigación, son numerosos los supuestos en que debería ejercitarse esta acción. En los pocos casos que hemos encontrado, se advierte en líneas generales los siguientes criterios:

- a) Se sostiene que aun cuando la conducta se encontraría dentro de los alcances del artículo 97° del Código Penal, la causal de nulidad invocada, conforme al artículo 219° del Código Civil debe hacerse valer en vía de acción ante la instancia judicial competente, esto es la vía civil.

(Criterio de una Sala Penal de la Corte Superior de Lima, emitido con fecha 11 de abril del 2002, anterior a la vigencia del D. Legislativo N° 959).

- b) Asimismo, la Sala Transitoria de la Corte Suprema sostiene que según lo previsto en el artículo doscientos diecinueve, inciso séptimo del Código Civil, el acto jurídico es nulo “cuando la ley lo declare nulo”; norma que guarda relación con lo dispuesto en el artículo noventa y siete del Código Penal, que faculta a los Jueces Penales a declarar nulo los actos jurídicos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, en cuanto disminuyan el

patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de aquellos actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros; que en el caso *sub examine* al haber quedado insolvente el sentenciado con el fin de no pagar la reparación civil declararon procedente la solicitud de nulidad, disponiendo la nulidad del acto de disposición de unos inmuebles cuya transferencia había realizado el condenado. Aun cuando en este caso, existe un voto discordante de uno de los miembros de la Sala que dispone que la acción de nulidad debe ventilarse en la vía civil.

(Fallo de fecha 19 de junio del 2003, anterior a la vigencia del D. Leg. 959).

- c) También la Sala Penal de la Corte Suprema a través de su Vocalía de Instrucción, se pronuncia respecto al procedimiento establecido por el D. Leg. N° 959, el cual se concreta en un pequeño incidente que tiene como su punto central en una audiencia en la que todas las partes pueden aportar pruebas y esgrimir los argumentos que consideren conveniente, al respecto dice: “... el procedimiento a seguir dentro de la instancia penal, no vulnera el debido proceso ya que todas las partes intervinientes en el caso tienen facultades para ofrecer la prueba que consideren conveniente, pueden intervenir en el procedimiento y cuestionar lo que consideren pertinente formulando alegatos escritos y orales, lo que permite deducir que el Juez Penal puede resolver la nulidad solicitada sin que esto signifique transgresión de las garantías jurídicas de las partes, siempre y cuando el pedido haya sido hecho con las formalidades y dentro del plazo establecido por la ley”.

Sin embargo, contradictoriamente a esto, también refiere que esta acción de ineficacia de un acto jurídico oneroso se tramita en vía de proceso de conocimiento, jamás en vía sumaria, pues ello constituye una restricción al derecho de defensa que le asiste a todo justiciable, pues se está recortando injustificadamente el plazo que le asiste para defenderse de los hechos que se invocan en su contra. Con lo que tácitamente está contradiciendo a su criterio anterior, puesto que en el proceso penal el procedimiento es un incidente que no tiene mayores dilaciones. Claro que con dicha incidencia, no se resuelve en definitiva, lo cual se hará en la sentencia; sin embargo, este incidente es la etapa de prueba propiamente hablando para resolver la acción anulatoria.

(Fallo de la Vocalía Suprema de Instrucción, de fecha 14 de junio del 2006).

- d) Igualmente, la Vocalía Suprema de Instrucción, se ha pronunciado respecto a que cuando no se plantea la acción anulatoria en la etapa de instrucción (investigación preparatoria con el nuevo Código Procesal Penal), se tiene que ventilar en un proceso civil, no pudiendo interponerse en el juicio oral o en ejecución de sentencia.

(Fallo de la Vocalía Suprema de Instrucción, de fecha 14 de junio del 2006).

- e) La Sala Superior Penal del Cusco, asume que es posible admitir la solicitud de nulidad de transferencias fraudulentas en ejecución de sentencia, y en apelación declara “Nulos todos los actos posteriores al hecho punible, que disminuyen el patrimonio de los condenados, practicados por éstos, entre ellos, el anticipo de legítima de fecha 6 de mayo de 1997”. Respecto a este criterio, ya nos hemos pronunciado haciendo ver su inconveniencia, puesto que ventilar la nulidad en ejecución de sentencia, podría afectar el derecho de defensa y consecuentemente el debido proceso.

(Sala Penal del Cuzco, Exp. N° 181-2002. Resolución del 6 de diciembre del 2002).

- f) La corte Superior de Lima, en el caso conocido como Crousillat López Torres, *declara de oficio* la nulidad de transferencia de acciones de una empresa televisiva a favor de sus hijas, con lo que revoca el contenido de la resolución de primera instancia (seguido en el incidente de nulidad), que había declarado que no procedía disponer la nulidad de dicha transferencia, toda vez que para ese momento el procesado todavía no tenía la calidad de condenado. Con lo que se pronunciaba a favor de la tesis restrictiva que considera que el artículo 97° del Código Penal sólo puede aplicarse cuando sobre el agente ha recaído sentencia condenatoria, mas no así cuando tiene la calidad de procesado o imputado, y menos aún cuando ni siquiera ha sido sometido al proceso penal.

(Segunda Sala Penal Anticorrupción, 8 de agosto del 2006).

- g) Finalmente, en varias resoluciones la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema y el Segundo Juzgado Penal anticorrupción, ha abierto a prueba a través de la vía

incidental, sendas solicitudes de nulidad de transferencias, y luego de la correspondiente audiencia dan por concluido el trámite incidental y disponen la *anotación preventiva de la medida* en los registros correspondientes.

8.2. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 2494 – 2005 – AA. Fecha: 21 de noviembre del 2006.

Caso: Bladimiro Huaranca Ayrampo.

También el Tribunal Constitucional, ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la nulidad de transferencias materia del presente trabajo, pronunciamiento efectuado en el marco de una Acción de Amparo ventilada ante dicha Tribunal, entre los criterios que ha esbozado podemos sintetizar los siguientes.

- a) El Tribunal asume que la acción de nulidad prevista en el artículo 97° del Código Penal, es un supuesto de *nulidad de acto jurídico* previsto en el inciso 7) del artículo 219° del Código Civil. Con lo que descarta la consideración como simple caso de inoponibilidad o ineficacia.
- b) Que la nulidad en cuestión puede ser declarada de oficio.
- c) Reconoce la competencia del Juez Penal para conocer de la acción de nulidad materia de análisis.
- d) Asume que se puede amparar la acción de nulidad sub materia, aun cuando el derecho del adquirente esté debidamente inscrito en los Registros Públicos.
- e) Asume que se puede amparar la nulidad inclusive ante el reconocimiento de la titularidad del derecho del tercero adquirente por parte de una sentencia firme, cuando la misma se haya sustentado en una pretensión dolosa.
- f) Asimismo, sostiene que la nulidad en cuestión, tiene como fundamento, garantizar la adecuada indemnización o reparación a la víctima.
- g) Que en justicia y equidad, corresponde amparar a la víctima por encima de la seguridad jurídica amparada por los Registros Públicos y por la propia cosa juzgada, cuando es víctima de los actos fraudulentos materia de nulidad.

8.3. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA.

Sentencia del tres de abril de mil novecientos noventa y ocho.

La sentencia referida, aun cuando no se trata de una resolución expedida en un proceso penal y está vinculada más al bien objeto del delito, asemejándose más al supuesto previsto en el artículo 94º de nuestro Código Penal que al supuesto del artículo 97º, que es lo que más nos interesa, arroja importantes luces para entender la institución materia del presente análisis. En efecto:

- a) Establece que en el caso de conflicto entre intereses de la persona despojada ilegalmente del bien e intereses del tercero adquirente de buena fe que confió en la publicidad registral, prevalece el interés de la primera, en cuanto es una víctima de la acción delictiva, quedando expedito el derecho del tercero para solicitar los daños y perjuicios del agente productor del daño o del Estado; (hay que recordar que en España existe un fondo para indemnizaciones de las víctimas que no pudieron obtener el resarcimiento de los agentes del delito o del tercero civil).
- b) Sostienen también que pese a la importancia de la publicidad registral y sus principios, ésta no pueden prevalecer sobre el derecho de la víctima, quien es el legítimo propietario, originariamente despojado en forma fraudulenta, de mantener la titularidad plena sobre sus bienes, o en todo caso, el derecho a ser restituido en el goce de los mismos, por existir un imperativo legal y lógico de restablecer la paz social, restaurando las cosas a su estado original.
- c) Establece que al declararse nulo el acto jurídico fraudulento, de inmediato procede la nulidad del asiento registral en el que aparece registrado el derecho del tercero, aun cuando este hubiese actuado de buena fe.
- d) Considera que la publicidad registral, es un instrumento establecido y erigido por el Estado, para asegurar el tráfico de bienes, dándole seguridad y respaldo a la información allí consignada, pero que dicha publicidad es únicamente un instrumento más para amparar los derechos de quienes se ven perjudicados por errores u omisiones en la información consignada o bien para amparar en el reclamo indemnizatorio a quienes han sido víctimas de aquellos que, valiéndose de ese instrumento, lo utilizan para asegurar las consecuencias económicas del fraude, pero de ningún modo puede servir de mampara de legitimación de los

hechos delictivos. (Al respecto, sin embargo es preciso considerar que otra de las Salas, sería de criterio distinto).

- e) La protección que concede el artículo **456° del Código Civil (de Costa Rica)**, se entiende que rige frente a aquellos casos en que la nulidad o rescisión del título sobrevenga por situaciones jurídicas cuya ilicitud sea de índole civil estrictamente, más no para oponerse a quien ha sido víctima original de un despojo fraudulento configurativo de delito; puesto que la víctima tiene el derecho a la reparación de las injurias o daños recibidos en su persona, propiedad o intereses morales, legalmente reconocidos.

CAPITULO III

**PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA
INFORMACIÓN**

1. CONTRASTACIÓN EMPÍRICA DE LAS HIPÓTESIS

(Trabajo Operacional)

Este punto se ha desarrollado en base a los datos obtenidos de la realidad estudiada, los cuales se han sometido a proceso de verificación mediante contraste estadístico con cuyo análisis estamos en condiciones de determinar la corrección de nuestras hipótesis de investigación, tomando en cuenta fundamentalmente el valor aproximado de cada una de las variables de investigación considerados para tal fin.

Como quiera que los valores de las variables estudiadas no pueden operacionalizarse con exactitud numérica, en cada contraste inferimos una o más *hipótesis de trabajo* a partir del valor de las variables e indicadores (interpretación de los resultados) con las que verificamos nuestras hipótesis de investigación.

Estas hipótesis de trabajo se han realizado por separado, de un lado la información obtenida de los expedientes analizados, y de otro los datos obtenidos del instrumento encuesta, aplicado a los Jueces, Fiscales, Abogados y agraviados comprendidos como unidades integrantes de la población objeto de estudio.

1.1. CONTRASTES SOBRE LOS DATOS OBTENIDOS DEL ESTUDIO DE EXPEDIENTES

1.1.1. UNIVERSO

Se ha trabajado con todos los expedientes remitidos al Séptimo Juzgado Penal de Lima en el período comprendido entre Julio del 2004 y Noviembre del 2006, esto es, durante 2 años y cuatro meses, en un número aproximado de 6,000 expedientes.

1.1.2. MUESTRA

Se trata de una muestra cuya magnitud se ha determinado teniendo en cuenta la gran similitud de los expedientes, así como a las semejanzas en las características de las unidades de investigación (expediente). Habiéndose tenido cuidado de que sea lo suficientemente representativa del universo.

De la totalidad de los 6,000 expedientes que integran el universo, se ha tomado una muestra de 3,000 expedientes, que corresponde al 50 por ciento del total, a fin de determinar en cuántos de estos expedientes resultaba necesario solicitar la nulidad de transferencias materia de investigación, en cuántos se solicitó y en cuántos efectivamente se amparó tal solicitud.

Debe precisarse asimismo, que aun cuando no se ha podido considerar casos especiales que se encuentran a nivel de primera instancia en los Juzgados y Vocalías de Instrucción encargados de los procesos Anticorrupción, en los que se conoce que se ha solicitado la nulidad en cuestión, hemos hecho el seguimiento de estos casos, habiendo obtenido información útil en la Procuraduría Anticorrupción Ad – Hoc.

Asimismo, también hemos considerado en la muestra, supuestos acaecidos antes de la vigencia del D. Leg. 959, esto es, cuando aún no se había establecido normativamente el trámite a seguir en el proceso penal ante las solicitudes de nulidad.

A. PRIMER CONTRASTE

CUADRO CORRESPONDIENTE AL UNIVERSO
(EXPEDIENTES COMUNES)

NÚMERO TOTAL DE EXPEDIENTES (Universo)	6,000	100 %
Expedientes integrantes de la muestra	3,000	50 %
Expedientes en que se han realizado actos fraudulentos	150	5 %

Cuadro N° 1

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- En el 5 por ciento de los expedientes integrantes del universo, se aprecia la posible realización de actos de disposición fraudulentos con fines de burlar el pago de la reparación civil.

1) Primera Hipótesis de Trabajo:

En un número significativo de expedientes se han realizado actos de disposición fraudulentos con la finalidad de no cumplir con el pago de la reparación civil o evitar el decomiso de bienes

B.- SEGUNDO CONTRASTE

CASOS EN QUE SE HA SOLICITADO Y AMPARADO LA
NULIDAD DE ACTOS FRAUDULENTOS EN PROCESOS
CONSIDERADOS EN EL UNIVERSO

EXPEDIENTES EN QUE SE HAN REALIZADO A. F.	150	100 %
Expedientes en los cuales se solicitó la nulidad del A. F.	2	1.33 %
Expedientes en los cuales se amparó la solicitud	1	0.66 %

Cuadro N° 2

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- Del total de los casos (150) en que se habrían realizado actos fraudulentos con fines de burlar el pago de la reparación civil o evitar el decomiso de bienes, sólo en 2 casos (equivalente al 1.33 por ciento del total) se ha solicitado la nulidad de las transferencias fraudulentas.
- De estos dos casos en que se solicitó la nulidad, sólo en uno (01) se ha amparado la solicitud de nulidad, esto es en sólo el 0.66 por ciento.

2) Segunda Hipótesis de Trabajo:

Pese al número significativo de expedientes en que se han realizado actos de disposición fraudulentos con la finalidad de no cumplir con el pago de la reparación civil o evitar el decomiso de bienes, sólo en un número exiguo (1.33 %), se ha solicitado la nulidad de dichos actos fraudulentos.

3) Tercera Hipótesis de Trabajo:

A pesar del reducido número de causas en que se ha solicitado la nulidad de los actos fraudulentos en cuestión, sólo en la mitad de solicitudes se ha admitido tal petición.

C. TERCER CONTRASTE

CUADRO DEL TOTAL DE LOS CASOS EN QUE SE HA SOLICITADO LA NULIDAD

Solicitados por la Procuraduría Ad-Hoc a los Juzgados Anticorrupción	42
Solicitudes antes de la vigencia del D. Leg. 959	2
Solicitudes en los procesos ordinarios considerados en el universo	2
TOTAL	46

Cuadro N° 3.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- El número total de solicitudes de nulidad de actos fraudulentos encontrados en la investigación, es de 46, pese a que esta institución está vigente desde 1924, con el Código Penal de dicho año, y es asimilada íntegramente por el Código Penal de 1991.
- El número de solicitudes de nulidad antes de la vigencia del D. Leg. 959, es tan sólo de dos (02), pese a que la institución en comento está vigente en nuestra legislación por más de 80 años.

- La mayor cantidad de casos, 42 de los 46, esto es el 91.3 por ciento del total, se han solicitado durante la vigencia del D. Leg. 959, por la Procuraduría Anticorrupción Ad – Hoc.

4) **Cuarta Hipótesis de Trabajo:**

No obstante la vigencia de la institución materia de análisis desde hace más de 80 años no se ha venido aplicando.

5) **Quinta Hipótesis de Trabajo:**

Recién con la promulgación del D. Leg. 959, que establece el procedimiento dentro del propio proceso penal de la nulidad materia de análisis, se ha recurrido en mayor medida a solicitar la nulidad en cuestión.

6) **Sexta Hipótesis de Trabajo:**

Es en los procesos Anticorrupción a cargo de la Procuraduría Ad – Hoc, donde se ha solicitado en un corto tiempo corto la mayor cantidad de nulidades de actos jurídicos fraudulentos (42 del total de 46).

---000---

1.2. CONTRASTE CON LOS DATOS OBTENIDOS A TRAVÉS DEL INSTRUMENTO ENCUESTA, DIRIGIDA A JUECES, FISCALES ABOGADOS Y AGRAVIADOS

Previamente se formuló el correspondiente cuestionario de preguntas, para luego proceder a realizar la *ENCUESTA* a todos los sujetos o individuos integrantes de la muestra, *Jueces* en un número de treinta (30), *Fiscales* en un número de sesenta (60), *Abogados* en un número de cien (100) y *Agraviados* en un número de cien (100).

Seguidamente se ha procedido a formular *Hipótesis de Trabajo* a partir de las respuestas obtenidas en la encuesta.

MUESTRA

JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL	30
FISCALES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL	60
ABOGADOS PATROCINANTES	100
AGRAVIADOS	100

Cuadro N° 4

D. CUARTO CONTRASTE

En el curso de su quehacer jurisdiccional, fiscal o ejercicio de la defensa: ¿Ha tenido la oportunidad de conocer casos de nulidad de actos jurídicos fraudulentos realizados con la finalidad de frustrar el pago de la reparación civil o evitar el decomiso de bienes?

CUADRO SOBRE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES, ABOGADOS Y AGRAVIADOS SOBRE LOS CASOS QUE HAN CONOCIDO RESPECTO A LA ACCIÓN ANULATORIA

OPERADORES / RESPUESTA	NINGUNA		MENOS DE 10		MÁS DE 10		TOTAL
	N°	%	N°	%	N°	%	
Jueces	0	0	5	17	25	83	30
Fiscales	5	8	5	8	50	84	60
Abogados	0	0	0	0	100	100	100
Agraviado	10	10	10	10	80	80	100

Cuadro N° 5.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- Del presente cuadro se advierte que Jueces, Fiscales Abogados y Agraviados por el delito, han conocido casos de actos jurídicos fraudulentos con el fin de no pagar la reparación civil o evitar el decomiso de bienes en un porcentaje superior al 80 por ciento.
- Todos estos operadores han conocido en más de 10 casos, sólo un porcentaje exiguo de Fiscales y agraviados, no han conocido ningún supuesto de casos materia de la nulidad materia de análisis. Probablemente porque muchos Fiscales no participan en el proceso y por ello no se vinculan mayormente al pago de la reparación civil o el decomiso de bienes y en cuanto a los agraviados porque pueden darse casos en que han tenido un solo caso.

7) **Sétima Hipótesis de Trabajo:**

Jueces, Fiscales, Abogados y agraviados, han conocido un número importante de casos de actos fraudulentos realizados para burlar el pago de la reparación civil o evitar el decomiso de bienes. Lo que a la vez muestra que en la práctica se producen un porcentaje elevado de estas actuaciones fraudulentas.

E. QUINTO CONTRASTE

En los casos que ha conocido: ¿Qué tratamiento se asumió o debió asumirse frente a los actos fraudulentos?

CUADRO SOBRE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES, ABOGADOS Y AGRAVIADOS
SOBRE LAS MEDIDAS QUE SE TOMARON LUEGO DE CONOCIDO
EL ACTO FRAUDULENTO

OPERADORES / RESPUESTA	NINGUNA		DEMANDA CIVIL		VÍA PENAL		TOTAL
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	
Jueces	28	93.4	1	3.3	1	3.3	30
Fiscales	58	96.6	1	1.7	1	1.7	60
Abogados	100	100	0	0	0	0	100
Agraviado	100	100	0	0	0	0	100

Cuadro N° 6.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- Del los datos consignados se aprecia que de todos los casos conocidos por los operadores jurídicos y los agraviados, solo en dos casos se han tomado las medidas judiciales del caso.
- De estos casos, se ha interpuesto las acciones indistintamente uno en la vía civil y otro en la vía penal.
- En la gran mayoría de casos, porcentajes superiores al 90 por ciento, no se ha tomado acción alguna.

8) **Octava Hipótesis de Trabajo:**

A pesar de que los operadores jurídicos y agraviados conocen de la realización de las acciones fraudulentas en cuestión no se toma acciones judiciales al respecto.

9) **Novena Hipótesis de Trabajo:**

No existe un criterio uniforme entre los operadores procesales respecto a la vía procedimental (penal o civil) y la forma como debe ejercitarse este tipo de acciones.

F. **SEXTO CONTRASTE**

En los casos que ha conocido: ¿Ha aplicado alguna de las siguiente medidas cautelares?

CUADRO DE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES, ABOGADOS Y AGRAVIADOS
SOBRE LA MEDIDAS CAUTELARES APLICADAS EN CASOS DE LA
SOLICITUD DE LA ACCIÓN ANULATORIA

OPERADORES / RESPUESTA	EMBARGO		INHIBICIÓN		ANOTACIÓN DE DEMANDA		TOTAL
	N°	%	N°	%	N°	%	
Jueces	0		0		2	100	2
Fiscales	0		0		2	100	2
Abogados	0		0		0		0
Agraviado	0		0		0		0

Cuadro N° 7.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- Del los datos que aparecen en el cuadro se aprecia que de los casos en que Jueces y Fiscales han conocido que se ha iniciado acciones judiciales, no se han aplicado las medidas cautelares de embargo e inhibición de enajenar.
- En todos los casos conocidos, sólo se ha aplicado la medida de anotación preventiva.

9) **Novena Hipótesis de Trabajo:**

En todos los casos de acciones anulatorias judicialmente ejercitadas, sólo se ha aplicado la medida de anotación preventiva de la demanda o solicitud.

G. SÉTIMO CONTRASTE

En los casos que ha conocido : ¿Se amparó la medida?

CUADRO DE RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES, ABOGADOS Y AGRAVIADOS
RESPECTO A LOS CASOS EN QUE SE AMPARÓ SU
PRETENSIÓN ANULATORIA

OPERADORES / RESPUESTA	DESCONOCE		SE AMPARÓ		NO SE AMPARÓ		TOTAL
	N°	%	N°	%	N°	%	
Jueces	28	93.4	1	3.3	1	3.3	30
Fiscales	58	96.6	1	1.7	1	1.7	60
Abogados	100	100	0	0	0	0	100
Agraviado	100	100	0	0	0	0	100

Cuadro N° 8.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- Del los datos consignados se aprecia que más del noventa por ciento de Jueces y Fiscales encuestados desconocen si las solicitudes de nulidad presentadas al Órgano Jurisdiccional, de los que tuvieron conocimiento, finalmente fueron o no amparadas.
- Asimismo, un insignificante 3.3 por ciento de Jueces y un 1.7 por ciento de Fiscales sostienen que se ha amparado la medida, y un porcentaje igual de ambos funcionarios estima n que no se ha amparado la misma.

10) Décima Hipótesis de Trabajo:

Los encuestados (Jueces, Fiscales, Abogados y agraviados) casi en su totalidad desconocen si la acción de nulidad interpuesta tanto en la vía civil así como en la penal, finalmente fue o no amparada.

H. OCTAVO CONTRASTE

A su criterio, la acción anulatoria en cuestión es: Una acción de nulidad de acto jurídico, una acción revocatoria, una acción de anulabilidad.

CUADRO DE LAS RESPUESTAS DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS SOBRE LA
NATURALEZA DE LA ACCIÓN ANULATORIA

OPERADORES / RESPUESTA	NULIDAD		ANULABILIDAD		REVOCATORIA		DESCONOCE		TOTAL
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	
Jueces	9	30	3	10	9	30	9	30	30
Fiscales	30	50	0	0	10	16.6	20	34.4	60
Abogados	40	40	0	0	40	40	20	20	100

Cuadro N° 9.

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

- De las respuestas anotadas, se advierte que no existe uniformidad en las respuestas respecto a la naturaleza jurídica de la acción anulatoria materia de análisis, siendo alto el porcentaje en que Jueces, Fiscales y Abogados, responden que desconocen la naturaleza de esta acción (30, 34.4 y 20 por ciento respectivamente).
- Aun cuando no existe uniformidad de criterios entre los operadores procesales, respecto a la naturaleza jurídica de la institución materia de análisis, el criterio mayoritario es en el sentido de que se trata de una acción de nulidad de acto jurídico (en promedio 40 por ciento de los entrevistados). Sin embargo un alto porcentaje también se pronuncia en el sentido que se trata de una acción revocatoria (28,8 por ciento).

11) Undécima Hipótesis de Trabajo:

Existe un alto grado de desconocimiento de parte de los operadores jurídicos (Jueces, Fiscales y Abogados) respecto a la naturaleza jurídica de la acción de nulidad de actos fraudulentos en el proceso penal.

12) Duodécima Hipótesis de Trabajo:

No existe uniformidad de criterio respecto a la naturaleza jurídica de la acción de nulidad bajo análisis.

13) Décimo tercera Hipótesis de Trabajo:

El criterio mayoritario respecto a la naturaleza jurídica de la institución en comento, es en el sentido que se trata de una acción de nulidad de acto jurídico.

14) Décimo cuarta Hipótesis de Trabajo:

También existe en alto grado (promedio 28.8 por ciento) entre los operadores procesales, el criterio de que la institución materia de análisis se trata de una acción revocatoria.

---o0o---

2. DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

Este capítulo se ha desarrollado teniendo como base la *contrastación empírica o trabajo operacional* correspondiente al sub capítulo anterior (numeral 1. del presente capítulo). Es decir, el tratamiento estadístico de la información, consistente en la presentación de los datos, su lectura e interpretación y la formulación de las *hipótesis de trabajo* que constituyen la síntesis del trabajo operacional. Es decir, de la sistematización de los datos obtenidos de la revisión de los expedientes y de las encuestas y entrevistas realizadas a los operadores procesales (Jueces Fiscales y Abogados) comprendidos en la muestra de la investigación. Igualmente, la información obtenida de la encuesta y entrevista aplicada a los agraviados por los diversos delitos de lesión, así como la información obtenida del seguimiento de los casos emblemáticos y conocidos por haberse ventilado públicamente la solicitud de las medidas en cuestión.

Asimismo, habiéndose tenido como base los fundamentos teórico – doctrinarios desarrollados en el capítulo II) del presente trabajo referido al “*Desarrollo sistemático de las instituciones jurídicas comprendidas en el marco teórico de la investigación*”, en el mismo que se ha llegado a las respectivas conclusiones sobre las instituciones o categorías jurídicas vinculadas al tema de investigación, en cada uno de los puntos donde se ha desarrollado directamente los aspectos vinculados a las variables investigadas. Precisándose que las conclusiones se han determinado a partir del análisis lógico – jurídico, validado con el criterio de *auctoritas* doctrinario, en algunos casos los criterios consensuados y en otros asumiendo nuestra propia postura personal a partir del análisis jurídico, enriquecido con la información obtenida en la investigación empírica.

Debe precisarse asimismo que, como quiera que las Hipótesis de Investigación conjugan aspectos empíricos, teórico – doctrinarios, así como también normativos (propios de todo fenómeno jurídico), para la comprobación de las mismas también hemos utilizado las conclusiones teórico – doctrinarias y hermenéuticas a las que hemos arribado en el desarrollo del marco teórico; habiéndonos servido directamente de las conclusiones de la parte teórica y las Hipótesis de Trabajo de la contrastación empírica, con las que se ha determinado el valor de las variables contenidas en las Hipótesis.

Con dicho análisis y síntesis, estamos en condiciones de asumir con un aceptable grado de rigurosidad, que se ha *comprobado o verificado la CORRECCIÓN Y VALIDEZ* de las Hipótesis de Investigación formuladas como *respuestas o soluciones* al *PROBLEMA INVESTIGADO*.

2.1. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. HIPÓTESIS (H-1):

Los operadores jurídicos no han comprendido significativamente la naturaleza de la Acción de Nulidad de los Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil que inciden en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito así como de los bienes sujetos a decomiso, contenida en el artículo 97° del Código Penal, el Decreto Legislativo 959 y el Código Procesal Penal, lo que ha determinado la exigua aplicación de esta institución en la práctica, así como su escasa contribución a la resolución de los problemas patrimoniales generados por la comisión del delito.

2.1.1.1. VARIABLES:

V. INDEPENDIENTE (X):

X1. Nivel de conocimiento de los operadores procesales de la naturaleza jurídica de la institución objeto de investigación.

V. DEPENDIENTES (Y):

Y1. Grado de aplicación de la Nulidad de Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil que incidan en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito así como de los bienes sujetos a decomiso.

Y2. Grado de contribución de la institución jurídica bajo análisis a la resolución de los problemas generados por la comisión del delito.

Como se ha establecido en el trabajo operacional, el valor de las variables de esta hipótesis ha quedado debidamente establecido en la misma medida en que se indicó en esta hipótesis al iniciar la presente investigación. Estos vabres se ven corroborados con las conclusiones a las que se ha arribado en el desarrollo del marco teórico

correspondiente a las instituciones jurídicas comprendidas en cada una de estas variables; en efecto:

- El valor *variable independiente relativa al nivel de conocimiento de la institución en comento por parte de los operadores procesales*, con las Hipótesis de Trabajo 12) Duodécima y 13) Décimo tercera, se ha determinado que es EXIGUO. Lo cual a la vez se corrobora el contenido de las Hipótesis de Trabajo 2) Segunda, 3) Tercera, 4) Cuarta y 9) Novena.
- Este EXIGUO conocimiento a la vez determina el valor de las *variables dependientes referidas al nivel de aplicación de la acción anulatoria materia de análisis por los operadores jurídicos y la nula contribución de esta institución a la solución de los problemas generados por el delito*; a pesar de su elevado rendimiento práctico comprobado en los procesos anticorrupción de los que ha dado cuenta la prensa en los últimos tiempos. La exigua aplicación de la institución se verifica con las Hipótesis de Trabajo 2) y 3); asimismo, se escaso grado de contribución a la solución de los problemas se verifica con la Hipótesis de Trabajo 1) Primera, y se corrobora con las Hipótesis 8) Octava y 10) Décima.
- Asimismo, la exactitud del valor de las variables materia de análisis así como de la hipótesis que las contiene, se corroboran con las conclusiones teóricas a las que se ha arribado en el rubro correspondiente a la Ineficacia de los Negocios Jurídicos, punto 2.7, que a continuación se transcriben:
 - a) La acción anulatoria contenida en el artículo 97° del Código Penal relativa a la nulidad de actos jurídicos fraudulentos constituye una acción de ***nulidad de acto jurídico***; aun cuando dados los elementos configurativos de esta institución, nada impide a que se considere y ejercite como una acción revocatorio o de inoponibilidad cuando lo considere pertinente el titular de la acción, esto es el agraviado por el delito.
 - b) En los casos actos de disposición o gravamen de bienes objeto del delito o sujetos a decomiso, contenidas en el Decreto Legislativo N° 959 y el nuevo Código Procesal Penal, la acción anulatoria tiene una naturaleza indiscutible de ***nulidad de acto jurídico***, descartándose la posibilidad de la

naturaleza revocatoria o de inoponibilidad. Cabe precisar que actualmente, mediante Decreto Legislativo N° 992 se ha regulado el proceso de pérdida de dominio, como medida autónoma de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y que a su vez se tramita dentro de un proceso especial.

- c) Pueden ser comprendidos en la acción anulatoria en cuestión tanto los actos de disposición o gravamen realizados por el agente del delito así como los realizados por el tercero civilmente responsable, en éste último caso sólo en referidos a bienes materia de reparación civil.

2.1.2. **HIPÓTESIS (H-2):**

En la teoría y en la práctica procesal penal no se han esbozado criterios sobre las relaciones e implicancias de la nulidad de actos jurídicos dispuesta en el proceso penal respecto a la jurisdicción civil.

Esta hipótesis por ser de carácter eminentemente dogmático, se verifica con los argumentos lógico - dogmáticos que dan consistencia a las conclusiones teóricas a las que se ha arribado en la parte correspondiente del marco teórico doctrinario. Asimismo, se corrobora con la información empírica contenida en las correspondiente Hipótesis de

Trabajo del desarrollo estadístico contenido en el Capítulo III de la presente investigación; sobre todo con las Hipótesis relativas a la revisión de los expedientes penales contenidos en la muestra. Al respecto debe apreciarse las siguientes conclusiones expresadas en el numeral 3.4. del rubro signado con el N° 3, relativo al ejercicio de la pretensión de ineficacia de los negocios jurídicos, es decir las conclusiones:

- a) No hay entre los operadores jurídicos uniformidad de criterios respecto a la vía procedimental en que debe ejercitarse la acción anulatoria prevista en el artículo 97° del Código Penal. Unos afirman que de debe ejercitarse en la vía civil y otros en el proceso penal.
- b) El Decreto Legislativo N° 959 y el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal que establece como la vía procedimental de esta acción en el propio

proceso penal, no afecta el derecho de defensa y consecuentemente el debido proceso legal; puesto que da la oportunidad a los justiciables para ejercer todos los medios de defensa y articulaciones que consideren conveniente.

- c) Según lo reglado por las normas antedichas, la acción puede interponerse en la etapa de instrucción o investigación preparatoria así como también en la etapa intermedia, con lo que se da la oportunidad de realizar actuaciones probatorias inclusive en el juicio oral.
- d) Ejercitar la acción en el juicio oral o en la etapa de ejecución de sentencia, consideramos que afecta el derecho de defensa y el debido proceso legal. Consecuentemente, si no se ejercita en la etapa de instrucción o intermedia, debe ejercitarse en la vía civil en el correspondiente proceso de conocimiento.
- e) La acción de nulidad de transferencias de bienes materia de decomiso, a pesar de su igual tratamiento legislativo con la acción de nulidad referida a actos de disposición de bienes materia de reparación civil, tienen distinta naturaleza jurídica y características; por lo que aquella debería ser tratada independientemente dentro de una norma que regule expresamente el decomiso de bienes.

2.1.3. **HIPÓTESIS (H-3):**

En la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales no se ha comprendido ni precisado la situación jurídica del tercero adquirente frente a la nulidad de los actos jurídicos anotados, lo que ha determinado la existencia de criterios arbitrarios al respecto.

Esta hipótesis, al igual que la anterior, se verifica con los argumentos lógico - dogmáticos que dan consistencia a las conclusiones teóricas a las que se ha arribado en la parte correspondiente del marco teórico doctrinario; corroborada con la información

contenida en el trabajo empírico. Estas conclusiones están contenidas en el punto **6.5.**, relativo al tercero adquirente, y son las siguientes:

- a)** Cuando se trate de bienes del agente del delito o del tercero civilmente responsable transferidos o gravados con la finalidad de burlar el pago de la reparación civil, el tercero de buena fe y a título oneroso, adquirirá título firme sobre los bienes, sobre todo si se encuentra en posesión del bien mueble no registrado, o ha inscrito su derecho cuando se trate de bienes inmuebles o muebles registrados. Si el tercero transfiere el bien a un sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha inscrito la demanda de nulidad, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que sea amparada la demanda. Tampoco obtendrá protección en los supuestos en que se ha inscrito la medida cautelar de inhibición de disponer o gravar el bien, al ser cuestionable la existencia de buena fe en el tercero.
- b)** Si su adquisición fuera a título gratuito de todas maneras estará obligado a restituir el bien, aun cuando hubiera actuado de buena fe.
- c)** Cuando se trate de bienes objeto del delito o de bienes que constituyen efectos o ganancias del delito, el tercero no adquiere título firme, aun cuando hubiera actuado de buena fe y a título oneroso.
- d)** Cuando se trate de bienes efectos o ganancias del delito, el tercero será amparado cuando haya actuado de buena fe, a título oneroso y haya procedido a registrar su derecho (siempre que se trate de bienes muebles registrados o inmuebles), debiendo evaluarse su buena fe no sólo desde el aspecto objetivo sino también subjetivo, lo que implicará el análisis de los hechos que dieron lugar a la inscripción. Si el tercero transfiere el bien a un sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha inscrito la demanda de nulidad, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que se ampare dicha demanda. Tampoco será amparado el derecho del tercero adquirente en el supuesto en que se ha inscrito la

medida cautelar de inhibición de disponer o gravar el bien o la incautación del bien. Tratándose de bienes muebles no inscritos, será de aplicación el artículo 948° del Código Civil.

- e) Si se trata de bienes objeto del delito o efectos y ganancias del mismo, si el tercero hubiera actuado de mala fe (conociendo el origen de los bienes), incurrirá en la comisión del delito de lavado de activos o receptación según corresponda.
- f) En caso de bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civilmente responsable (supuesto a), el tercero adquirente en todos los casos se beneficia con la prescripción adquisitiva, aunque hubiera actuado de mala fe. La prescripción no beneficia al agente del delito.
- g) Si se tratara de bienes objeto del delito o de bienes que constituyen efectos o ganancias del delito, y el tercero hubiera actuado de mala fe, no se beneficiará con la prescripción adquisitiva, puesto que sería agente del delito de Lavado de Activos o Receptación, y la prescripción no favorece al referido agente.

2.1.4. **HIPÓTESIS (H-4):**

En la práctica procesal no se viene aplicando medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión anulatoria expedida en el proceso penal, lo que determina la ineficacia de dichas decisiones.

2.1.1.1. **VARIABLES:**

V. INDEPENDIENTES: (X):

- X1.** Nivel de aplicación de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión anulatoria.

V. DEPENDIENTES: (Y):

- Y1.** Grado de ineficacia de las decisiones de los operadores jurídicos respecto a los actos en cuestión.

Como se ha indicado en la primera Hipótesis de Investigación (**H-1**), los valores de las variables de esta Hipótesis se han determinado con las Hipótesis de Trabajo formuladas en el trabajo operacional, los que se han corroborado con las conclusiones a las que se ha arribado en el desarrollo del marco teórico correspondiente al punto **4.1.5.** del subcapítulo *Medidas aplicables en el ejercicio de la pretensión anulatoria en el proceso penal.*

- En este sentido, el valor *variable independiente* *relativa al nivel de aplicación de las medidas cautelares*, con las Hipótesis de Trabajo 10) Décima, de la que se advierte que en ningún caso se ha aplicado las medidas de embargo y e inhibición de enajenar, y sólo en dos casos se ha aplicado la medida de anotación de la demanda; resultado que se corrobora con las conclusiones a las que se arribó en el marco teórico, apartado **4.1.5.**
- A la vez que este resultado negativo, tiene alta incidencia en el nivel de desaprobación e ineficacia de la administración de justicia respecto a la aplicación de mecanismos asegurativos orientados al pago de la reparación civil; el mismo que además se aprecia de las Hipótesis de Trabajo 2), 3), 4), 8), 9) 10) y 12).

----o0o----

De esta manera, quedan debidamente comprobadas metódica y rigurosamente, nuestras HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN, las mismas que fueron formuladas al empezar el presente trabajo como probables respuestas al problema planteado, luego de estudiar la realidad y detectar las inconveniencias e indiferencia de los operadores jurídicos respecto al tema de investigación y a la falta de correspondencia entre lo normado y lo resuelto por dichos operadores, determinada fundamentalmente por el desconocimiento de la institución materia de análisis por parte de éstos y de las propias víctimas de los delitos.

En este sentido, las hipótesis de investigación formuladas, debidamente comprobadas, se convierten en TESIS que describen y explican la acción de nulidad prevista en el artículo 97° del Código Penal y desarrollada procesalmente por el Decreto Legislativo N° 959 y por el artículo 15° del nuevo Código Procesal Pena, así como su funcionalidad en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

----oOo----

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA: Los operadores jurídicos no han comprendido significativamente la naturaleza de la Acción de Nulidad de los Actos Jurídicos de disposición y gravamen de los bienes del condenado y del tercero civil que inciden en el incumplimiento del pago de la reparación civil proveniente del delito, así como el decomiso de bienes, contenida en el artículo 97° del Código Penal, el Decreto Legislativo 959 y el Código Procesal Penal, lo que ha determinado la exigua aplicación de esta institución en la práctica, así como su escasa contribución a la resolución de los problemas patrimoniales generados por la comisión del delito.

SEGUNDA: En la teoría y en la práctica procesal penal no se han esbozado criterios sobre las relaciones e implicancias de la nulidad de actos jurídicos dispuesta en el proceso penal respecto a la jurisdicción civil.

TERCERA: En la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales no se ha comprendido ni precisado la situación jurídica del tercero adquirente frente a la nulidad de los actos jurídicos anotados, lo que ha determinado la existencia de criterios arbitrarios al respecto.

CUARTA: En la práctica procesal no se viene aplicando medidas cautelares para asegurar la eficacia de la decisión anulatoria expedida en el proceso penal, lo que determina la ineficacia de dichas decisiones.

QUINTA: La acción anulatoria contenida en el artículo 97° del Código Penal relativa a la nulidad de actos jurídicos fraudulentos constituye una acción de *nulidad de acto jurídico*; aun cuando dados los elementos configurativos de esta institución, nada impide a que se considere y ejercite como una acción revocatorio o de inoponibilidad cuando lo considere pertinente el titular de la acción, esto es el agraviado por el delito. Tratándose de la nulidad prevista en el Decreto Legislativo N° 959 y art. 15° del Código Procesal Penal, respecto a bienes materia de decomiso, constituye una acción de nulidad, totalmente distinta a la acción revocatoria. Mediante Decreto Legislativo N° 992 se ha regulado el proceso de pérdida de dominio, el que es autónoma, de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y que a su vez se tramita dentro

de un proceso especial, el que entrará en vigencia recién el 20 de noviembre del presente año.

SEXTA: Pueden ser comprendidos en la acción anulatoria en cuestión tanto los actos de disposición o gravamen realizados por el agente del delito así como los realizados por el tercero civilmente responsable, en este último caso sólo en los supuestos referidos a bienes materia de reparación civil.

SÉTIMA: No existe uniformidad de criterio entre los operadores jurídicos respecto a la vía procedimental en que debe ejercitarse la acción anulatoria prevista en el artículo 97° del Código Penal y Decreto Legislativo N° 959, unos afirman que debe ejercitarse en la vía civil y otros en el proceso penal.

OCTAVA: El Decreto Legislativo N° 959 y el artículo 15° del nuevo Código Procesal Penal que establece como la vía procedimental de esta acción en el propio proceso penal, no afecta el derecho de defensa y consecuentemente el debido proceso legal; puesto que da la oportunidad a los justiciables para ejercer todos los medios de defensa y articulaciones que consideren conveniente.

NOVENA: Según lo reglado por las normas antedichas, la acción puede interponerse en la etapa de instrucción o investigación preparatoria así como también en la etapa intermedia, con lo que se da la oportunidad de realizar actuaciones probatorias inclusive en el juicio oral.

DÉCIMA: El ejercicio de la acción anulatoria en el juicio oral o en la etapa de ejecución de sentencia, afecta el derecho de defensa y el debido proceso legal. Consecuentemente, si no se ejercita en la etapa de instrucción o intermedia, debe ejercitarse en la vía civil en el correspondiente proceso de conocimiento.

UNDÉCIMA: Cuando se trate de bienes del agente del delito o del tercero civilmente responsable transferidos o gravados con la finalidad de burlar el pago de la reparación civil, el tercero de buena fe y a título oneroso, adquirirá título firme sobre los bienes, sobre todo si se encuentra en posesión del bien mueble no registrado, o ha inscrito su derecho cuando se trate de bienes inmuebles o muebles registrados.

DUODÉCIMA: Si su adquisición fuera a título gratuito de todas maneras estará obligado a restituir el bien.

DÉCIMA TERCERO: Si se trata de bienes objeto del delito, el tercero no adquiere título firme, por el contrario, si hubiera actuado de mala fe (conociendo el origen de los bienes), incurrirá en la comisión del delito de lavado de activos o receptación, según corresponda.

DÉCIMA CUARTA: Cuando se trate de bienes efectos o ganancias del delito, el tercero será amparado cuando haya actuado de buena fe, a título oneroso y haya procedido a registrar su derecho (siempre que se trate de bienes muebles registrados o inmuebles), debiendo evaluarse su buena fe no sólo desde el aspecto objetivo sino también subjetivo, lo que implicará el análisis de los hechos que dieron lugar a la inscripción. Si el tercero transfiere el bien a un sub adquirente, éste no será amparado si previamente se ha inscrito la demanda de nulidad, dentro del plazo de prescripción de la acción de nulidad y siempre que se ampare dicha demanda. Tampoco será amparado el derecho del tercero adquirente en el supuesto en que se ha inscrito la medida cautelar de inhibición de disponer o gravar el bien o la incautación del bien. Tratándose de bienes muebles no inscritos, será de aplicación el artículo 948° del Código Civil.

DÉCIMA QUINTA: En caso de bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civilmente responsable, el tercero adquirente en todos los casos se beneficia con la prescripción adquisitiva, aunque hubiera actuado de mala fe. La prescripción no beneficia al agente del delito.

DÉCIMA SEXTA: Si se tratara de bienes objeto del delito o de bienes que constituyen efectos o ganancias del delito, y el tercero hubiera actuado de mala fe, no se beneficiará con la prescripción adquisitiva, puesto que sería agente del delito de lavado de activos o receptación, y la prescripción no favorece al referido agente.

RECOMENDACIONES.

PRIMERA.- Se debe implementar programas o cursos de capacitación al interior del Ministerio Público y el Poder Judicial a fin de capacitar a sus miembros, entre otros aspectos en el conocimiento y manejo de la institución materia de análisis. A la vez que las facultades de derecho de las universidades deben implementar entre sus materias de enseñanza, mecanismos orientados a resolver el conflicto creado por el delito, sobre todo el referido al resarcimiento del daño ocasionado. Entre estas medidas se debe tratar el problema materia de la presente investigación.

----o0o----

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Resulta necesario modificar el Decreto Legislativo N° 959 y art. 15° del Código Procesal Penal, a fin de brindar un tratamiento distinto a la nulidad de actos de disposición de instrumentos, efectos o ganancias del delito materia del decomiso, respecto a la nulidad de actos de disposición de bienes con el fin de frustrar el pago de la reparación civil, por tener naturaleza jurídica, finalidades y características distintas. Así como compatibilizar esta norma y las normas sobre decomiso e incautación de bienes con el actual proceso de pérdida de dominio.

-----oOo-----

BIBLIOGRAFÍA

(Sobre la materia de investigación)

- ABUTER CAMPOS, Alejandro: *“La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal”*. Rubinzal y Culsoni, Santa Fe, Argentina, 1985.
- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: *“Serie de Jurisprudencia”*. No. 1, Editora e Imprenta DESA., Lima, 1999.
- ACUÑA ANZORENA, Jorge: *“Estudios sobre la Responsabilidad Civil”*. Ed. Platense, La Plata-Argentina, 1963.
- AGUADO CORREA, Teresa: *“El Comiso”*. Edersa, Madrid, 2000
- AGUIAR, Henoch D.: *Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos daños y acciones*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *“La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALBALADEJO, Manuel: *“Derecho Civil”*. De. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1987.
- ALPA, Guido y Otros: *“Estudios sobre la Responsabilidad Civil”*. Ara Editores, Lima, 2001.
- ALTERINI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M.: *“Temas de Responsabilidad Civil”*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- ALTERINI, Atilio A.: *“Responsabilidad Objetiva derivada de la generación de confianza”*. Rev. Themis No. 27-28, Lima, 1994.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *“El delito de blanqueo de capitales”* Marcial Pons, Madrid 2000.
- ARIAS-SCHEREIBER, Max: *“Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.
- ARIANA DEHO, Eugenia: *“Imperatividad de las normas sobre la prescripción”*. En: Código Civil Comentado. Tomo X, Gaceta Jurídica, Primera edición, 2005.
- ARIANO DEHO, Eugenia: *“Sobre el poder del Juez de declarar de oficio la nulidad ex artículo 220° del Código Civil”*. Gaceta Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia, N° 52, Lima, enero 2003.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge: *“El derecho de propiedad en la Constitución”*. En: Thémis, N.º 30, Lima, 1994.
- BARBERO, Ariel Emilio: *“La Responsabilidad Civil”*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- BARBERO, Doménico: *“Sistema del Derecho Privado”*. Ediciones jurídicas Euro-Amperica, Buenos Aires, Tomo I.
- BERMÚDEZ BERTOLINO y otros: *“La Víctima del Proceso Penal”*. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- BETTL, Emilio: *“Teoría General del Negocio Jurídico”*. Comares, Granada, 2000.
- BIGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLY, Francesco; NATOLI, Ugo: *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. I. En: Normas, Sujeto y Relación Jurídica. Traducción de Fernando Hinestroza, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, 1987.
- BOBBIO, Norberto: *“Teoría General del Derecho”*. Temis, Bogotá, 1992.
- BRAMONT-ARIAS TORRES-GARCÍA CANTIZANO: *“Manual de Derecho Penal-Parte Especial”*. San Marcos, Lima, 1996
- BRECCIA, CIGLIAZZI-GERI y BUSNAELLI: *“Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos”*. Tomo I, Vol. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992.
- BUERES, Alberto J.: *“Derecho Privado”*. Libro Homenaje, Dirigido por Oscar J. Ámela, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- BUERES, Alberto J.: *“El acto ilícito”*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

- BUERES, Alberto J.: “*Responsabilidad Contractual Objetiva*”. Rev. Themis No. 27-28, Lima, 1994.
- BULARD GONZALES, Alfredo: “*La Relación Jurídico Patrimonial*”. Ara Editores, Lima, 1991.
- BULLARD, Alfredo: “*Un Mundo sin Propiedad: Análisis de la Transferencia de la Propiedad Inmueble*”. En Derecho, No. 45, Fondo Editorial de la PUCP, Diciembre 1991.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “*Teoría General de la Responsabilidad Civil*”. Novena Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- CAFFERATA NORES, José. “*Proceso Penal y Derechos Humanos*”. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2000.
- CAFFERATA NORES, José: “*El Querellante en los Delitos de Acción Pública y la Constitución Nacional*”. En: Rev. del Colegio de Abogados de La Plata No. 44. p. 165, La Plata, 1983.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas: “*Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad*”. Rev. Themis No. 21, Lima, 1992.
- CALABRESI, Guido: “*Acerca de la Causalidad y la Responsabilidad Extracontractual: un ensayo de homenaje a Harry Kalven JR*”. Rev. Themis, No. 33, Lima, 1996.
- CALABRESI, Guido: “*La Responsabilidad Extracontractual: El derecho de una Sociedad Mixta*”. Rev. Themis No. 23, Lima, 1992.
- CANELO DÁVILA, Gherman: “*Bases para un estado de la autonomía de la voluntad en el Código Civil de 1984*”. Revista del Foro, julio-diciembre 1989, N° 2, Lima.
- CARNELUTTI, Francesco: “*Instituciones del proceso civil*”. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973.
- CARRARA, FRANCESCO: “*Programa de Derecho Criminal*”. Vol. IV, tomo 6, Temis, Bogotá, 1987.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: “*Hacia un Nuevo Derecho Civil*”. Rev. de D. Privado, Madrid, 1927.
- CASTILLO ALVA, José Luis: “*Las consecuencias Jurídico-Económicas del Delito*”. Idemsa, Lima, 2001.
- CATALÁ COMAS, Chantal: “*Ejecución de condenas de Hacer y no Hacer*”. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.
- CAVANILLAS MUGICA, Santiago: “*La Transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*”. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987.
- CACHÓN CADENAS, Jesús Manuel: “*El Embargo*”. Librería Bosch, Barcelona, 1991.
- CHIOVENDA, Giuseppe: “*La Condena en Costas*”. Valletta Ediciones, Florida, Buenos Aires, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. “*El Patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*”. Dikinson, Madrid, 2001.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA: “*Autos y Vistos. Comentarios Jurisprudenciales*”. Gaceta Jurídica, Lima, 1996.
- COLLAZOS, David Edgar: “*Responsabilidad del estado por su función jurisdiccional*”. En Revista Jurídica del Perú. Año XLIV, N° 61, Abril 1992-Diciembre 1994.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: “*Derecho de Daños*”. Segunda Edición, Bosch, Barcelona, 1999.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido: “*Apropiaciones Indebidas*”. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- CREUS, Carlos: “*La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal*”. Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 1985.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo: “*Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil*”. Civitas, Madrid, 1995.

- DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Civitas, Madrid, 1993.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Universidad de Deusto, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *“La Responsabilidad Civil”*. 2da. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- DE CUPIS, Adriano: *“El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Traducido de la Segunda Edición Italiana por Angel Martínez S.; Bosch, Barcelona 1996.
- DELGADO TOVAR, Walther y ROJAS LEÓN, Ricardo: *“Nulidad de las Transferencias que disminuyen el patrimonio del condenado”*. En Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 136, marzo 2005, pp. 128 y ss.
- DELGADO TOVAR, Walther y HERBOZO MAGUIÑA, Caleb: *“Análisis Dogmático Jurídico del Delito de Receptación”* En Diálogo con la Jurisprudencia. Año 10, Número 70, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2004
- DELLA CROCE, Roberto: *“Reflexiones sobre el Ejercicio de la Acción Civil en Sede Penal”*. En Rev. de Jurisprudencia Argentina. XIV, Sec. Doctoral, Julio-Agosto. p. 22, Buenos Aires, 1963.
- DE LA MATTA BARRANCO, Norberto: *“Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento”*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *“Derecho Civil, Método, Sistema y Categorías Jurídicas”*. Civitas, Madrid, 1988.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *“Sistema de Derecho Civil”*. V. III, Tecnos, Madrid, 2002.
- DIEZ PICAZO, Luis: *“Derecho de Daños”*. Civitas, Madrid, 1999.
- DIEZ PICASO, Luis: *“Fundamentos de Derecho civil Patrimonial”*. Civitas, Madrid, 1996.
- ESER, Albin: *“Temas de Derecho Penal y Procesal Penal”*. Idemsa, Lima, 1998.
- ESER, Albin: *“De los Delitos y de las Víctimas”*. Ad-Hoc Buenos Aires, 1992.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *“Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del Daño Subjetivo”*. En Revista Jurídica del Perú. Año XLIV. No. 61, 1992.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio: *“Código de Procedimiento Penal Italiano”*. Temis, Bogotá, 1991.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio: *“La Extinción del Derecho de Dominio”*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: *“Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual: La división de Sistema y la Previsibilidad”*. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: *“La Buena Fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”*. En Derecho Nº 41, Fondo PUCP, Lima, 1991.
- FLETCHER, George P.: *“Conceptos Básicos de Derecho Penal”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FONT SERRA, Eduardo: *“Reflexiones sobre la Responsabilidad Civil en el Proceso Penal”*. En Rev. de Cataluña No. 4, 1981, p. 939, Barcelona, 1988
- GALGANO, Francesco: *“El Negocio Jurídico”*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALGANO, Francesco: *“Atlas de Derecho privado comparado”*. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Sarver, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomas; DELGADO TOVAR, Walther J; ROJAS LEÓN, Ricardo: *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Tomo I, Jurista editores, Lima, 2007.

- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne: *“Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2007.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier: *“Nulidad de la Transferencia de bienes del agente del delito con fines de frustrar el pago de la reparación civil”*. Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Tomo 156, Lima, noviembre 2006.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“Tercero Civil en el Proceso Penal- Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat”* En Diálogo con la jurisprudencia, Año 12, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006, pp. 47-63.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La Reparación Civil en el Proceso Penal”*. Segunda edición, Idemsa Lima, 2005.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“El Delito de Lavado de Activos”*. Grijley, Lima, 2004.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“Delito de Enriquecimiento Ilícito”*. Idemsa, Lima, 2001.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“El tercero Civil y el Asegurador en el Proceso Penal”*. Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9, Gráfica Horizonte, Lima, 2000.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *“Instituciones del Derecho Civil”*. Rev. de Derecho Privado, 2da. Edición, Madrid, 1979.
- GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: *“Algunos Aspectos Civiles dentro del Proceso Penal”*. Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GHERSI, Carlos A.: *“Cuantificación económica del daño”*. Ed. Astres, Buenos Aires, 1999.
- GHERSI, Carlos A.: *“Derecho y Reparación de Daños”*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *‘Derecho Procesal’*. Tomo II. Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- GOLDEMBERG, Isidro H.: *“Indemnización por daños y perjuicios”*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *“El Proceso Penal en el Estado de Derecho”*. Palestra Editores, Lima, 1999.
- GONZALES DE ZAVALA, Matilde: *“La Responsabilidad del Principal por el Hecho del Dependiente”*. Depalma. Buenos Aires 1980.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004.
- GRACIA MARTÍN y Otros: *“Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Del Carmen: *“Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GUERRERO PERALTA, Oscar: *“Las Víctimas en el Contexto del Derecho Procesal Penal Colombiano”*. En La Reforma del Proceso Penal, Anuario de Derecho Penal 2004, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.
- GUINARTE CABADA, Gumercindo: *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Dirigido por Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HINOSTROZA MINGUES, Alberto: *“El Embargo y otras medidas cautelares”*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.
- HIRSCH, Hans Joachin: *“Acercas de la posición de la Víctima en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal”*. En: De los Delitos y las víctimas. Ad-Hoc Buenos Aires 1992.
- HUERTAS MARTÍN: M. Isabel: *“El Sujeto Pasivo de Proceso Penal Como Objeto de la Prueba”*. Bosch, Barcelona, 1999.
- HURTADO REYES, Martín: *“Apuntes de las medidas cautelares en el proceso civil”*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

- JEREZ DELGADO, Carmen: “*Los Actos Jurídicos Objetivamente Fraudulentos*”. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- JESCHECK , Hans. H.: “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”. T. II, Bosch, Barcelona, 1981.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: “*Las Consecuencias Jurídicas del Delito*”. Tecnos, Cuarta Edición, Madrid, 1996.
- LARENZ, Karl: “*Derecho Civil. Obligaciones*”. T. I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.
- LEÓN BARANDIARÁN, José: “*Curso Elemental de Derecho Civil*”. Gráfica Morsón S.A. Tercera Ed. Lima, 1980.
- LE TOURNEAU, Philippe: “*La responsabilidad civil*”. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2004.
- LINARES, Juan Francisco: “*La prohibición de innovar. Bases para su sistemática*”, en Rev. del Colegio de Abogados , Bs. As., Nov-Dic. 1942.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: “*El Negocio Jurídico*”. Grijley, Lima, 1994.
- LOPEZ MESA, Marcelo J: “*Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales*”. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- MAIER, Julio: “*La Víctima y el Sistema Penal*” en: De los Delitos y de las Víctimas. *Ad-Hoc* Buenos Aires, 1992.
- MAIER, Julio B. J.: “*De los delitos y de las Víctimas*”. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MARTÍNEZ COCO, Elvira: “*La responsabilidad por el hecho de los dependientes (A propósito de la consideración de Faucett S.A. como tercero civilmente responsable en el proceso penal seguido contra Alfredo Zanatti)*”. En Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 4, Lima, Gaceta Jurídica, Enero de 1997.
- MAURACH, GÖSSEL y ZIPF: “*Derecho Penal. Parte General*”. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean: “*Lecciones de Derecho Civil. “La Responsabilidad Civil. Los Cuasi Contratos*” Ediciones Jurídica Euro-América, Buenos Aires, 1960.
- MEINI MÉNDEZ, Iván: “*La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*”. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999.
- MEINI MÉNDEZ, Iván: “*El delito de receptación. La receptación sustitutiva y la receptación en cadena según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema*”. Justicia Viva, Lima, Junio de 2005.
- MENDOZA BUERGO, Blanca: “*El derecho Penal en la Sociedad de Riesgo*”. Civitas, Madrid, 2001.
- MERINO ACUÑA, Roger: “*La acción revocatoria o pauliana. Limeamientos fundamentales*”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 156, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2006.
- MERINO ACUÑA, Roger Arturo: “*Algunos apuntes en torno a la prescripción extintiva y la caducidad*”. En Diálogo con la Jurisprudencia, N° 104, Gaceta Jurídica, Lima , mayo 2007.
- MEZGER, Edmund: “*Derecho Penal Parte Especial*”. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: “*Formas de Reparación*”. En Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello, Editorial Platense, La Plata, 1981.
- MONTERO SOLER, Alberto y TORRES LÓPEZ, Juan: “*La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*”. Comares, Granada, 1998.
- MORALES HERVIAS, Rómulo M.: “*Nulidad e Inoponibilidad del contrato Vs. El principio de la fe pública registral*”. Gaceta Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia, N°. 103, Lima, abril 2007.

- MORALES HERVIAS, Rómulo M.: *“Legitimidad para contratar. La protección de la sociedad de gananciales Vs. La publicidad registral”*. Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, N°. 159, Lima, febrero 2007.
- MORALES HERVIAS, Rómulo M.: *“Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez o de ineficacia”*. Gaceta Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia, N°. 100, Lima, enero 2007.
- MORALES HERVIAS, Rómulo M.: *“Persona jurídica como tercero civilmente responsable”*. Gaceta Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia, N° 96, Lima, setiembre 2006.
- MORALES HERVIAS, Rómulo M.: *“Contrato Inválido”*. En Revista DERECHO PUC, Revista De la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 58, Fondo Editorial, Lima, 2006.
- MORALES HERVIAS, Rómulo M.: *“Estudios sobre teoría general del negocio jurídico”*. Ara Editores, Lima, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: *“Responsabilidad por Daños”*. Ediar, Buenos Aires, 1971.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: *“Contratos simulados y fraudulentos”*. Tomos I y II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, sin año de edición.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *“Derecho Penal- Parte Especial”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN: *“Derecho Penal”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NINO, Carlos Santiago: *“Introducción al Análisis del Derecho”*. Ariel, 8va. Edición, Barcelona, 1987.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: *“Transmisiones de Bienes Fraudulentas”*. Colex, Madrid, 1998.
- ORTIZ DE NORIEGA, Juan y Otros: *“Código Penal Alemán y Código Procesal Penal Alemán”*. Marcial Pons, Madrid, 2001
- OSTERLING PARODI, Felipe: *“Indemnización de Daños y Perjuicios”*. En Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco, Lima, 1985.
- PABLO CAMARGO, Pedro: *“La Acción de Extinción de Dominio”*. Leyer, Bogotá.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: *“La Nulidad del Negocio Jurídico”*. Jurista Editores, Lima, 2002.
- PALMERO, Juan Carlos: *“El Daño Involuntario, Indemnización de Equidad”*. Astrea, Buenos Aires, 1973.
- PEIRANO FACIO, Jorge: *“Responsabilidad Extracontractual”*. Temis, Tercera Edición, Bogotá, 1981.
- PEÑA CABRERA: *“Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”*, Tomo II-A, Delitos Contra el Patrimonio”. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.
- PEÑA CABRERA: *“Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la parte general”*. Grijley, Lima, 1999.
- PEÑA GONZALES, Carlos: *“Sobre los Dilemas Económicos y Éticos de un Sistema de Responsabilidad Civil”*. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel: *“Derechos Reales. Derecho Hipotecario”*. Tercera Edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999, Tomo II.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *“Reparación y conciliación en el Sistema Penal”*. Comares, Granada, 1999.
- PLAZAS VEGA, Alfonso y otros: *“La Ley de Extinción de Dominio”*. Carrera 7ª, Bogotá, 2004
- PONZANELLI, Giulio: *“Regole de Responsabilità Oggettiva e Rimedi disponibili a favore del Soggetto Danneggiato”*. En: Derecho Civil Patrimonial, Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.
- POVEDA PERDOMO, Alberto: *“La Ley de Extinción del Derecho de Dominio y su Jurisprudencia”*. Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2004.

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *“Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú”*. Gaceta Jurídica Lima, 2000.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *“El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú”*, Idemsa, Lima, 1994.
- PRATS CANUT, Miguel: *“Comentarios al Nuevo Código Penal”*. Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MUGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA Emilio: *“La Responsabilidad Civil Ex delicto”*. Aranzadi, Navarra, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo en Gonzalo Quintero (dir.) *“Comentarios al Nuevo Código Penal”*. Tomo II, Aranzadi.
- RAMOS MENDEZ. *“La tutela de la víctima en el proceso penal”*. En Justicia , 1995, III.
- RAMÍREZ, Jorge Orlando: *“Indemnización de daños y Perjuicio”*. Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- REIMUNDÍN, Ricardo: *“Prohibición de Innovar como medida cautelar”*. Astrea. Buenos Aires, 1979.
- RENERÍA AROCENA, Alfonso: *“El Negocio Jurídico. La ineficacia del contrato”*. En: Instituciones del Derecho Privado, Civitas, Navarra, 2005.
- RIBÓ DURAN, Luis: *“Derecho de Daño”*. Bosch, Barcelona, 1992
- ROCA, Encarna; *“Derecho de Daños”*. Tercera Edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODOTA, Stefano: *“La dimensioe patrimoniale del corpo umano”*. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.
- ROXIN, Claus: *“La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena”* en: De los Delitos y de las Víctimas. Ad-Hoc Buenos Aires, 1992.
- RUBIO CORREA, Marcial: *“Prescripción y Caducidad. Extinción de los Derechos en el Código Civil”*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1988.
- RUIZ SIERRAMALERA, Ricardo: *“El negocio jurídico”*. Universidad Complutense de Madrid, 1980.
- RUIZ VADILLO: *“La responsabilidad civil derivada del delito: Daño, Lucro, Perjuicio y valoración del daño corporal”*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- SAN MARTIN CASTRO, César: *“Derecho Procesal Penal”*. Grijley, Lima, 1999.
- SCOGNAMIGLIO, Renato: *“Teoría General del Contrato”*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: *“Sobre la Relevancia Jurídico – Penal de la realización de actos de ‘reparación’”*. En: Estudios de Derecho Penal. Grijley, Lima, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“Política Criminal y Persona”*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“Delitos contra la salud pública. Tráfico de drogas. La receptación específica”* en Comentarios a la legislación penal, tomo XII.
- SOLÉ RIERA, Jaume: *“La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal”*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- SOLER, Sebastián: *“Derecho penal argentino”*, T. II, Tea, Buenos Aires, 1978.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *“Es la Antijuricidad un elemento fundamental de la Responsabilidad Civil Extracontractual”*. Rev. Advocatus, Lima, 1994.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *“Elementos de la Responsabilidad Civil”*. Grijley, Lima, 2001.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *“Acto Jurídico, Negocio Jurídico y contrato”*. Grijley, Lima, 2002.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *“Nulidad del Acto Jurídico”*. Grijley, Lima, 2002.

- TAMARIT ZUMALLA : “*La Víctima en el Derecho Penal*”. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier: “*La Indemnización de Perjuicios en el Proceso Penal*”. Ed., Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1993.
- TRAZEGNIES GRANDA, F.: “*La Responsabilidad Extracontractual*”. Fondo Ed. PUCP, Lima, 1988.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario: “*Acción Reivindicatoria, Titularidad Dominical y Prueba*”. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
- VASSALLO SAMBUCETTI, Efraín: “*La Acción Civil en el Proceso Penal*”. San Marcos Lima, 2000.
- VELIZ, Ana: “*Los fujimoristas ocultan sus bienes*”. Diario la República, Lima, 8 de octubre del 2006.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando: “*El Acto Jurídico*”. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando: “*El Orden Público y la nulidad del acto jurídico*”. Revista del Foro, julio-diciembre 1989, N° 2, Lima.
- VILLA PADILLA, Renato y CASTILLO RODRÍGUEZ, Lucio: “*La nulidad de transferencias en el nuevo Código Procesal Penal. Protección de los derechos de la víctima o afectación de los derechos del procesado*”. En : Revista del Nuevo Código Procesal Penal, Librería y Ediciones Jurídicas EIRL, Lima, 2004.
- VILLA STEIN, Javier: “*Derecho Penal. Parte General*”. Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- VISINTINI, Giovanna : “*Responsabilidad Contractual y Extracontractual*”. Ara Editores, Lima, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio: “*Tratado de Derecho Penal*”. Ediar, Buenos Aires, 1980.
- ZANNONI, Eduardo A.: “*Época de Determinación del Daño*”. Editorial Platense, La Plata, 1991.
- ZANNONI, Eduardo A. : “*Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*”. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- ZANNONI, Eduardo A. : “*El Daño en la responsabilidad civil*”. Astrea, Buenos Aires, 1993.
- ZAVALA DE GONZALES, Matilde: “*Responsabilidad por riesgo*”. Segunda Ed. Buenos Aires, 1997.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: “*La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*”. Aranzadi, Pamplona, España, 1995.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: “*La responsabilidad civil de la persona jurídica por delito. A propósito de la sentencia del caso Crousilla*” En Diálogo con la Jurisprudencia, Año 12, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006.
- ZUSMAN TINMAN, Shoschana: “*Teoría de la Invalidez y la Ineficacia*”. En Ius et Veritas. Año V. No. 07, PUCP, Nov. 1993.

----o0o----

B I B L I O G R A F Í A **(Sobre la metodología de investigación)**

- ADOMEIT, Klaus: “*Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica Normativa, Teoría del Método, Politología Jurídica*”. Civitas, Madrid, 1984.
- AFANASIEV, V. G.: “*Fundamentos de los Conocimientos Filosóficos*”. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: *“Introducción a la Metodología de las ciencias Jurídicas y Sociales”*. Astrea, Buenos Aires, 1998.
- ALEXI, Robert: *“El Concepto y la Validez del Derecho y otros Ensayos”*. Gidesa, Barcelona, 1997.
- ALEXI, Robert: *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ANDRUET, Armando S.: *“Razonamiento y Argumentación”*. Alveroni, Córdoba, 1993.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos: *“Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica”*. Porrúa, México, 1999.
- ATIENZA, Manuel: *“Sobre la Analogía en el Derecho. Ensayo de Análisis de un Razonamiento Jurídico”*. Civitas, Madrid, 1986.
- AVILA, ACOSTA, Roberto.B.: *“Estadística Elemental”*. Estudios y Ediciones R.A., Lima, 2000.
- BADANES GASSET, Ramón: *“Metodología del Derecho”*. Bosch, Barcelona, 2000.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio: *“El Jurista y el Simulador del Derecho”*. Novena Edición, Porrúa, México, 1999.
- CALVO GARCÍA, Manuel: *“Los Fundamentos del Método Jurídico: Una Revisión Crítica”*. Tecnos, Madrid, 1994.
- CALSAMIGLIA, Albert: *“Introducción a la Ciencia del Derecho”* Ariel, Barcelona, 1986.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: *“El sistema en la Jurisprudencia”*. Traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- CANO BUENO, Juan: *“Procedimiento Legislativo y Análisis de Adecuación de las Normas a la Realidad”*. En: Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1995
- CARNELUTTI, Francesco: *“Metodología del Derecho”*. Vallett Ediciones, Buenos Aires, 1990.
- CARNELUTTI, Francesco: *“Cómo nace el Derecho”*. Temis, Bogotá, 1998.
- CARPINTERO, Francisco: *“Derecho y Ontología Jurídica”*. Actas, Madrid, 1993.
- CARRILLO, Francisco: *“Cómo hacer la Tesis y el Trabajo de Investigación Universitario”*. Editorial, Horizonte, Lima, 1995.
- CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan: *“Métodos de Investigación”*. Mc Graw Hill, Méxco, 1996.
- CERRONI, Umberto: *“Metodología y ciencia del Derecho”*. Editorial Martínez Roca, Barcelona, 1971.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas: *“Derecho y Economía”*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- COPI, Irveng M. *“Introducción a la Lógica”*. Eudeba, Buenos Aires, 1964.
- CRISÓLOGO ARCE, Aurelio: *“Concepto, Método y Modelos de la Investigación Científica”*. Abedul, 3ra. Edición, Lima, 1994.
- DE ASÍS ROIG, Rafael: *“Sobre el Razonamiento Judicial”*. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *“Derecho Civil, Método, Sistema y Categorías Jurídicas”*. Civitas, Madrid, 1988.
- DE LOS MOZOS, José Luis: *“Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno”*. Edersa, Jaén – España, 1997.
- DE PRAGA GARCÍA, Aurelio: *“De Juristas y Ciudadanos: Teoría y Práctica en la Aplicación del Derecho”*. En: Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho, Colex, Madrid, 1999.
- DUCCIO CLARO, Carlos: *“Interpretación Jurídica”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- DURKHEIM, Émile: *“Las Reglas del Método Sociológico”*. Editorial Orbis, Buenos Aires, 1986.
- DUVERGER, Maurice: *“Métodos de las Ciencias Sociales”*. Ariel, Barcelona, 1975.
- ECO, Humberto: *“Semiótica y Filosofía del Lenguaje”*. 2da. Edición, Editorial Lumen, Barcelona, 1994.

- ECO, Humberto: *“Los Límites de la Interpretación”*. Editorial Lumen, Barcelona, 1992.
- FALCÓN Y TELLA, María José: *“La Interpretación Lógica y sistemática de la Ley”*. En *Teoría y Práctica de la Aplicación e Interpretación del Derecho*, Colex, Madrid, 1999.
- FEYERABEND, Paul K.: *“Contra el Método”*. Editorial Orbis, Buenos Aires, 1984.
- FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto: *“Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas”*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1995.
- FIX ZAMUDIO, Héctor: *“Metodología, Docencia e Investigación Jurídica”*. Editorial Porrúa, México, 1997.
- FRANK, Jerone: *“Derecho e Incertidumbre”*. Segunda Ed. Fontamara, México, 1993.
- FROSINI, Vittorio: *“Teoría de la Interpretación Jurídica”*. Temis, Bogotá, 1991.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás A. *“Las Fiscalías Especializadas en delitos de: Estafa y Defraudación, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, Contra la Función Jurisdiccional y Contra la Fe Pública y su influencia en la persecución de los delitos y en la Administración de Justicia”*. Tesina para el primer PROFA de la Academia Nacional de la Magistratura. Lima, 2000.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás A. *“El Resarcimiento del Daño en el Proceso Penal”*. Tesis para optar el Grado de Magister en Ciencias Penales, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás A. *“Responsabilidad Extracontractual y Delito”*. Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006.
- GHIRARDI A. Olsen: *“La Naturaleza del Razonamiento Judicial”*. Alveroni, Córdoba, Argentina, 1993.
- GIRALDO ANGEL, Jaime: *“Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”*. Temis, Bogotá, 1980.
- GONZALES GALVÁN, Jorge: *“El Protocolo de Investigación Jurídica”*. En Boletín II J-UNAM 90, México, 1997.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *“Metodología de la Ciencia del Derecho”*. Segunda Edición, Madrid, 1971.
- HERNÁNDEZ, María: *“El Protocolo como Instrumento de Formalización del Trabajo de Investigación”*. En Boletín, IJ-UNAM 90, México, 1997.
- KELLER, Albert: *“Teoría General del Conocimiento”*. Editorial Herder, Barcelona, 1988.
- LARENZ, Karl: *“Metodología de la Ciencia del Derecho”*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. Edición, Ariel, Barcelona, 1980.
- LOPEZ I CASANOVAS, Gillem: *“La Eficiencia de las Norma: El Análisis Coste-Beneficio como Instrumento Metodológico”*. En *Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1995.
- LÓPEZ MORENO, Angeles: *“La Idea de Mezcla Adecuada en el Proceso de Aplicación e Interpretación de la Ley”*. En: *Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho*. Colex, Madrid, 1999.
- LLEONART Y ANSELEM, A.J.: *“Métodos”*. En: *La Tesis Universitaria en Derecho*. Editorial San Marcos, Lima, 1981.
- MANS PUIGARNAU, Jaima M.: *“Lógica para Juristas”*. Bosch, Barcelona, 1978.
- MORESO, José Juan: *“Ciencia Jurídica y Dualismo Metodológico”*. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990.
- NINO, Carlos Santiago: *“Introducción al Análisis del Derecho”*. Ariel, 8va.Edición, Barcelona, 1987.
- PARDINAS, Felipe: *“Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales”*, Siglo XX Editores, México, 1979.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo: *“Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”*. Temis, Bogotá, 1999.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis: *“Metodología del Derecho”*. Porrúa, México, 1996.
- POPPER, Karl R.: *“La Lógica de la Investigación Científica”*. Tecnos, Madrid, 1994.

- PORTOCARRERO, Felipe: *“Cómo Hacer un Trabajo de Investigación”*. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 1990.
- QUIROZ SALAZAR, William: *“La Investigación Jurídica”*. Imsergraf, Lima., 1998.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *“Cómo Hacer una Tesis en Derecho y no envejecer en el Intento”*. Gaceta Jurídica. Lima, 1999.
- ROCCO, Arturo: *“El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal”*. Temis, Bogotá, 1999.
- ROJAS SORIANO: *“El Proceso de la Investigación Científica”*. Trillas, Cuarta Edición, México, 1998.
- SÁNCHEZ CARLESSI, Hugo; REYES MEZA, Carlos: *“Metodología y Diseño de la Investigación Científica”*. Editorial Mantaro, 2da. Ed., Lima, 1998.
- SAVIGNY, Friedrich Karl: *“Metodología Jurídica”*. Traducción de J. J. Santa-Pinter, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- SCHROTH, ULRICH: *“Hermenéutica Filosófica y Jurídica”*. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid, 1992.
- SERRANO, José Luis: *“VALIDEZ Y VIGENCIA. La Aportación Garantista a la Teoría de la Norma Jurídica”*. Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- SIERRA BRAVO, R.: *“Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica”*. Paraninfo, Cuarta Edición, Madrid, 1996.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro: *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*. Princeliness, Lima, 1991.
- SUBIRATS, Joan: *“El Análisis Empírico de los Efectos de la Legislación”*. En: Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1995.
- TABORGA, Huáscar: *“Cómo Hacer Una Tesis”*. Editorial Grijalvo, México, 1982.
- TAFUR PORTILLA, Raúl: *“La Tesis Universitaria”*. Primera Edición, Mantaro, Lima, 1994.
- TORRES BARDALES, C.: *“Metodología de la Investigación Científica”*. Editorial San Marcos 4ta. Edición, Lima, 1998.
- TORRES LÓPEZ, Juan: *“Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal”*. Tecnos, Madrid, 1987.
- TORRES RUIZ, José Ramón: *“Seguridad, Certeza e Informática Jurídica”*. En: Estudios en Homenaje al Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Murcia, 1992.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: *“Introducción al Derecho”*. Palestra, Editores, Lima, 1999.
- WESTON, Anthony: *“Las Claves de la Argumentación”*. Traducción de Jorge F. Malem Seña, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.
- WILHELM, Walter: *“La Metodología Jurídica del Siglo XIX”*. Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1980.
- WITKER V., Jorge: *“Metodología de la Enseñanza del Derecho”*. Temis, Bogotá, 1987.
- WITKER V., Jorge: *“La Investigación Jurídica”*. Mc Graw-Hill, México, 1995.
- WITKER V., Jorge; LARIOS, Rogelio: *“Metodología Jurídica”* McGraw -Hill, México, 1997.
- ZAVALA, Abel Andrés: *“Metodología de la Investigación Científica”*. Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- ZELAYARÁN DURAND, Mauro: *“Metodología de Investigación Jurídica”*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997.
- ZUBIZARRETA, Armando F.: *“La Aventura del Trabajo Intelectual. Cómo Estudiar e Investigar”*. Segunda Edición, Fondo Educativo Interamericano, México, 1986.

ANEXOS

1. PRONUNCIAMIENTOS DEL PODER JUDICIAL

SS. *PACHAS AVALOS*
ENRIQUEZ COLFER
HERRERA CASSINA

Exp. N° 330497 "A"

RESOLUCION N° 523

Lima, once de abril

Del año dos mil dos.-

AUTOS Y VISTOS: oído el informe oral, interviniendo como Vocal Ponente el Doctor ENRIQUEZ COLFER y de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas trescientos sesentisiete del presente cuaderno, y **ATENDIENDO:** Que, el recurrente Banco Central de Reserva del Perú apela el Auto que declaró Improcedente la solicitud de nulidad de la adquisición por terceros referente a los bienes de propiedad del condenado Leonel Salomón Figueroa Ramírez, y estando a que conforme es de verse de autos en la ficha literal que obra a fojas trescientos treintauno a trescientos cuarenta el procesado Leonel Salomón Figueroa Ramírez y su cónyuge transfieren el inmueble signado con los números ciento quince puerta principal y ciento diecisiete puerta de servicio, con frente a la Calle Raúl Cohen, de la Urbanización Proyecto Vista Alegre, del Distrito de Santiago de Surco, de la Provincia y Departamento de Lima a favor de la sociedad conyugal conformada por Ramiro Octavio Figueroa Ramírez y Ana María Solano Bozzo según Escritura Pública de fecha diez de setiembre de mil novecientos noventauno conforme se aprecia del asiento dieciséis de la referida copia literal; así mismo a fojas trescientos cuarentidós a trescientos cuarenticuatro obra la copia literal de la ficha cuatrocientos once mil quinientos uno en la que se encuentra inscrito el Departamento número ochocientos uno del octavo piso con acceso por la Calle Baltazar la Torre número ciento cuarenta del Distrito de San Isidro de la Provincia y Departamento de Lima, donde se verifica la transferencia de este inmueble a favor de la sociedad conyugal formada por Benjamín Moisés Rey Tordoya y su esposa Hilda Inés Sun Han Romero según escritura pública de fecha diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y siete; ambos hechos posteriores a la comisión del evento delictivo instruido con fecha seis de setiembre de mil novecientos noventauno; que si bien esta conducta se encontraría inmersa dentro de los presupuestos establecidos en el numeral noventa y siete del Código Penal, la causal de nulidad invocada es un derecho que conforme se colige del artículo doscientos diecinueve inciso séptimo del Código Civil debe hacerse valer en vía de acción ante la instancia judicial competente, así mismo conforme es de verse en la sentencia que obra a fojas trescientos cuatro a fojas trescientos veinte, la esposa y co-propietaria de los bienes del sentenciado Figueroa Ramírez, Doña Gladys Margarita Kcomt Che de Figueroa fue absuelta en la presente causa; en consecuencia: **CONFIRMARON:** la resolución de fojas trescientos cuarentinueve a trescientos cincuentauno del presente cuaderno de fecha primero de agosto del dos mil uno que resuelve declarar **IMPROCEDENTE** la petición incoada respecto a la nulidad de la adquisición por terceros a los bienes de propiedad del condenado Leonel Salomón Figueroa Ramírez, con lo demás que contiene notificándose y lo devolvieron.-

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1451-03
LIMA**

Lima, diecinueve de junio
Del año dos mil tres .-

VISTOS; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo, y **CONSIDERANDO:** Que, la parte civil interpone recurso de nulidad concedido en vía queja, contra la resolución de fecha once de abril del año dos mil dos, que confirma la apelada, por la cual se declaró improcedente la petición de nulidad de la adquisición por terceros, de los bienes de propiedad del sentenciado Leonel Salomón Figueroa Ramírez; Que, según lo previsto en el artículo doscientos diecinueve, inciso séptimo del Código Civil, el acto jurídico es nulo “cuando la ley lo declare nulo”; norma que guarda relación con lo dispuesto en el artículo noventa y siete del Código Penal, que faculta a los Jueces Penales a declarar nulo los actos jurídicos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de aquellos actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros; Que, en el presente caso, el citado sentenciado con el fin de quedarse insolvente y no responder por el pago de la reparación civil, transfirió dos de sus inmuebles con fecha posterior, a la apertura instrucción, con la agravante, que uno de los inmuebles vendidos, ha sido adquirido por Ramiro Octavio Figueroa Ramírez, hermano del sentenciado, por lo que, se debe proceder con arreglo a lo dispuesto en el artículo noventa y siete del Código Penal; Que, siendo esto así, de conformidad con el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales en concordancia con el artículo noventisiete del Código Penal; Por Mayoría declararon: **HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fecha once de abril del dos mil dos, que confirmando la apelada de fojas diez mil ochocientos cincuenta y cuatro al diez mil ochocientos cincuenta y seis que declaró improcedente la petición de nulidad de adquisición de dos inmuebles del sentenciado y **reformándola** revocaron la apelada de fojas diez mil ochocientos cincuenta y cuatro al diez mil ochocientos cincuenta y seis, declararon **procedente** la solicitud del Banco Central de Reserva, debiendo anularse la adquisición de dichos inmuebles ubicados en la Calle Raúl Cohen número ciento quince a ciento diecisiete de la Urbanización Proyecto Vista Alegre del Distrito de Surco y el inmueble ubicado en la Calle Baltazar La Torre número ciento cincuenta departamento ochocientos uno – San Isidro – Lima; y los devolvieron, interviniendo el Señor Balcazar Zelada por impedimento del Señor Valdez Roca..

S.S.

GONZÁLES CAMPOS
ALARCÓN MENÉNDEZ
VEGA VEGA
SAAVEDRA PARRA

El voto en discordia del Doctor José María Balcazar Zelada Vocal Supremo es como sigue:

VISTOS; con lo expuesto en el Dictamen del Ministerio Público; y **CONSIDERANDO:** Que, si bien se ha declarado fundado el recurso de Queja, también lo es que, revisados los autos aparece que éstos se encuentran en ejecución de sentencia la misma que tiene la calidad de cosa juzgada; que en tal orden de ideas, el Juez de Ejecución, en primer lugar, no está facultado para resolver una petición sobre nulidad de actos jurídicos donde intervienen terceros, y en segundo lugar, porque, el artículo noventa y siete del Código Penal sólo establece una sanción de nulidad, si se llega a determinar actos fraudulentos, obviamente, “sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”; que, si se imputa connivencia o mala fe, entre los sentenciados y terceros, tiene que ser demandada por acción revocatoria en la vía civil y no en la penal, máxime si como dejamos anotado la causa ya ha concluido por sentencia firme –cosa juzgada-; que, a lo resuelto por el Juzgado de fojas mil ochocientos cincuenta y cuatro y su confirmatoria de fojas once mil doscientos noventa y siete, sólo queda por agregar que, debe dejarse a salvo el derecho de la parte civil para que formule su demanda de nulidad de acto jurídico y del documento que lo contiene –incluido el asiento registral- en la vía civil conforme a ley. Por tales consideraciones, mi **Voto** es porque se declare **No Haber Nulidad** en la resolución recaída de fojas once mil doscientos noventa y siete, que confirma la apelada de fojas diez mil ochocientos cincuenta y cuatro, que declara improcedente la petición de nulidad de la adquisición por terceros de los bienes de propiedad del sentenciado Leonel Salomón Figueroa Ramírez.

**VOCALÍA SUPREMA DE INSTRUCCIÓN
SALA PENAL PERMANENTE**

Exp. 34-03

Lima, Catorce de Junio de dos mil seis.-

VISTA: La nulidad de transferencia deducida por el señor Procurador Público Ad Hoc Antonio Jorge Maldonado Paredes de fojas ochenta y seis; y, CONSIDERANDO que: Primero: El señor Procurador Público Ad Hoc, deduce la nulidad de la escritura pública y de su aclaratoria, de fechas tres y catorce de mayo de dos mil uno, otorgadas ante el Notario de Lima Alberto Flores Barrón; asimismo, solicita la nulidad del acto jurídico que contienen y cancelación de la inscripción registral de la compraventa de la parcela número seis del fundo denominado “Molino Hospital”, ubicado en la provincia de Huaraz-Lima que celebrara el sentenciado Carlos Boloña Behr y su cónyuge Luisa Sylvia Acuña Koetzle de Boloña a favor de la Empresa “Industria Quesera Atahualpa” Sociedad Anónima. **Segundo:** Dicho pedido, se fundamenta en que a) La Transferencia se realizó con el evidente propósito de disminuir el patrimonio del condenado con fecha posterior a la comisión del hecho punible, a efecto de hacerlo insuficiente para el pago de la reparación civil. b) Al realizarse la transferencia el sentenciado era apoderado de la citada empresa y llegó a ser Presidente del Directorio tal como figura en los asientos registrales números (...), por lo que la vinculación entre la empresa y el sentenciado y las fechas de los actos de disposición, determinan que respecto del acto jurídico cuestionado no puede alegarse “buena fe” por parte de los contratantes. c) El acto jurídico cuestionado es nulo de pleno derecho, siendo evidente que fue hecho con el fin de ocultar patrimonio en la eventualidad de un pago por reparación civil. **Tercero:** Ampara su pedido en los dispuesto en el artículo noventa y siete del Código Penal y el artículo ciento ochenta y ocho “A” inciso dos, parágrafo “F” del Código de Procedimientos Penales. **Cuarto:** La defensa del sentenciado Boloña Behr, señala que la pretensión civil del Estado debe ser declarada improcedente porque la misma ha prescrito, esto por que en el presente caso ya se emitió sentencia tanto en primera como en segunda instancia –veintiocho de enero y diecisiete de junio de dos mil cinco-; que, si bien el actor civil pretende acogerse al apartado “F” del inciso dos del artículo ciento ochenta y ocho “A” del Código de Procedimientos Penales, de la copia del asiento (...), consta la inscripción del dominio de la parcela (...) del fundo Molino a favor de Industria Quesera Atahualpa Sociedad Anónima, por lo que dicha transferencia no fue un acto secreto, oculto o desconocido para la Procuraduría Pública Ad Hoc que “descubrió” luego de la etapa de instrucción; además, que con dicho documento se demuestra que tal inscripción fue realizada el cuatro de junio de dos mil uno, esto es, antes que se formule denuncia y se inicie proceso penal el trece y veintisiete de octubre de dos mil tres, respectivamente. Asimismo, el artículo dos mil doce del Código Civil señala que se presume, sin admitir prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones registrales, en consecuencia el Procurador Público Ad Hoc no puede alegar que la transferencia era un acto oculto y por tanto no puede invocar el señalado apartado “F” del inciso dos del Artículo ciento ochenta y ocho “A” del Código de Procedimientos Penales. **Quinto:** Asimismo, el tercero adquirente señala que en la tramitación celebrada no ha existido mala fe –que a su juicio, no ha sido acreditada por la parte civil-, o intención de perjudicar a alguna persona y menos al Estado, ya que la adquisición ha sido pública, sin que se oculte que los integrantes de la sociedad conyugal vendedora se encontraban vinculados a la empresa, además, que los actos jurídicos que se celebraron son anteriores al inicio del proceso penal en ejecución y la Procuraduría Pública Ad Hoc como el Ministerio Público conociendo perfectamente de la transferencia cuya nulidad se demanda, conocimiento que se presume en base al principio de publicidad de los actos que se inscriben en Registros Públicos; que por otro lado, la legislación civil establece que la ineficacia de un acto jurídico oneroso se tramita en vía de proceso de conocimiento, jamás en vía sumaria, pues ello constituye una restricción al derecho de defensa que le asiste a todo justiciable, pues se está recortando injustificadamente el plazo que le asiste para defenderse de

los hechos que se invocan en su contra. **Sexto:** Como se aprecia de autos, la transferencia de la parcela (...), por parte del sentenciado Boloña Behr y su cónyuge a favor de la Empresa “Industria Quesera Atahuallpa” Sociedad Anónima, se realizó el tres de mayo del año dos mil uno y fue aclarada el catorce de mayo del mismo año, inscribiéndose en los Registros Públicos de Lima y Callao el treinta y uno de mayo de dos mil uno (...), generándose con esto último la presunción de conocimiento registral –principio de publicidad material, dispuesto en el artículo dos mil doce del Código Civil, con lo que se determina que la parte civil tenía conocimiento de la inscripción registral efectuada por la compradora “Industria Quesera Atahuallpa”, siendo inocuo alegar desconocimiento de tal transferencia; que por otro lado, se advierte que se denunció penalmente al sentenciado el trece de octubre de dos mil tres y se le abrió instrucción el veintisiete de octubre de dos mil tres, dictándose sentencia condenatoria el veintiocho de enero de dos mil cinco, sin que en el transcurso de la instrucción la parte civil solicitara la nulidad de la transferencia ahora invocada, advirtiéndose en consecuencia, que la solicitud de la parte civil no fue formulada en su oportunidad ya que esta debió ser pedida en la aludida etapa de instrucción para ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, tal como lo señala el apartado “f” del inciso dos del artículo ciento ochenta y ocho “A” del Código de Procedimientos Penales, no siendo por tanto procedente declarar la nulidad de transferencias cuando esta ha sido requerida en forma extemporánea. **Septimo:** Por otro lado, si bien la parte civil invoca el apartado “f” del inciso dos del artículo ciento ochenta y ocho “A” del Código de Procedimientos Penales, que faculta la nulidad en ejecución de sentencia, es de tener en cuenta que dicha disposición contiene un requisito previo, esto es, se descubra una transferencia luego de culminada la etapa de instrucción, situación que evidentemente no se da en el caso de autos, careciendo por tanto tal fundamento del elemento fáctico necesario para pretender la nulidad tantas veces aludida. **Octavo:** La normatividad penal vigente, que regla el procedimiento de nulidad de transferencias, y que se tiene en las concordancias de los artículos noventa y siete del Código Penal y ciento ochenta y ocho “A” del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, es clara al señalar que es procedente instar la nulidad de un acto jurídico que hubiera sido realizado ilegalmente con el propósito de disminuir el patrimonio del condenado; así también, la última norma, regla el procedimiento a seguir dentro de la instancia penal, el mismo que no vulnera el debido proceso ya que todas las partes intervinientes en el caso tienen facultades para ofrecer la prueba que consideren conveniente, pueden intervenir en el procedimiento y cuestionar lo que consideren pertinente formulando alegatos escritos y orales, lo que permite deducir que el Juez Penal puede resolver la nulidad solicitada sin que esto signifique transgresión de las garantías jurídicas de las partes siempre y cuando el pedido haya sido hecho con las formalidades y dentro del plazo establecido por ley, lo que no se da en el presente proceso, por lo que en todo caso, el asunto debe ventilarse en una vía distinta a la penal. Por lo que, esta Vocalía Suprema de Instrucción declara **IMPROCEDENTE** por extemporáneo, el pedido de nulidad de transferencia planteado por Antonio Jorge Luis Maldonado Paredes, Procurador Público Ad Hoc, de la compra venta de la parcela número seis del fundo denominado “Molino Hospital”, que celebrara el sentenciado Carlos Alberto Boloña Behr y su cónyuge Luisa Sylvia Acuña Koetzle de Boloña a favor de la Empresa “Industria Quesera Atahuallpa” Sociedad Anónima, dejando a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente.- Fdo. José Luis Lecaros Cornejo.- Vocal Supremo Instructor.-Fdo. Salazar Casas.- Secretaria.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA PENAL ESPECIAL**

D.D. DR. BARANDIARÁN DEMPWOLF EXP. N.º. 011 - 2001
(*Juzgamiento Reservado - Reo Contumaz*)

SENTENCIA

Lima, ocho de agosto del año dos mil seis.-

VISTA: En Audiencia Pública, el proceso Penal RESERVADO, seguido contra **JOSE ENRIQUE CROUSILLAT LOPEZ TORRES**, identificado con Documento Nacional de Identidad número cero seis millones trescientos setentidós mil doscientos veintiocho, de setentitrés años de edad, de nacionalidad peruana, natural de Pimentel, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque, nacido el tres de diciembre de mil novecientos treintidós, hijo de don José Alejandro y de doña Graciela, de estado civil divorciado, con hijos, de religión católica, con instrucción Superior, de ocupación empresario, sin domicilio habitual en la ciudad de Lima, apareciendo registrada ante el RENIEC, la dirección de Malecón de la Reserva número ciento noventicinco, departamento quinientos uno, distrito de Miraflores, como **CÓMPLICE PRIMARIO** del delito contra la Administración Pública - Peculado *por apropiación*, en agravio del Estado.

(...)

G. Sobre la Nulidad de Transferencia de acciones

103. De igual modo aparece corriendo adjunto a la presente causa el cuaderno incidental dieciocho - dos mil uno - "El", en el cual se declaró improcedente la nulidad de transferencia de acciones realizada por el acusado José Enrique Crousillat López Torres a favor de sus hijas: María Soledad, Karen Marie, Malú Marie, Frances Marie y Jimena María Crousillat Carreño, al considerar que en dicha ocasión no tenía la condición de condenado, por lo que estando a que a criterio de éste Colegiado se ha establecido su responsabilidad penal en estos hechos, corresponde **declarar de Oficio la Nulidad de dichas transferencias** al apreciarse que efectivamente se produjeron con posterioridad a la realización de los hechos delictivos, e incluso con posterioridad al inicio de este proceso penal, pues tal anticipo de legítima está fechado el doce de marzo de dos mil uno.

IV-RESOLUCIÓN:

104. Estando a las consideraciones expuestas y de conformidad con los artículos ciento treintiocho, incisos uno, tres, ocho, once, doce, catorce y el artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, los artículos séptimo, octavo y noveno del título Preliminar del Código Penal numerales doce, veintitrés, veinticinco, veintiocho, treintiséis, treintinueve, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós, noventitrés, noventa y cuatro, noventa y siete, ciento cinco, trescientos ochentisiete del Código Penal, en concordancia con los artículos doscientos ochenta, doscientos ochenticinco del Código de Procedimientos Penales y las normas legales citadas en los considerandos que preceden; **LA SEGUNDA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, con la** potestad que el Estado le ha otorgado, en nombre de la Nación **FALLA:**

(...)

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo noventa y siete del Código Penal, declararon DE OFICIO, la NULIDAD de la transferencia de acciones efectuada por el acusado José Enrique Crousillat López Torres respecto a sus acciones en la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, a favor de sus hijas: María Soledad, Karen

Marie, Malú Marie, Frances Marie y Jimena María Crousillat Carreño, del doce de marzo de dos mil uno, al considerar que dicho acto de disposición afecta gravemente la reparación civil a favor del agraviado.
(...)”.

Exp. N° 105-2005 (C.C.01)
INCIDENTE DE NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA
Sec. VILLANUEVA

Resolución N° 05

Lima, once de agosto

Del año dos mil seis.-

AUTOS Y VISTOS; Puesto a despacho el presente incidente de nulidad de escritura pública, interpuesto por la Procuraduría Pública del Estado, en el proceso que se le sigue a Gregorio Eduardo DEL CASTILLO COLONA; y, **ATENDIENDO:** **Primero.-** Que, con fecha trece de junio del dos mil seis, la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado solicita en un otrosí digo del escrito obrante a fojas noventa y nueve y siguientes, la nulidad de la escritura pública de fecha trece de diciembre del dos mil dos, otorgada ante el Notario Público de Lima, Doctor Moisés Javier ESPINO ELGUERA, y por tanto la Nulidad del Acto Jurídico contenido en ella, mediante el cual el procesado Gregorio Eduardo CASTILLO COLONA y su cónyuge constituyen patrimonio familiar del inmueble sito en la Avenida Central número 960, Block A-4 Departamento 102, Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, cuyo dominio corre inscrito en la partida registral número 49005449 del Registro de la Propiedad inmueble de Lima y Callao; **Segundo.-** Que, mediante resolución de fecha catorce de junio del presente, se dispuso correr traslado del mismo al imputado y a su cónyuge por el término de cinco días, transcurridos el mismo mediante resolución de fecha veintisiete de junio del año en curso se abrió el incidente a prueba por el término de ocho días, plazo que ya ha transcurrido a la fecha de las notificaciones; **Tercero.-** Que, el artículo 188-A del Código de Procedimientos Penales establece en su inciso d) lo siguiente: *“Actuadas las pruebas se dictará resolución dando por concluido el trámite incidental. El órgano jurisdiccional sentenciador al dicta sentencia se pronunciará sobre la nulidad demandada.”*, **Cuarto.-** Que, las partes comprendidas en el presente proceso han sido debidamente notificadas de las actuaciones del proceso incidental, por lo que ha transcurrido por demás el término para que ofrezcan sus pruebas, **Quinto.-** Que, la presente instrucción se tramita en la vía ordinaria, por lo que la expedición de la sentencia le corresponde al Superior Colegiado; por los fundamentos antes indicados: **SE RESUELVE:** Declarar **CONCLUIDO** el presente trámite incidental, correspondiendo a la Sala Penal Especial pronunciarse sobre la nulidad demandada al momento de sentenciar. Proveyendo al quinto otrosí digo del escrito, obrante a fojas ciento siete, presentado por la Procuraduría Pública del Estado, estando a lo solicitado y al amparo del artículo 188° inciso 1° del Código de Procedimientos Penales y el artículo 673° del Código Procesal Civil aplicado supletoriamente en virtud a su primera disposición complementaria y final, **SE DISPONE: La ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA SOLICITUD** de Nulidad de Escritura Pública en la Partida Registral número 49005449 de los Registros Públicos de Lima y Callao, **Oficiándose Y Notificándose.**

**VOCALÍA SUPREMA DE INSTRUCCIÓN
SALA PENAL PERMANENTE**

Exp. N° 24-03

Cuad. De Nulidad de Transferencia

**Lima, once de Junio
del dos mil seis.-**

Dado cuenta, con el oficio remitido por el Jefe de la Central de Notificaciones, y atendiendo a los cargos de las cédulas de notificaciones, obrantes de fojas ciento cuarenta y cuatro a fojas ciento cincuenta y ocho, que se ha cumplido con cursar las respectivas cédulas de notificaciones, de la resolución de fojas ciento cuarentiuno, de fecha siete de Junio del año en curso; por el que se dispone dar por concluido el trámite incidental, reservar la solicitud de nulidad de transferencia y ordenar la anotación preventiva de la solicitud de Nulidad de Transferencia y no habiéndose interpuesto ningún recurso impugnatorio, por lo que: **Téngase por consentida** la resolución de fecha siete de Junio último y conforme a lo ordenado en la parte in fine de dicha resolución, **cúrsese los oficios respectivos para la ANOTACIÓN PREVENTIVA**; notificándose.- Fdo. Calderón Castillo – Vocal Supremo Instructor - Fdo. Salazar Casas.- Scretaria.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEXTO JUZGADO PENAL ESPECIAL
Exp. 46-2003 (C.C. 02)
INCIDENTE DE NULIDAD DE TRANSFERENCIA
Sec. VILLANUEVA

Lima, catorce de Junio
Del año dos mil seis.-

AUTOS y VISTOS; Puestos a despacho el presente incidente, con la razón de secretaría que antecede, y con los escritos obrantes a fojas ciento seis, ciento veintiséis y ciento treinta y cuatro; y **ATENDIENDO: Primero.-** Que, con fecha cinco de abril del dos mil seis, la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado solicita la nulidad de la escritura pública de fecha veintidós de agosto del dos mil dos, así como todos los actos jurídicos contenidos en dicha escritura pública, en donde consta la transferencia en anticipo de legítima del bien inmueble que fuera de titularidad del encausado Carlos Alberto Gabriel Fernando MODONESE COBIAN y su esposa a favor de su hija Talía MODONESE FERNÁNDEZ STOLL; **Segundo.-** Que, mediante resolución de fecha siete de abril del presente, se dispuso correr traslado del mismo al imputado y a la adquirente por el término de cinco días, transcurrido el mismo mediante resolución de fecha cinco de mayo del año en curso se abrió el incidente a prueba por el término de ocho días, plazo que ya ha transcurrido a la fecha de las notificaciones; **tercero.-** Que, el artículo 188-A del Código de Procedimientos Penales establece en su inciso d) lo siguiente: *“Actuadas las pruebas se dictará resolución dando por concluido el trámite incidental. El órgano jurisdiccional sentenciador al dictar sentencia se pronunciará sobre la nulidad demandada.”*, **Cuarto.-** que, las partes comprendidas en el presente proceso han sido debidamente notificadas de las actuaciones del presente proceso incidental, por lo que ha transcurrido por demás el término para que ofrezcan sus pruebas, **Quinto.-** Que, la presente instrucción se tramita en la vía ordinaria, por lo que la expedición de la sentencia le Declara **CONCLUIDO** el presente trámite incidental, correspondiendo a la Sala Penal Especial pronunciarse sobre la nulidad demandada al momento de sentenciar. Proveyendo el escrito que antecede, presentado por Antonio Luis Jorge MALDONADO PAREDES, Procurador Público Ad Hoc del Estado, estando a lo solicitado y al amparo del artículo 188° inciso 1° del Código de Procedimientos Penales y el artículo 673° del Código Procesal Civil aplicado supletoriamente en virtud a su primera disposición complementaria y final, **SE DISPONE: La ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA SOLICITUD** de Nulidad de Transferencia en la Partida Registral número 90283162 DE LOS Registros Públicos de Lima y Callao, **Oficiándose Y Notificándose.-** //Fdo. **Carolina Lizárraga Houghton: Juez Penal Especial; Walter Villanueva Luicho: Secretario Judicial.-**

2. PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Exp: 105-2005
Sec: Villanueva
6° J.P.E.
Dictamen N° 96-2006

INCIDENTE DE NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA:

SEÑORA JUEZ PENAL DEL SEXTO JUZGADO PENAL ESPECIAL:

Se remite el presente cuaderno incidental a este Ministerio Público a fin de emitir nuestro pronunciamiento de Ley, respecto del recurso de fs. 99 mediante el cual el Procurador Público del Estado solicita al juzgado declare **LA NULIDAD** del acto jurídico contenido del documento de fs. 76 mediante el cual el procesado GREGORIO EDUARDO DEL CASTILLO COLONA y su esposa a su favor patrimonio familiar del inmueble sito en la Av. Central N° 960, Block A-4 Dpto. 102, Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, cuyo dominio corre inscrito en la Partida Registral N° 49005449 del Registro de la Propiedad Inmueble de la oficina Registral de Lima y Callo, según es de verse a fs. 123.

El procurador Público del Estado ampara su solicitud en el hecho que el encausado GREGORIO EDUARDO DEL CASTILLO COLONA celebró el acto de transferencia del aludido inmueble, con fecha posterior a la comisión del evento delictivo, es decir, el 13 de Diciembre del 2002, cuando el ilícito penal que se investiga se ha realizado entre los meses de Agosto y Setiembre de 1995, según es de verse del auto de apertura de instrucción obrante a proteger su patrimonio, de tal forma que resulte insuficiente para el pago de la Reparación Civil que se le deberá fijar en la sentencia que dicte el Órgano Jurisdiccional respectivo. Agrega también, que la constitución del patrimonio familiar materia de la nulidad que solicita, fue hecha a beneficio de sí mismo, lo cual revela la maliciosa, ilegal y manifiesta nula operación que pretende declare el Órgano Jurisdiccional.

Por su parte CONSUELO NERY CACERES MAZA, esposa del encausado Gregorio Eduardo Del Castillo Colona, al fundamentar su oposición a fs. 133, refiere que la constitución del patrimonio familiar no se encuentra en ninguno de los supuestos en el Art. 97 del Código Penal y el Art. 188-A del Código Procedimientos Penales, por cuanto que, no es un acto de disposición, sino una medida asegurativa y conservativa, por lo mismo que la propia ley, en el caso de sentencia condenatoria prevé, las formas de embargo y realización de los bienes sujetos a patrimonio familiar, y como tal no es un acto que disminuya el patrimonio de la persona y lo haga insuficiente para el pago de la Reparación Civil, en el supuesto negado de que fuese condenado. Precisa además, que el bien inmueble (Departamento) sobre el que se constituyó patrimonio familiar, no se encuentra sujeto a decomiso, ya que no existe indicio de su procedencia ilícita, puesto que cualquier Oficial General con más de 30 años de servicios, es humano que cuente por lo menos con un departamento, una cochera.

Pues bien, si bien es cierto que de actos practicados con lo estipulado en el Art. 97 del Código Penal ... “Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”, también es cierto que el Art. 188-A del Código de Procedimiento Penales relacionado con el procedimiento de nulidad de transferencia refiere que “... la declaración de nulidad se acordará en el proceso penal al emitirse sentencia, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida cautelar que corresponda para asegurar la eficacia de la nulidad que habrá de dictarse con la sentencia; es por ello que, al tratarse de un proceso sujeto al procedimiento en la vía

ordinaria, consideramos que por ahora, deberá declararse improcedente la solicitud de su propósito, debiendo la parte recurrente hacer valer su derecho en la etapa procesal que corresponda.

Por las consideraciones expuestas en el párrafo anterior, esta Fiscalía Provincial en lo Penal **OPINA** en el sentido que, por ahora, se deberá declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud del Procurador Público del Estado obrante a fs. 99, la misma que ya se indicó.

OTROSÍ DIGO: Se acompaña copia del presente copia del presente dictamen para que sea notificado al Procurador Público del Estado.

Lima, 25 de Julio del 2006

3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA

Expediente:
Cuaderno: INCIDENTAL
Sumilla: Nulidad de Transferencia

SEÑOR JUEZ DEL PRIMER JUZGADO PENAL ESPECIAL DE LIMA.-

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, Procurador Público Ad-Hoc señalando domicilio real y procesal en calle Scipión LLona 350, Módulo 6, del distrito de Miraflores, en el proceso seguido contra xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxx y otros, por los delitos de Colusión Desleal en agravio del Estado, con el debido respeto, a usted digo:

I.- PETITORIO.-

En representación y defensa de los intereses del Estado Peruano, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97° del Código Penal y el artículo 188° "A" del Código de Procedimiento Penales, recorro a su Despacho a fin de que judicialmente se declare:

- a) La **NULIDAD** del Acta Notarial de transferencia Vehicular en vía de Anticipo Legítima de fecha 28 de noviembre de 2005, otorgada ante el Notario Público de Lima Doctor XXXXXXXXXXX y por tanto, la **NULIDAD** del acto jurídico contenido en ella, mediante el cual el procesado XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX y su esposa XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX transfieren a su hija XXXXXXXXXXXX STELLA XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX, en propiedad sus acciones y derechos sobre el siguiente vehículo:
 - Camioneta XXXX
- b) La **NULIDAD** del escritura pública del anticipo de legítima de fecha 28 de noviembre del 2005 otorgada ante el notario público Dr. XXXXXXXX y por tanto la **NULIDAD** del acto jurídico contenido en ella, mediante el cual el procesado XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX y su esposa XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX transfieren a su hija en propiedad sus acciones y derechos sobre el siguiente bien inmueble.
 - Unidad Inmobiliaria XXXXX
- c) La **NULIDAD** de la Escritura Pública de fecha 06 de octubre de 1999 otorgada ante Notario Público de Lima Doctor XXXXXXXX y por tanto la **NULIDAD** del acto jurídico contenido en ella, mediante el cual el procesado XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX y su esposa XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX constituyen a favor de ellos mismos Patrimonio Familiar sobre el siguiente bien inmueble:
 - Ubicado en XXXXXXXXXXXXX
- d) Como consecuencia de las Nulidades solicitadas, se deberá disponer la **CANCELACIÓN** de la inscripción de dichos actos jurídicos que corren inscritas en los Asientos Registrales correspondientes de las partidas de los bienes indicados.
- e) Considerando lo mencionado anteriormente, **solicito que luego de declarada la Nulidad de los actos indicados, se proceda a decretar la medida de Embargo Preventivo en forma de inscripción que deberá recaer sobre las acciones y derechos del procesado**, a fin que se garantice efectivamente el pago de la Reparación Civil, que nos corresponde como parte agraviada, en caso de condena.
- f) Asimismo, sin perjuicio de lo solicitado en los puntos precedentes y de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 188 del código de Procedimientos Penales pido

a su Despacho se sirva disponer la **anotación preventiva** de las Nulidades indicadas en las Partidas Registrales de los bienes señalados las mismas que se precisan a continuación:

- En relación al inmueble inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble de
- En relación al inmueble inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble de Lima.
- En relación al vehículo,

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

- a) Conforme se advierte en los presentes actuados, mediante Resolución de fecha se dictó el Auto de Abrir Instrucción comprendiendo a XXXXXXXX XXXXXXX XXXXXX, como presunto cómplice del delito contra la Administración Pública en su modalidad de Colusión Desleal en agravio del Estado; Imputándosele que, conjuntamente con la procesadahaber participado en la simulación de la compra y posterior venta de un terreno a favor de ... existiendo indicios razonables de una posible concertación con la finalidad de defraudar al Estado.
- b) Que, en el Auto de Abrir Instrucción se ha ordenó trabar embargo preventivo sobre los bienes del procesado hasta por el monto de S/ 120,000.00 (CIENTO VEINTE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) habiéndose solamente ejecutado esta medida hasta la suma de S/. 17,000.00 (DIECISIETE MIL 00/100 NUEVOS SOLES) sobre las acciones y derechos de los siguientes vehículos del procesado:
- Automóvil Volkswagen de ... por la suma de S/. 10,000.00 (DIEZ MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES)
 - Motocicleta Piaggio de ... la suma de S/. 7,000.00 (SIETE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES).
- c) En tal sentido y como puede apreciarse de los hechos expuestos, una futura Reparación Civil a favor del Estado no se encuentra cubierta por lo que los actos jurídicos cuya nulidad se solicitan, así como los documentos que los contienen, son nulos de pleno derecho, al haber sido celebrados por el procesado XXXXXX XXXXXX XXXXXX con posterioridad a la comisión del hecho punible materia del presente proceso penal, esto es en marzo de 1996 y con el muy probable **“Propósito de disminuir su patrimonio”**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

- a) El artículo 97° del Código Penal¹, establece que **“los actos y obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la Reparación Civil”**
- b) La competencia para que se resuelva la presente solicitud de Nulidad, esta regulada en el artículo 188°-A del Código de Procedimientos Penales², que establece claramente que la declaración de nulidad se acordará en el proceso penal al emitirse Sentencia.

¹ “Artículo 97°.- Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”.

² “Artículo 188-A.- Procedimiento de Nulidad de transferencias.
1. En los supuestos del artículo 97 del Código Penal y cuando se trate de bienes sujetos a decomiso on arreglo al artículo 102 del Código Penal, que hubieran sido transferidos ilegalmente, la declaración de Nulidad se acordará en el proceso penal al emitirse sentencia, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida cautelar que corresponda para asegurar la eficacia de la Nulidad que habrá de dictarse con la sentencia.
2. El procedimiento se sujetará a las siguientes reglas:
a) El Fiscal o , en su caso, la parte civil, una vez identificada una transferencia de un bien sujeto a decomiso o que puede responder a la reparación civil y que se considere incurso en el numeral 1), introducirá motivadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instalará al Juez que forme el cuaderno de Nulidad de transferencia. En ese mismo escrito ofrecerá la prueba pertinente.

- c) El artículo 188-A del Código de Procedimientos penales señala en su primer inciso que a fin de garantizar la eficacia de la nulidad solicitada se podrá anotar preventivamente o efectuar alguna otra medida cautelar que corresponda.
- d) Se debe tener en cuenta, que el bien jurídico protegido por el artículo 188°-A, viene a ser el resarcimiento económico de un eventual daño producido por el delincuente a la víctima de la manera mas “eficaz” posible. En este sentido, el Juzgador también deberá tener en cuenta al momento de resolver, lo expresamente dispuesto por el artículo 220° del Código Civil que faculta al Juez a declarar de oficio la Nulidad del Acto Jurídico en caso de ser ésta manifiesta³.

IV. NORMATIVIDAD COMPLEMENTARIA

Resultan de aplicación además para el presente caso, en forma complementaria, las siguientes normas:

a) **CÓDIGO PENAL:**

El artículo 101° que señala que “la Reparación Civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”.

b) **CÓDIGO CIVIL:**

El artículo 219° Inciso 7° establece la Nulidad de aquellos actos que la ley declara nulos⁴ (que en el presente caso viene a ser la ley penal, concretamente el artículo 97° del Código Penal)

El artículo 220° que contempla el supuesto de Nulidad practicada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta⁵.

III. VÍA PROCESAL

La Nulidad peticionada deberá tramitarse en la **“vía incidental”** para lo cual solicitamos que su Despacho disponga la formación del Cuaderno correspondiente tal como lo establece el artículo 188°-A del Código Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N° 959.

IV. MEDIOS PROBATORIOS.-

Cumplimos con ofrecer los siguientes medios probatorios:

-
- b) El Juez correrá traslado del requerimiento de Nulidad tanto al imputado cuando al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado, para que dentro del quinto día de notificados se pronuncian acerca del petitorio de Nulidad. Los emplazados, conjuntamente con su contestación, ofrecerán la prueba que consideren conveniente.
- c) El Juez, absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, abrirá el incidente a prueba por ocho días. Están legitimados a intervenir en la actuación probatoria las partes y quienes hayan sido emplazados como adquirentes y/o poseedor del bien cuestionado.
- d) Actuadas las pruebas se dictará resolución dando por concluido el trámite incidental. El órgano jurisdiccional sentenciador al dictar sentencia se pronunciará sobre la Nulidad demandada.
- e) El adquirente y/o poseedor del bien cuestionado está autorizado a intervenir en todas las actuaciones procesales que puedan afectar su derecho y, especialmente, en el juicio oral, en que podrá formular alegatos escritos y oral. En este último caso intervendrá luego del tercero civil.
- f) Si la transferencia se descubre luego de culminada la etapa de instrucción, se podrá instar la Nulidad en ejecución de sentencia. Se seguirá, en lo pertinente, el mismo establecido en este numeral”
- ³ La corte en Casación ya ha definido el concepto de Nulidad manifiesta al indicar que “... Por Nulidad manifiesta se conoce aquella que no requiera otro examen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a la que el Juez haya accedido en el curso de un procedimiento en el cual el negocio haya surgido, si bien no como cuestionando su validez...” (Cas. 1479-2000-Lambayeque. El Peruano 30-01-2001.)
- ⁴ “Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:
(...)
7.- Cuando la ley lo declara nulo.”
- ⁵ “Artículo 220°.- La Nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. “f Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación”.

- a) El mérito de lo actuado en lo principal del presente proceso – Denuncia Fiscal, Auto de Abrir Instrucción, y demás actuados-, cuyas copias certificadas formarán el presente cuaderno incidental y que acreditan los hechos por los cuales se encuentra procesado XXXXX XXXXXXXX XXXX y la cronología de los hechos que determinan nuestro pedido de Nulidad.
- b) **El Oficio –SUNARP-Z.IX/GBM-RPV.PR** y los documentos que lo acompañan en 36 folios que obran en el Cuaderno de Embargo del procesado. Entre los documentos que se acompañan al oficio de la SUNARP se deberá tener en cuenta especialmente la **Boleta Informativa del Registro de propiedad del vehículo de placa de rodaje** en el que se aprecia que el bien se encuentra registrado a nombre de la hija del procesado doña María Luisa Stella XXXXX XXXXX XXXXX; y el **Acta de Anticipo de legítima de vehículo automotor** expedida por el Notario Público Doctor XXXXX XXXXX XXXXXXXX con fecha 29 de noviembre de 2005.
- c) Copia de la Escritura Pública de fecha 06 de octubre de 1999 otorgada ante Notario Público de Lima Doctor XXXXXXXXXX por la cual el procesado XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX y su esposa XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX constituyen a favor de ellos mismos Patrimonio Familiar sobre el bien inmueble ubicado en la del Registro de Propiedad Inmueble de Lima. La copia de esta Escritura Pública deberá ser solicitada al Notario ... a su oficina, Lima.
- d) Copia de la Escritura Pública de Anticipo de Legítima de fecha de noviembre de 2005 otorgada ante el Notario Público Doctor XXXXXXXXXX por la cual el procesado XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX y su esposa XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX transfieren a su hija en propiedad sus acciones y derechos sobre el inmueble signado como Unidad. La copia de esta Escritura Pública deberá ser solicitada al Notario, Lima.
- e) Asiento D 00001 de la Partida Registra) N° del Registro de Propiedad Inmueble de Lima en la cual obra la constitución de Patrimonio Familiar del inmueble ubicado en XXXXX.
- f) Asiento C 00003 de la Partida Registral N° del Registro de Propiedad Inmueble en la cual obra la transferencia vía Anticipo de Legítima a favor de XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX del inmueble signado como Unidad.
- g) Copia de Fichas registrales de los vehículos de placa XXXX en las cuales obran los Embargos Preventivos ejecutados por orden de su Despacho solamente hasta por la suma de S/. 17,000.00 (DIECISIETE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES).

POR TANTO:

Sírvase, Señor Presidente, admitir la presente solicitud y declararla fundada oportunamente, en todos sus extremos, por ser de justicia.

PRIMER OTROS; DIGO.- Cumpló con apersonar a los Abogados Auxiliares de esta Procuraduría Ad Hoc, Dr. **WALTER MIGUEL HOFLICH CUETO**, con registro del Colegio de Abogados del Callao N° 4389 , Dr. **ALBERTO AMIEL SAENZ**, con registro del Colegio de Abogados de Lima N° 15373, y, Dr. **JOSE LUIS MALAVER HURTADO**, con registro del Colegio de Abogados de Lima N° 21896, a quienes se les otorgará todas las facilidades del caso para el desempeño de sus labores, en defensa de los intereses del Estado.

SEGUNDO OTROSI DIGO.- Se adjuntan al presente, en calidad de anexos los siguientes documentos:

ANEXO 1.A: Copia simple de Resolución Suprema N° 267-2004-JUS

ANEXO 1.B: Asiento D 00001 de la Partida Registra; N° del Registro de Propiedad Inmueble de Lima en la cual obra ja constitución de Patrimonio Familiar del inmueble.

ANEXO 1.C: Asiento C 00003 de la Partida Registra; N° del Registro de Propiedad Inmueble de en la cual obra la transferencia vía Anticipo de Legítima a favor de María Luisa Stella XXXXXXXXXX .

ANEXO 1.D: Fichas registrales de los vehículos de placa en las cuales obran los Embargos Preventivos ejecutados por orden de su Despacho solamente hasta por la suma de S/. 17,000.00 (DIECISIETE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES)

TERCER OTROSÍ DIGO: Que, a efectos que se dé cumplimiento con lo dispuesto por el literal b del inciso 2 del artículo 188 del Código de Procedimientos Penales – traslado del requerimiento de nulidad-, **cumplo con señalar como domicilio de la esposa del procesado y su hija, tal como obra en el Acta Notarial de transferencia vehicular**; adjuntándose copias suficientes del presente escrito para el procesado y cada una de ellas.

4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA DEFENSA

Exp. 023-02
Absuelve traslado

INCIDENTE DE NULIDAD DE TRANSFERENCIA

SEÑOR PRESIDENTE DE LA QUINTA SALA PENAL ESPECIAL DE LIMA:

ALDO WILFREDO RODRIGUEZ CESTI, identificado con DNI 09579471, señalando domicilio procesal en el Jr. Cuzco 412 Of. 501, Lima, a usted con respeto decimos:

Que absolviendo el traslado de la pretendida nulidad de transferencia efectuada por la Procuraduría Ad-Hoc respecto a los inmuebles ubicados en la Av. Vicus 636 de la Urbanización la Castellana, Surco y Arq. Enrique Seoane 373, distrito de San Borja, debemos manifestar lo siguiente:

Primero.- Los inmuebles aludidos fueron transferidos en una acto ilícito, legal, y en ejercicio de las facultades concedidas a los propietarios por el artículo 923 del Código Civil, en ANTICIPO DE LEGITIMA a título gratuito a nuestros hijos Liesbeth Eliana, Gisela Margot, Ursula Giuliana, Aldo Martín y Lorena Luz Rodríguez Westphalen.

Debiendo precisar que dichos inmuebles fueron adquiridos hace aproximadamente 20 años atrás, en el caso del inmueble ubicado en los Vicus lo compramos solo en casco con el producto de nuestros ahorros y el Dto. De San Borja mediante un sorteo y fue pagada en cuotas.

Segundo.- En el tiempo en que se produjo la transferencia, los inmuebles no se encontraban sujetos a ninguna medida judicial ni extrajudicial que limite su dominio; asimismo los recurrentes no se encontraban inmersos en ningún proceso penal que pudiera limitar ejercer sus derechos de propiedad y libre disposición sobre dichos inmuebles.

Tercero.- Por el contrario dichos inmuebles fueron embargados indebidamente por orden del Sexto Juzgado Penal Especial, motivo por el cual los adquirentes interpusieron una acción judicial de TERCERA EXCLUYENTE DE DOMINIO por ante el 23 Juzgado Civil de Lima, expediente que se encuentra en trámite y que dilucirá en forma legal sobre la propiedad de los inmuebles. En esta acción judicial también interviene la Procuraduría, que igualmente formuló el mismo pedido de nulidad de transferencia que fue desestimado por el Juzgado y es por ello que sorprendiendo al Colegiado, toda vez que como lo referimos se encuentra en trámite una acción de tercería ante el Juzgado Civil, hace esta petición por ante la Sala de vuestra Presidencia.

Cuarto.- Igualmente se trata de anular un Anticipo de Legítima a favor de nuestros hijos como si ya hubieran encontrado culpable de la comisión de los delitos imputados a Aldo Wilfredo Rodríguez Cesti, sin tener en cuenta que el Juicio Oral donde se ventilará la responsabilidad o inocencia ni siquiera se ha iniciado. Igualmente de esta forma se viola el Principio constitucional de la Presunción de Inocencia.

Quinto.- Asimismo se ignora de una forma olímpica que la transferencia no sólo la realiza Aldo Wilfredo Rodríguez Cesti, sino que también lo hace Ursula Westphalen Romero en su condición de co-propietaria del 50% de los bienes y ella NO SE ENCUENTRA PROCESADA.

Sexto.- Finalmente la vía penal incidental no es la pertinente para declarar la nulidad de un acto jurídico que se realizó dentro del marco de la ley y sólo se puede deducir su ineficacia en un proceso civil.

MEDIOS PROBATORIOS.-

1.- La remisión del expediente, en copias certificadas, del juicio que sobre Tercería Excluyente de dominio gira por ante el 23 Juzgado Civil de Lima, Exp. 28840-03, Especialista Legal. Ramiro Bringas, acreditando su preexistencia con la cédula de notificación que adjuntamos.

Por tanto:

A usted señor Presidente solicitamos tenga por absuelto el tramite conferido y resolver conforme a ley.

Lima, 28 de agosto del 2006

5. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 2494-2005-AA

LIMA

BLADIMIRO HUARANCCA AYRAMPO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2006, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, presidente; González Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Bladimiro Huaranca Ayrampo contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 58 del segundo cuaderno, su fecha 22 de setiembre de 2004, que declaró infundada la demanda de autos

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de junio de 2003 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Sexto Juzgado Penal y la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco por considerar que la resolución de fecha 6 de diciembre de 2002, emitida en el proceso seguido por Leandro Páucar Tito contra Gumerinda Airampo, madre del recurrente, viola su derecho a la propiedad y a la tutela judicial efectiva, toda vez que dicha resolución declara el embargo sobre un inmueble que mediante proceso civil ha sido declarado de su propiedad.

Sostiene que la referida resolución ha excedido las competencias legalmente asignadas a un juez penal, pues este, alegando su facultad de garantizar una adecuada indemnización a la víctima, ha terminado declarando la nulidad del anticipo de legítima que su progenitora le había otorgado, acto jurídico que había sido declarado válido por el juez civil, ya que en vista de que no se le permitió oponer su derecho de propiedad en el proceso penal se vio obligado a dilucidarlo en el fuero civil. Por ello, considera que el proceso penal no sólo ha afectado su derecho de dominio (como consecuencia de la declaración de embargo definitivo sobre su inmueble) sino, además, su derecho fundamental de acceder a los tribunales, dado que en este proceso se le impidió oponer su derecho de propiedad; finalmente, sostiene que se ha violado el respeto de la cosa juzgada, puesto que el juez penal ha desconocido el criterio del civil que declara válidos los actos jurídicos de transferencia de propiedad que su madre realizó a su favor.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda alegando que la resolución cuestionada ha sido dictada por el juez competente y que emana, por tanto, de un procedimiento regular, razón por la cual considera que las actuaciones del demandante sólo están dirigidas a enervar la validez y eficacia del embargo definitivo que ordena la referida resolución.

Por su parte, el vocal de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco, Alcides Bisaga Zambrano, hace uso de su defensa directa y sostiene que la decisión adoptada por el juez penal de declarar la nulidad de los actos posteriores al hecho punible que disminuyan el patrimonio del condenado, haciéndolo insuficiente para cubrir la reparación civil, es una decisión conforme al debido proceso, pues se encuentra amparada por el artículo 97.º del Código Penal.

A su turno, el vocal ponente del Sexto Juzgado Penal de Cusco, Andrés Quinte Villegas, contesta la demanda deduciendo la excepción de caducidad, sosteniendo que el plazo para la interposición de la demanda de amparo debe ser computado desde la resolución de fecha 25 de julio de 2002, emitida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Cusco, pues esta es la resolución firme, consentida y ejecutoriada que genera la presunta afectación constitucional. En ese sentido, considera que, habiendo transcurrido más de 60 días, desde el 25 de julio de 2002 hasta el 6 de junio de 2003, la demanda debe ser declarada improcedente.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, con fecha 20 de enero de 2004, declara fundada, en parte la demanda y, en consecuencia, inaplicables las resoluciones de fecha 25 de julio de 2002 y 6 de diciembre de 2002.

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que el proceso penal culminó con la sentencia condenatoria que contenía no sólo la sanción penal, sino también la civil, y que ante el incumplimiento de esta última, simplemente se procedió a declarar el embargo definitivo del inmueble *sub litis*, razón por la cual no existe vulneración del derecho a la cosa juzgada, máxime si se tiene en cuenta que el demandante nunca llegó a ser parte del proceso penal.

FUNDAMENTOS

I) Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita la nulidad de las resoluciones producidas en etapa de ejecución de una sentencia penal, donde se había dispuesto el embargo de un inmueble para garantizar el pago de la reparación civil, que, según sostiene, no sería de propiedad de la persona condenada en el referido proceso penal sino de él. Manifiesta que en la medida en que la decisión afecta su derecho de propiedad [que además habría sido confirmada por las instancias judiciales respectivas que han dispuesto a su favor una tercería excluyente de propiedad para desafectar el bien que había sido embargado), se afecta también el principio constitucional de la cosa juzgada y las garantías del debido proceso, toda vez que un Juez Penal o una Sala no tendrían competencia para pronunciarse sobre la validez de un acto jurídico civil.

2. De este modo el Tribunal considera que la cuestión de fondo que debe abordarse en el presente caso es si la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco [que en ejecución de sentencia del proceso N.º 181-2002 dispuso, entre otras cosas, “(...) Nulos todos los actos posteriores al hecho punible, que disminuyen el patrimonio de los condenados, practicados por estos, entre ellos, el anticipo de legítima de fecha 6 de mayo de 1997, celebrado mediante escritura pública del inmueble urbano denominado Cebollapampa Chacatayoc, ubicado en la Urbanización de Ticatica del distrito y provincia del Cusco, otorgado por el sentenciado Rosendo Castro Salas y esposa, a favor de sus hijos Vladimiro Huranca Ayrampo y Rosendo y Abel Castro Ayrampo(...)] violó los derechos a la cosa juzgada, al debido proceso y el derecho de propiedad.

II) El artículo 97.º del Código Penal y su interpretación en el caso de autos

3. El respaldo normativo para declarar la nulidad de los actos de disposición posteriores al hecho punible se encuentra en el artículo 97.º del Código Penal, que establece:

Artículo 97.- Protección de la reparación civil

Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de

buena fe por terceros.

A partir de esta disposición, en el presente caso, la instancia penal correspondiente ha establecido, entre otras cosas:

- a) Que con fecha 6 de febrero de 1996 se dictó sentencia penal condenatoria que declara culpables del delito contra el patrimonio (estafa) a Rosendo Castro Salas y Gumercinda Ayrampo;
- b) Que en la referida sentencia se dispuso, además de la sanción penal, el pago de la reparación civil a favor del agraviado;
- c) Que, ante el incumplimiento de pagar el monto indemnizatorio establecido en la sentencia penal, la instancia penal procedió, en etapa de ejecución de sentencia, a trabar embargo en un bien inmueble de propiedad de los condenados;
- d) Que no obstante, con evidente intención de no acatar lo dispuesto en la sentencia penal, los condenados, con fecha 5 de mayo de 1997 - es decir, con posterioridad a la sentencia que los condenaba y que disponía el pago de la reparación civil -, han procedido a ceder la propiedad del bien embargado a favor de sus hijos en calidad de anticipo de legítima;
- e) Que, en consecuencia, la Sala Penal, mediante la resolución impugnada en esta vía, estableció que en la medida en que resultaba evidente la intención de burlar la decisión judicial que establecía el pago de un monto por concepto de reparación civil como consecuencia del delito cometido, que a la fecha y pese al tiempo transcurrido no había sido pagado por los responsables del delito cometido, no obstante existir decisiones judiciales que establecían una tercería de propiedad excluyente a favor de los recurrentes, sin embargo, dado que tales decisiones se basaban en un acto jurídico viciado de nulidad, como es el anticipo de legítima, también ellas resultaban nulas conforme lo establece precisamente el artículo 97.º del Código Penal.

4. En este sentido, la instancia judicial que ahora resulta emplazada con la presente demanda, ha establecido que el acto jurídico que deviene en nulo no es precisamente una resolución judicial como sugiere el recurrente sino el acto jurídico privado y previo, esto es, el anticipo de legítima de fecha 6 de mayo de 1997, otorgado por Rosendo Castro Salas y Gumercinda Ayrampo Nuñez a favor de Vladimiro Huaranca Ayrampo, Rosendo Castro Ayrampo y Abdel Castro Ayrampo, en la medida en que dicho acto fue posterior a la sentencia que les condena por el delito de estafa. En este sentido, el acto jurídico de disposición del bien aludido tendría como único propósito incumplir el mandato expreso de la sentencia penal que en la parte correspondiente dispuso el pago por concepto de reparación civil por parte de los condenados, hasta por la suma de 15 mil nuevos soles, monto que pese al tiempo transcurrido según se lee en la decisión de la Sala penal emplazada, no habría sido pagado.

5. Para este Tribunal el problema que subyace en el fondo de esta cuestión es entonces el incumplimiento, por parte de los condenados por el delito referido de lo dispuesto en una sentencia judicial firme y que se pretende dejar sin posibilidad de cumplimiento a través del anticipo de legítima.

Tal como lo ha reiterado este Tribunal (Cfr. STC 4080-2004-AC; STC 0015-2001-AI), la ejecución de las sentencias en sus reales términos constituye hoy en día una suerte de “plebiscito abierto” sobre la viabilidad y práctica del Estado Constitucional. En este sentido, este Tribunal ha establecido que

(..)tras el reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias no sólo está el derecho subjetivo del vencedor en juicio, sino también una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado Democrático de Derecho (...) en la medida que cuando un Tribunal de justicia emite una resolución, y esta adquiere la condición de firme, con su cumplimiento no sólo se resuelve un conflicto y se restablece la Paz

social, sino, además, en la garantía de su cumplimiento, se pone a prueba la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. (STC 0015-2001-AI, FJ13)

6. En este sentido, es precisamente el cumplimiento de una sentencia judicial previa, como la que estableció la responsabilidad penal de quienes luego cedieron en anticipo de legítima la propiedad de un bien inmueble, en evidente propósito de incumplir lo dispuesto en ella, lo que debe ser analizado en primer término en el presente caso. El derecho no es un “dato marcado” que puede ser utilizado ante la mirada atónita de los espectadores, que ven que el jugador más pícaro puede hacer de las suyas en la mesa sin que nadie pueda ponerlo al descubierto.

7. Es verdad que en el presente caso un pulcro tecnicismo jurídico advertiría que el Juez penal, al aplicar el artículo 97.º del Código Penal, se ha excedido en sus potestades porque ha dispuesto en el fondo (aunque no de modo expreso, como ya lo hemos señalado) la anulación de decisiones judiciales que ya habían previamente cubierto, con un manto de legalidad, lo que a todas luces resultaba un evidente acto de mala fe para, precisamente, incumplir una sentencia penal que también tiene, no hay que olvidarlo, carácter de cosa juzgada y debe, por tanto, ser acatada sin diatribas.

¿Cuál es, pues, la sentencia que debe acatarse como válida? ¿La que convalida el fraude y la mala fe o la que, reprimiendo el delito, ordenó en su momento que los culpables paguen una reparación civil? ¿De qué lado debe colocarse este Colegiado al resolver este caso: del lado del fraude o del lado de la justicia que imploran quienes en su momento sufrieron el agravio del delito y ahora exigen que el derecho no les dé una vez más la espalda? Hay en este caso una evidente incoherencia moral en quienes vienen a esta instancia solicitando que se respete la “santidad” de una sentencia, cuando saben bien que antes ellos han incumplido y han utilizado el derecho para dejar desatendida una sentencia penal previa.

8. En la medida en que se trataba de atender el derecho constitucional a la ejecución de una sentencia que ha adquirido válidamente la condición de firme, este Tribunal considera que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que mediante la resolución impugnada dispuso la nulidad de los actos posteriores a la condena, ha ejercido válidamente sus potestades de preservar la intangibilidad de lo decidido en la sentencia penal, pero, además, tal decisión resulta oportuna y eficaz para el fin perseguido, en la medida en que derivar la declaración de nulidad a un juez competente, vista la reticencia de los condenados, hubiera supuesto un mayor perjuicio para los agraviados con el delito, sobre todo si en el expediente penal se han reunido todos los supuestos y documentos para que dicha declaración proceda de oficio, conforme lo prevé, además, el artículo 220 del Código Civil, según el cual la nulidad declarada por ley (art. 219.7) “(...)Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”.

9. En el presente caso, la nulidad de los actos posteriores al hecho delictivo está sancionada en el artículo 97.º del Código Penal, lo cual supone una declaración expresa por mandato, no del Juez sino de la propia ley, potestad que ha sido ejercida de oficio por el Juez penal, sin que ello pueda considerarse violatorio de algún derecho constitucional, como alega el recurrente.

(...)

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda

Publíquese y notifíquese

SS

GARCIA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIGOYEN

VERGARA GOTELLI

LADA ARROYO'

6. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Exp: 97001137-006-PE

Res: 000346-98

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con treinta minutos del tres de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra **CARLOS OLDEMAR SERRANO LÓPEZ**, costarricense, mayor de edad, soltero, vecino de Sarchí de Valverde Vega, hijo de Guido Serrano Ledezma y Luzmilda López Carranza, cédula de identidad número 2-284-1028; por **DOS DELITOS DE FALSEDAD IDEOLÓGICA Y DOS DE USO DE DOCUMENTO FALSO** en perjuicio de **LA FE PÚBLICA, OSCAR JENKINS SALAZAR Y PRINTY S.A.** Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados **Daniel González Alvarez, Presidente, Jesús Alberto Ramírez Quirós, Alfonso Chaves Ramírez, Carlos Luis Redondo Gutiérrez y Joaquín Vargas Gené, estos dos últimos como MAGISTRADOS SUPLENTEs.** Intervienen además las Licenciadas Mayela Bonilla García y Viria Apuy Sirias en calidad de apoderadas especiales judiciales del señor Oscar Jenkins Salazar, así como también el Ingeniero Orlando Villaplana quien figura como representante de la entidad actora civil Printy. Se apersonó la Licenciada Ana Eugenia Sáenz Fernández como representante del Ministerio Público.

RESULTANDO:

1.- Que mediante sentencia N° **121-B-97** de las dieciséis horas con quince minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete, el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda de San José, resolvió: **‘POR TANTO:** En mérito de lo expuesto, normas y leyes citadas artículos, 39 de la Constitución Política, 21, 45, 50, 59, 60, 71, 74, 75, 103, 216 inciso 2°, 358, 363, del Código Penal, 122 A 126 del Código Penal de 1941, 1045 del Código Civil; 9, 11, 56, 57, 539, 544, 546 del Código de Procedimientos Penales, 17 y 44 del Decreto número 20307-J, por el resultado de los votos emitidos, y por unanimidad, este Tribunal **RESUELVE:** Declarar a **CARLOS OLDEMAR SERRANO LÓPEZ**, autor responsable de dos delitos de **FALSEDAD IDEOLÓGICA** y dos de **USO DE FALSO DOCUMENTO** en concurso ideal con el de **ESTAFA**, cometidos en perjuicio de **LA FE PÚBLICA, OSCAR JENKINS SALAZAR y PRINTY S.A.,** imponiéndosele como sanción el tanto de **TRES AÑOS** de prisión que deberá descontar previo abono de la preventiva cumplida, en el lugar y forma que determinen los respectivos reglamentos penitenciarios. Se le condena además al pago de ambas costas del proceso y se ordena la inscripción del fallo en el Registro Judicial; expídanse las copias de estilo para ante el Instituto Nacional de Criminología y el Juzgado de Ejecución de la Pena, para lo de sus cargos. Se declara parcialmente con lugar la acción civil resarcitoria incoada por **OSCAR JENKINS.** Se ordena la restitución, a favor del Señor Jenkins, de la finca inscrita en el Registro Público bajo el sistema de folio real, matrícula **1187792-000**, y se anulan, como consecuencia de ello y de la falsedad decretada, la escritura número ciento cinco otorgada a las once horas del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y uno en el tomo primero del Notario **ALVARO JIMENEZ CHACON;** la escritura número cuarenta y siete otorgada a las 11 horas del 5 de setiembre de 1991, del tomo número cuatro del protocolo de la Notario **ROSA ISABEL PRITE POCHE**T, así como la nulidad de todos los actos que dependan de esas escrituras, incluyendo la escritura número cuarenta y seis otorgada a las diecisiete horas del veintidós de junio de mil novecientos noventa y dos en el tomo segundo del protocolo del Notario **JORGE JIKEL JACOBO**, cuyo asiento de inscripción registral se ordena cancelar. Por no haber aportado la prueba correspondiente, se rechaza el rubro de daños y perjuicios que por concepto de gastos varios solicitó el Señor Jenkins. Se acoge el rubro por daño moral, el cual se fija prudencialmente en la suma de quinientos mil colones. Se condena a Serrano López al pago de las costas personales en relación con la acción civil de Jenkins las cuales se fijan en la suma de setenta y cinco mil colones. Se declara también parcialmente con lugar la acción civil resarcitoria incoada por **PRINTY S.A.,** condenándose al demandado civil **SERRANO LÓPEZ** al

pago de los daños y perjuicios sufridos por la actora civil; condena que se hace en abstracto sujeta a lo que en definitiva pueda resolverse en sede civil en lo tocante a la declaratoria definitiva del derecho de propiedad del inmueble de relación. No ha lugar a mantener la propiedad en el Registro Público a nombre de Printy S.A. ni a levantar por ahora el asiento registral mediante el cual se inmovilizó la finca en mención. Se condena al demandado civil al pago de las costas de la acción civil incoada por Printy S.A., las cuales se liquidarán en ejecución de sentencia. Siendo delincuente primario, se otorga a favor del convicto, por un período de prueba de **CINCO AÑOS** el beneficio de ejecución de la pena, advirtiéndosele en este acto que de cometer nuevo delito con pena superior a seis meses de prisión, dicho beneficio le será revocado. **HAGASE SABER.**” (sic). Fs. **LIC. OSCAR MARIO VARGAS QUESADA. LICDA. LUZ MARÍA BOLAÑOS ARIAS. LICDA. LINDA CASAS ZAMORA.-**

- 2.- Que contra el anterior pronunciamiento las Licenciadas Mayela Bonilla García y Viria Apuy Sirias en calidad de apoderadas especiales judiciales del señor Oscar Jenkins Salazar interpusieron recurso de casación. De la misma forma lo hace el actor civil Ingeniero Orlando Villaplana Cortés. **Recurso de Casación interpuesto por las Licenciadas Bonilla García y Apuy Siria.-** Como único motivo del recurso se alega la errónea aplicación del artículo 123 del Código Penal de 1941 y 539 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Solicitan se levante la anotación de inmovilización de la finca de San José, Folio Real Matrícula 187992-00-**Recurso de Casación de Orlando Villaplana Cortés.-** Acusa en los motivos de fondo la errónea aplicación del numeral 539 del Código Procesal Penal; 123 párrafo final del Código Penal de 1941, con concomitante violación, por inaplicación de los artículos 1, 5 inciso c), 438 inciso b) y 400 párrafo primero, todos del Código de Comercio; además 456 y 472 del Código Civil. Como aspectos formales del recurso cita la violación de los numerales 9, 57, 56, 61 y 79 del Código Procesal Penal- Solicita se case la sentencia y se anule en cuanto ordena la restitución del bien al ofendido Jenkins Salazar. ordene el reenvío de la presente causa al Tribunal de origen para su nueva sustanciación.-
- 3.- Que para la celebración de la audiencia oral se señalaron las nueve horas con treinta minutos del diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho.-
- 4.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales de 1973, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.
- 5.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

CONSIDERANDO:

I.- Recurso presentado por el actor civil Oscar Jenkins Salazar. En el único motivo del recurso por el fondo se alega la errónea aplicación del artículo 123 del Código Penal de 1941 y 539 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Afirma el impugnante en apoyo de su reclamo, que el a quo ordenó la restitución a su favor de la finca inscrita en el Partido de San José bajo el folio real matrícula 118792-000 y se dispuso la anulación de los actos jurídicos posteriores. Además –agrega- el Tribunal de mérito denegó su gestión para que se levantara la inmovilización que pesa sobre dicha finca no obstante que esta medida nació única y exclusivamente a petición del actor civil Jenkins Salazar. Lleva razón el recurrente en su reparo. No existe ninguna disposición legal que impida al Tribunal de mérito levantar dicha medida cautelar, la cual fue efectivamente solicitada por el ofendido. En todo caso al aplicarse el artículo 539 del Código de rito en lo que se refiere a la supresión del acto falso, y de los que posteriormente se realizaron, es necesario que se ordene la restitución plena del derecho, pues no tendría ninguna finalidad mantener la misma después de que la sentencia adquiera la firmeza. En otras palabras, si dicha medida se mantuviera, el titular quedaría imposibilitado para disponer libremente de su derecho conforme se lo garantizan los artículos 45 de la Constitución Política y 266 del Código Civil. Debe en consecuencia declararse con lugar el reproche. Se anula parcialmente la sentencia y resolviendo en cuanto al fondo se ordena levantar la orden de

inmovilización que pesa sobre el citado inmueble, medida que deberá ser comunicada mediante mandamiento al Registro Público de la Propiedad. En lo demás se mantiene incólume la sentencia.

II. Incidente de nulidad presentado por la actora civil Printy S.A. El representante legal de la sociedad actora pide se declare la nulidad de todo lo actuado con respecto a las acciones civiles instauradas en este proceso, por cuanto la litis fue resuelta de manera incompleta al no pronunciarse el a quo sobre el resto de los demandados civiles, contra los cuales accionó el ofendido Jenkins Salazar. El incidente debe declararse sin lugar. Ciertamente el mismo debió rechazarse de plano, sin embargo, se reservó para resolverse junto con los recursos dada su relación con las pretensiones formuladas por la misma actora civil. La Sala estima que no se ha dividido la causa como lo afirma el impugnante, ni se han lesionado sus derechos, puesto que lo que ha pretendido con este incidente es una ampliación de las pretensiones de su recurso, cuestión improcedente conforme a lo dispuesto por los artículos 447 y siguientes y 472 del Código citado. Además, el incidentista carece de legitimación para recurrir en esta vía respecto a extremos o derechos de los cuales no es titular. Se declara sin lugar el incidente de nulidad.
Recurso de Casación de Orlando Villaplana Cortés, como apoderado de "Printy S.A"

III.- Errónea aplicación del párrafo final del artículo 123 del Código Penal de 1941 y falta de aplicación de los artículos 1, 5 inciso c), 438 inciso b y 440 primer párrafo del Código de Comercio, así como de los numerales 456 y 472 del Código Civil: En los tres motivos de su impugnación por vicios de fondo, el recurrente cuestiona la sentencia, en cuanto ordena la cancelación de los asientos de inscripción, al amparo de los cuales, su representada adquirió el inmueble, objeto de la estafa por la que se condenó al imputado. A juicio del impugnante, la sentencia aplica erróneamente el párrafo final del artículo 123 de las disposiciones vigentes sobre responsabilidad civil derivada del delito, del Código Penal de 1941, pues en ella claramente se establece que, como parte de la reparación del daño causado por el delito, se ordenará la restitución “aún cuando la cosa se hallare en poder de un tercero, dejando a salvo los derechos que la ley civil confiere a éste” y, en el caso concreto, su representada, es una sociedad mercantil que adquirió el bien inmueble objeto de la estafa juzgada, al amparo de la publicidad registral, ignorando por completo la falsedad del título inscrito y por ello, actuando como tercero de buena fe, que debe, en consecuencia, ser amparado en todo caso, como lo establece el numeral 440 del Código de Comercio, numeral que alega inobservado, pues en él se establece que la compra venta de cosa ajena es válida, siempre que el comprador ignore tal circunstancia. Por ello, bien entendido el párrafo final del artículo 123 señalado, su representada debe tenerse como un tercero de buena fe y, en razón de ello, los “derechos que la ley civil confiere a éste”, en este caso concreto, significan el derecho a conservar el inmueble en su poder, así como la inscripción que ampara su derecho, adquirido bajo el manto de la publicidad registral. **El reclamo no es procedente.** Resulta innegable que las disposiciones que, en el derecho privado, regulan el tráfico de los bienes, contienen normas directamente encaminadas a salvaguardar la seguridad en ese tráfico y la tutela de quienes han contratado, actuando de buena fe, que es el principio rector –artículo 21 del Código Civil-. Cuando las actividades privadas son objeto de regulación por el derecho, es porque se estima involucrado, innegablemente, un interés público que justifica tal regulación, en aras de conservar la paz y la armonía social, clima en el que se desea se desenvuelvan las actividades sociales de toda índole. El Derecho Privado es, regulador y ordenador de ciertas esferas de la vida de los particulares que revisten interés social y que, convertidas en leyes, son de acatamiento obligatorio. La materia contractual es una de ellas y, en específico, el tráfico de bienes muebles e inmuebles sujetos a inscripción registral es, quizás, de los más cotidianos. Es entendido que la regulación de los contratos –valga la insistencia- se encamina a garantizar la buena fe, los principios básicos de expresión de la voluntad y de aseguramiento de los derechos de las partes. Son los lineamientos generales dentro de los cuales las partes han de moverse, en el marco de libertad constitucionalmente consagrado –artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política-. No es ajeno a la realidad, que el tráfico y comercio de bienes, sean el terreno fértil para que se generen situaciones que, además de rebasar los límites

de la buena fe, resultan ser delictivas. Y ya entrados al campo penal, al sector represivo del Estado, estamos en un área de eminentísimo orden público, desde que el Derecho Penal, en un Estado de Derecho, al ser concebido como la ultima ratio, se dirige a tutelar, con todo el peso del poder represivo estatal, los bienes jurídicos esenciales para la colectividad. Y, dentro de esta tesitura, nadie ignora que, para la tutela de esos bienes jurídicos, se estructuran sanciones que, cumpliendo con el principio de racionalidad y proporcionalidad, también afectan derechos fundamentales del condenado, entre ellos, su propia libertad. De lo dicho resalta que, ambas esferas del ordenamiento jurídico –el derecho privado y el derecho penal- si bien conforman una unidad normativa, ello no significa que los principios que en uno, se dirigen a asegurar el tráfico de bienes y la buena fe, prevalezcan o se contradigan con aquél que tutela en forma represiva, la lesión a los bienes jurídicos esenciales y que, con motivo del hecho delictivo, han lesionado, además, en forma intensa los derechos del directamente ofendido, una víctima que, constitucionalmente, tiene el derecho a *“encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”*-artículo 41 de la Constitución Política-, tutela que existe en todas las esferas del ordenamiento jurídico pero que se refleja en forma más intensa cuando se trata de la víctima de un hecho delictivo, por la lesión a bienes e intereses fundamentales que eso implica. Por eso, es criterio de esta Sala que, como sucede en el caso concreto, la víctima de un despojo de sus bienes, hecho al amparo de documentos falsos que logran ser inscritos en el Registro Público, tiene derecho a recuperar el bien que le ha sido, de esta manera, sustraído en forma fraudulenta, aún cuando haya terceros adquirentes de buena fe, que a su vez confiaron en la publicidad registral. Lo dicho no implica, en forma alguna, desconocer a los terceros de buena fe, la tutela y defensa de sus intereses, porque ellos conservan los mecanismos previstos en la legislación civil para reclamar, contra el vendedor, la garantía y, en todo caso, el pago de los daños y perjuicios, así como las restantes indemnizaciones que correspondan –pago de mejoras, por ejemplo-, según los principios que allí se establecen. A juicio de esta Sala, la tutela del tercero de buena fe, no puede implicar que su situación prevalezca sobre la de quien ha sido, en forma fraudulenta, subrepticia e indefensa, sorprendido con el despojo de la titularidad jurídica de los bienes que le pertenecen y que, por imposición del Estado, está obligado a inscribir y registrar. En el caso de los inmuebles y de los vehículos, es por una obligación, instaurada por el Estado, con el fin de dotar de seguridad al tráfico de esos bienes, que los mismos deben inscribirse en el Registro. Si el funcionamiento de esa entidad es defectuoso o insuficiente para garantizarle a ese propietario, que debe inscribir sus bienes, el respeto de sus derechos legítimamente adquiridos, eso no puede ser utilizado como excusa para legitimar los fraudes que por medio de documentos públicos falsos y que, utilizando la propia estructura registral, logran el despojo jurídico de los bienes o incluso, legitimar la adquisición espuria de los mismos -por ejemplo, el caso de vehículos robados a sus propietarios, cuyas características son alteradas para luego, mediante falsos documentos, lograr su inscripción registral, despojando, no sólo de hecho, sino de derecho, a su propietario, del disfrute del bien-. En el caso de los bienes inmuebles, son muchas las ocasiones en que, el legítimo propietario registral, aún conservando la posesión del bien, es jurídicamente despojado de la misma, al amparo de documentos falsificados que, tergiversan la información que el Registro da a los terceros, que luego, amparados en esos datos, adquieren derechos sobre ellos. Aún cuando es muy dudosa la transparencia de un negocio, en el que se adquiere un inmueble que ni siquiera se ha visto, lo cierto es que puede ser que de buena fe eso suceda, amparado únicamente en la publicidad de los datos registrales. ¿Qué consecuencias tiene esto en la realidad? La tutela de los terceros adquirentes de buena fe, en los términos que se pretenden por el recurrente, en casos como el narrado, implican despojar al legítimo propietario y al actual poseedor, del bien que le pertenece, para darlo a un tercero, en aras de los principios de seguridad registral. Tal solución resulta, sin duda alguna, desmedida, desproporcionada y, finalmente, injusta. A juicio de esta Sala, la importancia de la publicidad registral y sus principios, no pueden prevalecer sobre el derecho de la primer víctima -el legítimo propietario, originariamente despojado en forma fraudulenta- de mantener la titularidad plena sobre sus bienes o en todo caso, el derecho a ser restituido en el goce de los mismos. Los incumplimientos, vicios, errores o defectos en los bienes adquiridos, dentro del tráfico

comercial, encuentran terreno de regulación en el Código Civil y, en lo que a su materia toca, en el Código de Comercio. Allí tienen los contratantes -y, por ende, los terceros adquirentes de buena fe-, las normas y las vías procesales para solventar los problemas surgidos a raíz de un contrato. Pero cuando una negociación surge, se modifica o se estructura sobre la base de falsedades documentales, es al Derecho Penal al que compete declarar la existencia del hecho, su responsable y determinar las consecuencias jurídicas que conlleva, no sólo penales propiamente -como sería la sanción-, sino las civiles y las de otra índole que se encuentren indisolublemente ligadas a la penal y a su objeto de tutela, pues es la sentencia penal la que tratará de restablecer la paz social, en lo posible restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho. Dejar a salvo, en el caso de la restitución “los derechos de terceros”, como reza el numeral 123 del Código Penal de 1941, significa que éstos conservarán los derechos para accionar contra quien les transmitió, en reclamo de los daños y perjuicios ocasionados y de las restantes indemnizaciones que pudieran corresponder, lo que bien pueden hacer, ejerciendo la acción civil resarcitoria en sede penal, cuando su vendedor y el imputado de la causa, sean la misma persona, o en la jurisdicción civil, mediante los procedimientos que correspondan.

IV.- El impugnante estima, al propio tiempo, que se ha inobservado el numeral 456 del Código Civil, del que se ha hecho una errónea relación con el artículo 472 del mismo Código. El artículo 456 citado es claro cuando establece que *“La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a terceros aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que, aunque explícitas no consten en el Registro”*. Si bien el inciso 2 del artículo 472 señalado, establece que podrá y deberá ordenarse cancelación total de los asientos registrales, cuando se declare nulo el título en virtud del cual se ha hecho la inscripción, esto debe relacionarse con el artículo 456 y entender, que quien adquirió al amparo de la publicidad registral, estará siempre protegido, pues se considerará tercero de buena fe. En realidad, la Sala entiende que, según se analizó, la publicidad registral, es un instrumento establecido y erigido por el Estado, para asegurar el tráfico de bienes, dándole seguridad y respaldo a la información allí consignada. Pero es eso, un instrumento más, de innegable valor e importancia para amparar los derechos de quienes se ven perjudicados por errores, omisiones en la información consignada o bien para quienes han sido víctimas de aquellos que, valiéndose de ese instrumento, lo utilizan para asegurar, a su vez, el resultado de un proyecto delictivo, mediante la utilización de documentos falsos, en perjuicio de los propietarios registrales verdaderos y, realizar a su amparo, entre otros, falsos traspasos que luego, so pretexto de la seguridad que la propia publicidad representa, extender los efectos del delito, a terceras personas que actúan, la mayoría de ocasiones, de buena fe, si bien no faltan casos en los que, quien adquirirá “al amparo del registro”, también conoce la maniobra fraudulenta y de ello precisamente, espera obtener provecho, para “legalizar” su situación y, de allí en adelante, iniciar la cadena de perjuicios, a los verdaderos adquirentes de buena fe, confiados en la información de la publicidad registral. En suma: la publicidad registral protege el derecho de los terceros de buena fe que han sido sorprendidos con maniobras fraudulentas, para poder reclamar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, según se establece en el campo civil. Pero no puede, en forma alguna, constituirse como mampara de legitimación de los hechos delictivos, al punto de ser un obstáculo para que la víctima de un delito –el propietario original, despojado de su bien por un documento falso que ha logrado inscribirse pueda recuperarlo –de hecho y de derecho-. Por ello, en estos casos encuentra plena aplicación lo dispuesto por los numerales 539 del Código de Procedimientos Penales de 1973 (468 del Código Procesal Penal de 1996), cuando dispone que en la sentencia declarativa de una falsedad documental *“el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado”* y el 541, al establecer que *“Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará, mediante razón, al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo”*.

Suprimir el documento significa eliminar el acto que por su medio se realizó, así como sus efectos. Como lógica consecuencia, los actos posteriores que de él dependan, deben anularse también, quedando salvos los derechos de los terceros de buena fe para el reclamo de las indemnizaciones que procedan. La protección que concede el numeral 456 del Código Civil, se entiende que rige frente a aquellos casos en que la nulidad o rescisión del título sobrevengan por situaciones jurídicas cuya ilicitud sea de índole civil estrictamente, mas no para oponerse a quien ha sido la víctima original de un despojo fraudulento, hecho al amparo de documentos públicos falsos y de inscripciones y asientos registrales logrados bajo su manto, aún si con posterioridad a ese acto, se hayan realizado otras transacciones en que se vean comprometidos terceros de buena fe, quizás también víctimas de alguna empresa delictiva. *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”; “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”*, rezan, por su orden, los numerales 20 y 22 del Código Civil, normas que con claridad diáfana reflejan la plena armonía de lo aquí resuelto, con los principios que inspiran la aplicación e interpretación jurídica. Permitir que la publicidad registral ampare un ejercicio antisocial de los derechos por su medio consagrados, es consentir la persistencia del abuso y por ello, la sentencia penal debe, al ordenar la supresión del acto generado en un documento falso, restablecer a la víctima en el pleno goce de sus derechos, quedando, para los terceros de buena fe, salvos sus derechos de reclamar las indemnizaciones correspondientes ante la jurisdicción civil, o bien, dentro del proceso penal, en los casos en que ello sea procedente.

V.- La jurisprudencia de la Sala Primera Civil ha reconocido la importancia y los alcances de la publicidad registral en el tráfico de bienes, al tiempo que ha puntualizado que la inscripción no convalida actos que sean anulables o nulos, de conformidad con la ley. Así, ha señalado que: *“(...)III.- El Registro Público de la Propiedad tiene como fin fundamental la inscripción, seguridad y publicidad de los derechos reales. En este sentido todo lo relativo al nacimiento, vicisitudes y extinción de éstos además de ser trascendente para su titular, adquiere gran relevancia en cuanto a los terceros, quienes sólo por la publicidad registral tienen acceso al conocimiento de la situación exacta de esos derechos, tanto en cuanto puedan confluír con otros derechos reales como respecto de las incidencias de los derechos personales sobre ellos. Los problemas surgidos entre diferentes derechos reales, o de derechos personales sobre éstos encuentran su regulación en el Código Civil en los numerales 455, 456 y 457, señalando la jurisprudencia lineamientos muy claros respecto de estas normas, sobre todo luego de la reforma al artículo 455 operada en virtud de la Ley N°2928 del 5 de diciembre de 1961 (Sentencia de Casación N° 95 de las 15 horas 45 minutos del 7 de agosto de 1968),(...). Por su parte en la confluencia de derechos reales y derechos personales naturalmente ha de imperar el principio de primero en tiempo primero en derecho, de donde aún cuando una escritura pública hubiere sido otorgada mucho antes de una posterior, pero no presentada al Registro, tendrá prioridad aquella presentada primero, esto se desprende de la misma norma inalterada del primer párrafo del artículo 455 del Código Civil, sobre el cual no hubo reforma legislativa, y es la regla admitida en forma reiterada por la jurisprudencia. No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico no pretende darle mayor validez al Registro respecto de cualquier acto nulo o anulable presentado con anterioridad para su inscripción en el Registro, y mucho menos convalidarlo, de donde la parte tiene abierto el camino para que se declare uno u otro de los vicios señalados, sólo que cuando los actos o contratos fueren ejecutados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán respecto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro*

(Artículo 456 del Código Civil). Y se indica que el ordenamiento jurídico no pretende darle mayor validez al Registro respecto de cualquier acto pues si bien impera la regla de que las acciones de rescisión o resolución no se aplicarán al tercero que haya inscrito su derecho, esta regla tiene dos excepciones: la primera tiene un origen consensual, pues si las partes lo han estipulado y consta en el Registro la acción de rescisión o resolución perjudica al tercero, y, la otra, cuando las partes han impulsado la creación de actos so (sic) contratos en fraude de acreedores, en este caso opera la rescisión o resolución cuando la segunda enajenación ha sido hecha por título lucrativo, o cuando el tercero haya tenido conocimiento del fraude (Artículo 457 del mismo Código)". (sentencia 060-F-91, de las 15:00 hrs. del 24 de abril de 1991, Sala Primera Civil).

Es evidente el esfuerzo de puntualización que, a partir de los textos legales, hace la jurisprudencia para remediar las situaciones de colisión de derechos, dando prioridad a la tutela del tercero adquirente de buena fe. Esta Sala comparte esa interpretación, si bien no la considera aplicable para el caso en que, la nulidad del título inscrito se deba a la falsedad del documento que lo ampara, pues en ese supuesto, cuando no sólo la identidad, sino, como lógica consecuencia, la voluntad y el consentimiento del titular registral del bien, han sido usurpadas fraudulentamente, para realizar negocios y movimientos registrales del bien, que implican un despojo de la titularidad jurídica y, en ocasiones, de la posesión real. En ese caso no puede hablarse de negocio, de venta y, al amparo de tal acto fraudulento, no pueden generarse efectos jurídicos válidos, aún cuando hayan intervenido, en la cadena de transmisiones y movimientos, terceros de buena fe. Tampoco podrían extenderse esos efectos, para legitimar las desposiciones -en el caso de vehículos- originadas en un delito -hurto o robo, por ejemplo-, que permiten, una vez con la posesión ilegítima del bien, variar sus características o simplemente usurpar la identidad del legítimo propietario registral y realizar una inscripción o un traspaso fraudulento, aún si con ello se perjudica luego, a un tercero adquirente de buena fe. Sin embargo, otra es la interpretación que, al tema, ha dado la Sala Primera y que, esta Sala respeta, pero que, por las razones dichas, no comparte. Así, aquélla ha señalado:

"(...)VII.- El representante de la señora Muñoz Picado, achaca violación directa de los artículos 325, 1045, 627 inciso 3 del Código Civil y 9 de la Ley Número 3883 de 30 de mayo de 1967. Lo anterior por cuanto, según indica, no existe justa causa para condenar al pago de daños y perjuicios. Tal reproche no es de recibo. La codemandada dicha dispuso de dos bienes que no le pertenecían. Sobre ellos, posteriormente, otros demandados adquirieron derechos reales, de buena fe. Eso impide a la actora ejercer los atributos dominicales sobre los lotes adquiridos números 81473 y 81479. Tal disposición de la señora Muñoz, finalmente, desemboca en la supresión total del vínculo de carácter real observado por ella con respecto a esos bienes. Se produce pues un daño patrimonial, como efecto, cuya causa está representada por la conducta ilícita de la susodicha coaccionada. Configúrase, por ende, en la especie, la responsabilidad civil extracontractual contemplada por el artículo 1045 del Código Civil. Según establece este precepto, quien "... por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Ahora, como se ve, la condena depende de la producción de un daño originado en una conducta ilícita. Sobre ello, milita prueba abundante en el proceso. No precisa, en consecuencia, como lo pretende la recurrente, la anulación de los asientos de inscripción relativos a escrituras y planos catastrados. La coexistencia numérico-registral de las fincas litigiosas no liberan de responsabilidad a la recurrente. La situación fáctica del caso le permitió conocer que las superficies de los inmuebles 81473 y 81479, no correspondían con su derecho dominical. Al respecto, cabe recordar, la finca madre pertenecía a su esposo. Entonces, son segregados dos lotes, los cuales posteriormente compra el señor Muñoz Gómez. Incluso, uno de esos terrenos, tiempo después ella misma lo adquiere, aceptando la hipoteca; y aún así, la superposición sobreviene con motivo de sus gestiones, inclusive sobre este último bien.

VIII.- Es así como la entidad actora, ante el daño sufrido, pretende no sólo el resarcimiento

sino también la recuperación de ambos inmuebles. Lo último sin embargo, por razones obvias basadas en la fe pública registral, en favor de terceros, no es posible. Estas adquirieron, de buena fe, al amparo del Registro. Es por ello que el Tribunal Superior, con tino, fundamenta el pago relativo al valor de las fincas, en el artículo 325 del Código Civil. La imposibilidad de recuperación impone el resarcimiento del menoscabo irrogado. De no ser así, acaecería en la especie el enriquecimiento ilícito de la señora Muñoz (...)

XII.- Con respecto a la violación directa argüida, la prueba de autos denuncia una incorrecta división de las propiedades. El error se origina en el proceso de segregación de lotes de una finca madre, en el cual intervino la señora Muñoz Picado. Esta vendió lotes de su inmueble número 46161. Al momento de ubicarlos materialmente, según los planos, aparece una disconformidad consistente en sobreposiciones con terrenos de la actora, los cuales no fueron excluidos de las operaciones sucesivas de división y disposición efectuadas. En consecuencia, al sobrevenir éstas, acaece la superposición. Amén de ello, queda evidenciado en la sustanciación, lo pretendido por la codemandada Muñoz Picado de ampliar la cabida de la finca. Así lo verifica el plano de rectificación de medida visible al folio 69 del expediente. Según ahí se indica, la finca 46161 mide 59410 metros con 94 decímetros cuadrados, es decir, 7751 metros con 60 decímetros cuadrados más en relación con el área inicialmente ostentada por la propiedad, y 12215 metros con 60 decímetros cuadrados más que el resto del fundo adquirido de la empresa Mercerizados Centroamericanos S.A.. En fin, los autos determinan -bajo el supuesto que el inmueble original midiera en la realidad 51659 metros con 34 decímetros cuadrados- que actualmente el resto de la finca madre sobrepasa materialmente lo indicado por los planos. Ello, por haberse incorporado para la venta lotes que no pertenecían a la número 46161, lo cual materialmente permitió la no disminución de la porción segregada.

XIII.- En la actualidad, sin darse la copropiedad sobre los terrenos en discusión, más de una persona figura como propietaria de un mismo bien. Ello por cuanto aparecen inscritos en el Registro Público, con diferentes números de identificación. Tal anomalía se originó en la aprobación -por parte de personeros del Catastro Nacional- de un desfase en la medida de las dimensiones de los terrenos, motivando que a una misma fracción, le asignaran varias numeraciones cual si fueran propiedades separadas. Ahí, el Catastro Nacional, de conformidad con su ámbito de acción (artículos 16 a 20 de la Ley No. 6545, del Catastro Nacional, de 25 de marzo de 1981 y 42 del Decreto Ejecutivo No. 13607-J, Reglamento a la Ley de Catastro Nacional, de 24 de abril de 1982) no debió refrendar los planos de los terrenos que serían identificados bajo los números 91779, 91787, -98254-, 91775 -90708 y 90710-. Dichos planos no reflejan la realidad de la propiedad; ni tampoco -como corresponde-, los parámetros físicos de los inmuebles respectivos. No obstante lo anterior, la señora Muñoz Picado dispuso de los bienes conformados según esos planos. Con ello, afectó el derecho de otro sujeto que ostentaba con anterioridad la propiedad de esa finca, tanto en el ámbito material cuanto en el registral y el catastral. De otro lado, por las razones aludidas, quienes transaron con la señora Muñoz, adquirieron de conformidad con la información del Registro de la Propiedad y del Catastro Nacional, existente en ese momento. Por ende, no tenían motivo para dudar en torno a la compraventa realizada. Así, por medio de dicho contrato, apoyados en los planos catastrados levantados (C-364507-79, C-364510-79, C-434227-81, C-358402-79 y C-358403-79), y la segregación de la finca 46161, accedieron legalmente, como terceros de buena fe, a la condición de propietarios de inmuebles, que en su materialidad, y con diferente número de inscripción, pertenecían a otros sujetos. De tal forma, resulta jurídicamente irrelevante, para resolver el conflicto, que la actora adquiriera, vía subasta, las dos propiedades reclamadas. Ello por cuanto el conflicto supone el enfrentamiento de derechos de carácter real; no de uno personal con otro de naturaleza real, para que encontrarán aplicación en la especie, los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 455 del Código Civil.

XIV.- Ahora bien, ante el choque de derechos referido, precisa determinar, con arreglo a la ley, quiénes han de figurar como propietarios de los inmuebles; asimismo, sobre quiénes ha de

recaer la correspondiente exclusión en cuanto a la titularidad de esos bienes. Sobre el particular, no registra nuestra normativa civil disposición expresa que contemple y resuelva el problema de superposición de propiedades bajo las circunstancias mencionadas. Ha de acudir entonces a la integración del derecho para dar adecuada respuesta a la cuestión suscitada. Al respecto surge la figura de la adquisición a non domino, la cual encuentra sustento en la aplicación relacionada de los artículos 456, 457, 477, 481 y 1065 del Código Civil, tanto para bienes muebles cuanto para inmuebles. Los señores Guillén Sánchez, Abarca Petitjean, Klas Arvid Rostrom Trujillo, Cruz Richmond Sanabria, Orlando Solano Carpio, así como la Caja Costarricense del Seguro Social, adquirieron sus derechos reales sobre los inmuebles objeto de este juicio, a la luz de los datos del Registro Público (artículos 267, 268, 455 párrafo primero, 459, 464, 471 y 480 del Código Civil). Dicha información repútese fidedigna por no existir motivo alguno para dudar de su veracidad. Quienes adquirieron lo hicieron de una persona no apta para disponer del bien, pues en realidad no le pertenecía. Sin embargo, esa persona figuraba como propietaria en el Registro. Tan es así, que las respectivas escrituras de compraventa no fueron objetadas al momento de su inscripción (artículos 450 a 452 del Código Civil). Ello brinda protección a esos adquirentes de buena fe, quienes a su vez efectuaron las respectivas demarcaciones conforme al ordenamiento jurídico (artículo 297 del Código Civil). De esta forma, obtuvieron el título que los acredita como propietarios, con todos los atributos derivados del dominio. (...)

XV.- *La asignación numérica diferente por parte del Registro Público, no excluye la aplicación de la figura en cuestión. El principio que sirve de base a ésta, se halla presente en el sub-júdice. A saber, la disposición de un bien ajeno, como si fuera propio, con fundamento en la información emanada del Registro Público, con arreglo a la cual actúa el adquirente, de buena fe. En consecuencia, el interés general amparado por la fe pública registral, prevalece sobre el particular, de las partes afectadas con una adquisición tal. Según lo expuesto, a los codemandados -con excepción de la señora Ana Mayra Muñoz Picado- les son tutelados sus respectivos derechos reales así adquiridos. Lo anterior no implica transgresión del precepto constitucional sobre propiedad privada, pues constituye el medio de resolver el conflicto sobre derechos reales de la misma jerarquía. Sólo que la solución se decanta en favor de aquél cuya actuación, en aras de la adquisición, se basa en un procedimiento de interés general. A la parte perjudicada con la pérdida de su derecho real, le asiste el derecho personal al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos(...)*" (sentencia 53-97, de las 14:30 hrs. del 2 de julio de 1997, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia).

Si bien en este caso, no existe declaratoria alguna que, en sede penal, determine que la persona que, mediante escrituras, reunió en forma ilegal fundos que sabía no le pertenecían, aumentando de esa forma la cabida de su propiedad, para luego, elaborar los planos de esa reunión y, una vez logrado su registro en el Catastro Nacional, segregar los inmuebles y venderlos, con la información así conformada en el Registro, ha cometido un delito, lo cierto es que esta claro que perjudicó con su actuación a los verdaderos propietarios de esos fundos. Sin embargo, el antecedente citado expone con claridad la preeminencia de la protección de los terceros adquirentes de buena fe, sobre el propietario original, criterio que, para los casos en los que esté zanjada la existencia de la falsedad documental y su autoría, en perjuicio del propietario original despojado, esta Sala no comparte, por las razones expuestas. La posición de esta Sala ha sido compartida, de alguna manera, por los Tribunales civiles y de ello hace ejemplo la sentencia del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las 9:25 hrs. del 7 de abril de 1993, transcrita en la sentencia 14-F-94, de las 11:35 hrs. del 25 de marzo de 1994 de la Sala Primera. En las consideraciones del fallo del Tribunal al que se ha hecho mención, se señaló:

"(...)III.- *De acuerdo con los hechos que se han tenido por demostrados en este proceso, la aquí actora se ha visto obligada a plantear la presente demanda ordinaria, no obstante que obtuvo un pronunciamiento firme del Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda, mediante resolución dictada dentro de la acción civil resarcitoria en la cual se ordenó la cancelación de*

los respectivos asientos de traspaso que dieron origen al proceso penal, pero la ejecutoria no pudo inscribirse en el Registro por existir una serie de documentos anotados con posterioridad al asiento mediante el cual el bien objeto de este litigio, era traspaso a favor de la co-demandada González García. Como se ve de la certificación de folio 250 a 252, después de dicho asiento fueron inscritas dos hipotecas a favor de los co-demandados Alvaro Barrenechea e Inversiones Carina S.A. y entre las anotaciones se encuentra la protocolización de piezas mediante la cual dichos acreedores se adjudicaron el bien subastado, en remate aprobado por el Juzgado dicho (...)

VI.- Analicemos seguidamente cada una de las pretensiones a efecto de establecer su procedencia. El primer extremo tiende a que se declare absolutamente nula la escritura de compra-venta otorgada el trece de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, ante el Notario Juan Vicente Rojas Morera. Esa pretensión es de recibo toda vez que en sede penal se estableció que la firma de la vendedora en dicho documento, señora Rodríguez Monge, fue falsificada y con ello se colige la ausencia del consentimiento que es uno de los elementos esenciales que debe regir en toda contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1049 del Código Civil, en el que se expresa que la venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio. Por tal motivo deberá acogerse en la forma pedida, ya que ese contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta de conformidad con lo dicho en el artículo 835 inciso 1º del mismo Código. En virtud de ello, las excepciones que fueron opuestas por los co-demandados de falta de interés actual, falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa y pasiva, falta de causa y sine actione agit, deberán rechazarse ya que sin duda alguna la demandante tiene un interés jurídico que proteger a través del órgano jurisdiccional, así como un derecho tanto real como personal, que la legitima a exigir la prestación que reclama en la forma que lo hizo. **VII.-** El segundo extremo petitorio con la letra b) busca que se declare que la finca del Partido de San José, inscrita al Folio Real ciento setenta y seis mil seiscientos treinta- cero cero cero, es propiedad única y exclusiva de la actora. Para poder concluir si esa pretensión es procedente o no, deben analizarse prioritariamente los extremos tres y cuatro identificados con las letras c) y d) mediante los cuales se persigue la declaratoria de nulidad de las escrituras por medio de las que la co-demandada González García impuso dos hipotecas a favor de los co-demandados Barrenechea Troyo e Inversiones Carina S.A. Es por ello que seguidamente analizaremos, primero, si cabe o no anular esas escrituras de hipoteca. **VIII.-** En torno al extremo petitorio c) cabe señalar que de acuerdo con la prueba documental que consta en este expediente la demandada González García obtuvo la falsificación de la firma de la vendedora mediante la cual fue traspasada la finca objeto de este proceso a su favor el día trece de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; sin embargo, dicho documento fue presentado al Registro Público hasta el día dieciocho de febrero de ese año y la escritura pública mediante la cual Denixe González hipotecó la finca a favor de Alvaro Barrenechea Troyo fue otorgada el catorce de febrero de ese año, o sea, al día siguiente de la fecha en que González García fraudulentamente obtuvo el traspaso a su favor. De ello se infiere que no es posible afirmar, como lo hace la Juzgadora de primera instancia, que su crédito está amparado por la norma contenida en el artículo 456 del Código Civil, ya que la demandada Denixe González al catorce de febrero no aparecía ante el Registro Público de la Propiedad con derecho alguno sobre el inmueble que hipotecó diciéndose dueña. **Por lo tanto, si la demandada González García, valiéndose de un título que era absolutamente nulo hipotecó un bien que no le pertenecía, se concluye que el documento de hipoteca es nulo y por lo tanto así deberá declararse, desestimándose por ende las excepciones que los co-demandados Barrenechea e Inversiones Carina S.A. opusieron conjuntamente al contestar la demanda.** Como antecedente jurisprudencial de esta misma Sección, cabe citar la Sentencia Nº 417 del 19 de julio de 1985, mantenida por la Sala de Casación, en sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Nº 44-91 de las 14:50 horas del 5 de abril de 1991, en la que en lo conducente se expresó: "... IV- Si la venta de cosa ajena es absolutamente nula, y si sólo puede hipotecar quien por ser dueño de la finca puede enajenarla, también será absolutamente nula la hipoteca constituida por quien no tenga la propiedad absoluta sobre el

inmueble...". Lo anterior con apoyo en la doctrina que informan los artículos 264, 409, 410, 835, inciso 1, 1061, todos del Código Civil. IX.- Mediante el extremo petitorio d), se solicita la declaratoria de nulidad de la escritura mediante la cual se constituyó el crédito hipotecario a favor de Inversiones Carina S.A. La Juzgadora de primera instancia estimó que tal pretensión no era procedente por cuanto dicha acreedora estaba amparada por lo que dispone el artículo 456 del Código Civil. Sin embargo, es preciso señalar dos aspectos importantes en torno a la aplicabilidad de esa norma. En primer lugar, es criterio de la mayoría de este Tribunal que esa disposición legal debe interpretarse en el sentido de que la protección a terceros de buena fe cobra vigencia cuando el negocio de ese tercero es cristalino, pero no cuando se nota que el mismo fue realizado con cierta colusión como en este caso. Existen múltiples indicios que hacen presumir la existencia de un acuerdo o entendimiento entre la señora González García y los acreedores hipotecarios Barrenechea Troyo e Inversiones Carina S.A. tales como el cortísimo plazo de escasos meses para cancelar sumas de dinero cuantiosas; el hecho de que el Notario Público del señor Barrenechea sea el mismo de la sociedad Inversiones Carina S.A.; que curiosamente y lo cual es muy poco usual, ambos acreedores se hubiesen adjudicado por partes iguales el inmueble rematado a efecto de quedar como co-propietarios del mismo; que ambos contestaron en forma conjunta la presente demanda, y finalmente el hecho tan importante de que en realidad no han procurado en una forma enérgica asumir la efectiva toma de posesión del inmueble, pues se limitaron a plantear una tímida demanda de desahucio, la que les fue declarada sin lugar y tampoco aprovecharon el establecimiento de esta demanda para haber contrademandado a la actora, exigiendo la devolución de todas las rentas que ella ha percibido por concepto de alquiler de la edificación existente en la finca objeto de ese proceso, y/o la entrega forzosa de la finca. X.- El otro aspecto de relevancia que se considera importante analizar en cuanto a esa normativa, es que **en realidad en el presente caso, lo que nos encontramos es con un enfrentamiento de derechos: por un lado el derecho de propiedad que legítimamente había adquirido doña Ana María Rodríguez y que se encontraba debidamente inscrito en el Registro correspondiente, enfrentado ante el derecho de los acreedores, derecho que inicialmente fue de crédito y ahora es de propiedad sobre el mismo inmueble, el cual se deriva de un acto fraudulento. De lo anterior se desprende que nos encontramos ante una cuestión de prioridad de derechos, y ante esa situación nos preguntamos ¿Cuál derecho prevalece sobre el otro? Evidentemente la respuesta para que se dé una solución justa a la controversia que se ha suscitado debe ser la que proteja y tutele el derecho de la actora, por ser éste en todo momento legítimo y auténtico y es precisamente con esa interpretación de la norma que se estima que sí son procedentes los extremos petitorios el c) y ahora el d) que se están analizando, pues los derechos de estos acreedores provienen de un derecho de propiedad adquirido por González García en una forma ilegal y por lo tanto el mismo vicio de nulidad ataca las escrituras de hipoteca que posteriormente otorgó diciéndose propietaria de un inmueble que en realidad no le pertenecía.** En la sentencia de Casación dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 44 de las 14:50 horas del 5 de abril de 1991, se expresaron varios conceptos de sumo interés para el punto que ahora se discute, ya que allí lo que se dio fue el otorgamiento de una garantía hipotecaria de un bien sobre el cual el deudor no tenía el pleno dominio, pues tan solo tenía derecho a una doceava parte del inmueble que era propiedad común de él y varios hermanos, sin que aquellos hubiesen consentido. Dicho bien fue rematado y adjudicado por un tercero, quien lo inscribió a su nombre en el Registro Público de la Propiedad. En lo conducente se expresa: "...X- Como ha quedado establecido, la nulidad de la hipoteca hace también nulos los actos y contratos que sean consecuencia suya. En tal efecto, el remate, la adjudicación, la cesión de derechos, las diligencias de información posesoria y la inscripción del inmueble en el Registro Público, devienen nulas, pues en virtud de aquella nulidad, la situación jurídica se retrotrae al estado de cosas anterior al acto inválido, sea, a la situación imperante antes de la constitución hipotecaria... porque la nulidad absoluta acarrea insubsistencia jurídica del acto, de manera tal, que se elimina cualquier posibilidad de nacimiento o consolidación de derechos o efectos jurídicos en favor o en contra de alguna persona, aun cuando se hayan ejecutado en alguna forma esos actos o contratos, pues en virtud de la nulidad pierden también toda validez y

eficacia dichos actos de ejecución, al restituirse la situación jurídica al momento anterior a la producción del acto viciado de nulidad..." Por tal motivo las excepciones de falta de interés actual, falta de derecho, falta de legitimación ad causam pasiva, falta de causa y sine actione agit, opuestas conjuntamente por los co-demandados Barrenechea e Inversiones Carina S.A. deberán rechazarse por improcedentes, e igual suerte corren las excepciones que opuso la co-demandada González García, por ser idénticas a las anteriores. XI.- Si como se ha establecido en líneas anteriores, es pertinente la declaratoria de nulidad de las escrituras de hipoteca que la demandada González García otorgó diciéndose propietaria, cuando en realidad no lo era, pues se dio la causal establecida en el inciso 1º del artículo 835 del Código Civil, al faltar un elemento esencial cual es ser la titular del derecho de propiedad del cual dispuso González García mediante el otorgamiento de las escrituras de hipoteca(...)" (el destacado es suplido). Sentencia del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de las 9:25 hrs. del 7 de abril de 1993.

Por todo lo expuesto, es claro que la sentencia impugnada no adolece del vicio sustantivo que le achaca el recurrente. Su representada conserva el derecho de reclamar, contra quien corresponda, las responsabilidades del caso ante la pérdida del inmueble, así como las indemnizaciones que resulten procedentes, pero la propiedad debe restituirse al original y legítimo propietario, despojado por la acción fraudulenta del acusado. Por lo expuesto, el reclamo debe rechazarse.

VI.- En el único motivo del recurso por la forma se alega la violación de normas constitucionales referidas al debido proceso en relación con la violación por falta de aplicación de los artículos 9, 56, 57, 61 y 79 del Código de Procedimientos Penales de 1973. Este se apoya en la tesis de que existen vicios en cuanto a la acción civil resarcitoria se refiere, toda vez que el ofendido Oscar Jenkins Salazar no incluyó como demandada a Printy S.A. ni dedujo la pretensión de restitución del inmueble, lo cual hizo al momento de emitir oralmente las conclusiones, con lo cual se modificó completamente la situación subjetiva de dicha sociedad. El reproche no es atendible por lo expuesto en el considerando segundo, puesto que la supresión del acto fraudulento y de los que con posterioridad se dieron, es una atribución aficiosa del Tribunal, independientemente de que se haya o no ejercido la acción civil resarcitoria. La Sala Primera Civil en la sentencia número 85 de las 10 horas del 24 de diciembre de 1993 se pronuncia de la misma manera al señalar: "... si el recurrente no fue condenado, ni fue parte en el juicio penal ello no puede sanear un acto absolutamente ilegítimo, espureo, contrario al ordenamiento jurídico por una acción evidentemente grosera, y el tribunal al ordenar al registro la cancelación de ese asiento actuó legitimado pues tal asiento carece de fuerza jurídica, y es necesario misma del derecho. Esto es así porque es la única forma de garantizar la ejecutoriedad de la sentencia penal... Por otra parte tampoco encuentra esta Sala ningún tipo de violación a la Carta Magna pues el recurrente no puede derivar ningún tipo de derecho de un acto inexistente". Por ello, no se han lesionado los derechos de la referida sociedad, amén de que esta pudo por su lado ejercer la acción civil resarcitoria en contra del acusado, quedándole aún la posibilidad de acudir a los tribunales civiles para determinación de los daños y perjuicios sufridos, así como de establecer la correspondiente ejecución. Se declara sin lugar el recurso.

POR TANTO:

Se declara con lugar el único motivo del recurso por el fondo presentado por Oscar Jenkins Salazar. Se anula parcialmente la sentencia y resolviendo en cuanto al fondo se ordena levantar la orden de inmovilización que pesa sobre la finca inscrita en el Partido de San José matrícula 1879902-000. Comuníquese al Registro Público de la Propiedad. Se declara sin lugar el incidente de nulidad y el recurso de casación presentados por Printy S.A. En lo demás se

mantiene incólume la sentencia.

Daniel González A.

Jesús A. Ramírez Q.

Alfonso Chaves R.

Carlos L. Redondo G.
(MAG. SUPLENTE)

Joaquín Vargas Gené.
(MAG. SUPLENTE)

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
UNIDAD DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS
PENALES

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN: "NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS DE
DISPOSICIÓN Y GRAVAMEN DE BIENES EN EL PROCESO PENAL"
(GRADUANDO: Walther Javier Delgado Tovar)

CUESTIONARIO DIRIGIDO A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN LO PENAL

(Agradeceremos contestar con toda objetividad y sinceridad, es una encuesta totalmente anónima)

1. **En el curso de su quehacer jurisdiccional, fiscal o ejercicio de la defensa: ¿Ha tenido la oportunidad de conocer casos de nulidad de actos jurídicos fraudulentos realizados con la finalidad de frustrar el pago de la reparación civil?**
 - a) No. En ningún caso.
 - b) En pocas oportunidades (menos de 10).
 - c) En más de 10 oportunidades.

2. **En los casos que ha conocido: ¿Qué tratamiento se asumió o debió asumirse frente a los actos fraudulentos?**
 - a) Una demanda civil.
 - b) Una acción de nulidad en el proceso penal.
 - c) Ninguna.

3. **En los casos que ha conocido: ¿Ha aplicado alguna de las siguiente medidas cautelares?**
 - a) Embargo
 - b) Medida de inhibición
 - c) Anotación de la solicitud (demanda)

4. **En los casos que ha conocido: ¿Se amparó la medida?**
 - a) Sí.
 - b) No.

5. **A su criterio, la acción anulatoria en cuestión:**
 - a) Es una acción de nulidad de acto jurídico.
 - b) Acción revocatoria o inoponibilidad.
 - c) Una acción de anulabilidad.
 - d) Desconozco

Lima, Diciembre de 2006.

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
UNIDAD DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS
PENALES

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN: “NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS DE
DISPOSICIÓN Y GRAVAMEN DE BIENES EN EL PROCESO PENAL”**
(GRADUANDO: Walther Javier Delgado Tovar)

**(CUESTIONARIO DIRIGIDO A LOS AGRAVIADOS POR LOS DIVERSOS
DELITOS LESIVOS)**

(Agradeceremos contestar con toda objetividad y sinceridad, es una encuesta totalmente anónima)

- 1. En los casos que ha tenido la mala suerte de ser víctima de un delito: ¿El imputado o el tercero civil ha dispuesto de su patrimonio fraudulentamente con la finalidad de frustrar el pago de la reparación civil?**
 - a) No. En ningún caso.
 - b) En pocas oportunidades.
 - c) En más de 10 oportunidades.

- 2. En los casos que ha conocido: ¿Qué acción tomó?**
 - a) He demandado en la vía civil.
 - b) He demandado en el propio proceso penal.
 - c) Ninguna.

- 3. En los casos que ha conocido: ¿Se ha aplicado alguna de las siguientes medidas cautelares?**
 - a) Embargo
 - b) Medida de inhibición
 - a) Anotación de la solicitud (demanda)

- 4. En los casos de acciones fraudulentas de los imputados y terceros civiles que ha demandado en le vía civil o en la penal: ¿Ha tenido éxito en la solicitud de nulidad de los actos fraudulentos?**
 - a) Si.
 - b) No.

Lima, Diciembre de 2006.