Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Los efectos del acto jurídico celebrado para delinquir. A propósito de los delitos de falsificación de documentos y estelionato

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Ricardo Iván CAVERO FARFÁN

ASESOR

Dr. Víctor MALPARTIDA CASTILLO

Lima, Perú

2024



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Cavero, R. (2024). *Los efectos del acto jurídico celebrado para delinquir. A propósito de los delitos de falsificación de documentos y estelionato*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Ricardo Iván Cavero Farfán
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	42514722
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0002-6273-3480
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Víctor Malpartida Castillo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06637997
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0001-5462-1257
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Aníbal Torres Vásquez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06105850
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	José Luis Gabriel Rivera
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41431088
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Segundo José Leyva Saavedra
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	25645967
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Edificio: Unidad de posgrado de derecho y ciencia política de la UNMSM País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María Calle: Avenida Santa Cruz 711 Latitud: -12.07263 Longitud: -77.04323
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Enero 2019 - junio 2024
URL de disciplinas OCDE	Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los nueves días del mes de noviembre del año dos mil veinticuatro, siendo las catorce horas, bajo la Presidencia del Dr. Aníbal Torres Vásquez y con la asistencia de los Profesores Dr. Víctor Malpartida Castillo, Dr. José Alexander Camus Cubas, Mg. Segundo José Leyva Saavedra, Mg. José Luis Gabriel Rivera y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Ricardo Iván CAVERO FARFÁN,** procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR. A PROPÓSITO DE LOS DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y ESTELIONATO".**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de Bueno con la nota de quince (15)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial a la Bachiller en Derecho don Ricardo Iván CAVERO FARFÁN.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las quince horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Aníbal TORRES VÁSQUEZ
Presidente
Profesor Principal

Dr. Víctor MALPARTIDA CASTILLO
Asesor
Profesor Auxiliar

Dr. José Alexander CAMUS CUBAS
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Mg. Segundo José LEYVA SAAVEDRA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Mg. José Luis GABRIEL RIVERA
Miembro
Profesor Contratado

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
Universidad del Perú, Decana de América

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo Dr. Víctor MALPARTIDA CASTILLO, en mi condición de asesor acreditado con Dictamen N°023-HART-UPG/FD-2018 de la tesis, cuyo título es **"LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR. A PROPÓSITO DE LOS DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y ESTELIONATO",** presentado por el graduando Ricardo Iván CAVERO FARFÁN, para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial **CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el 16% de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional.**

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado/ titulo/ especialidad correspondiente.

Lima, 1 de julio de 2024

Firma del Asesor: _____

Nombres y apellidos del asesor: Dr. Víctor MALPARTIDA CASTILLO

DNI: 06637997

RESUMEN

El presente estudio se denomina «Nulidad del Acto Jurídico celebrado para delinquir. «A propósito de los delitos de falsificación de documentos y estelionato» plantea diferir del fuero civil al penal el pronunciamiento judicial del conflicto de intereses causado por el acto jurídico delictivo, mediante un enfoque integral del ordenamiento jurídico y principios procesales.

En el desarrollo de la tesis se acredita mediante conceptos normativos, dogmáticos y jurisprudenciales que el juez penal es competente para emitir resolución judicial decretando la nulidad del acto jurídico materia de estudio, de ahí que permite proteger el derecho de propiedad de la víctima del delito.

Palabras clave: Acto Jurídico / Competencia / Control jurisdiccional / Validez del contrato / Prueba

ABSTRACT

This research called «Nullity of the juridical act celebrated to commit a crime» proposes to defer from civil to criminal jurisdiction the judicial pronouncement of the conflict of interest caused by the juridical act, through a comprehensive approach to the legal system and procedural principles.

In the development of the thesis, it is proven through normative, dogmatic and jurisprudential concepts that the criminal judge is competent to issue a judicial resolution decreeing the nullity of the juridical act under study, which allows protecting the property right of the victim of the crime.

Keywords: Nullity of the juridical / Competition / Judicial control / property right /

DEDICATORIA

A Rosita Aquije de Cavero, Juan Oswaldo Cavero Bocanegra, Juan Augusto Cavero Aquije y Oskar Junior Bulnes Farfán, como testimonio de mi cariño inconmensurable. Siempre permanecerán en mi corazón.

«El juez tiene efectivamente, como el mago de la fábula, el sobrehumano poder de producir en el mundo del derecho las más monstruosas metamorfosis, y de dar a las sombras apariencias eternas de verdades» **

** CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Reus, Madrid. 2009.

«Leyes hay, lo que falta es justicia» **

** MALLO, Ernesto, C*rimen en el barrio del once. El primer caso del comisario Lascano*, Siruela, Madrid, 2011.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación propone el pronunciamiento judicial de nulidad del acto jurídico sobre la disposición de inmuebles efectuada en el marco de un hecho delictivo, específicamente, al cometer los delitos de falsificación de documentos y estelionato, donde más allá de establecer la responsabilidad penal, se ha identificado que el instrumento del delito[1] que sirvió para consumar el hecho punible preserva un conflicto de intereses respecto de la propiedad objeto del acto jurídico celebrado para delinquir, cuyos efectos jurídicos son desplegados en tanto no exista un pronunciamiento jurisdiccional que declare su nulidad.

El escenario materia de investigación se detecta en los fallos condenatorios derivados del fraude inmobiliario. Ante ello, la prueba judicial[2] actuada en el juicio penal cumple un rol trascendental para respaldar la propuesta de nulidad del acto jurídico, destacándose, principalmente, la pericia grafotécnica, declaración testimonial, exhibición de documentos, confrontaciones, entre otros. Las mencionadas pruebas constituyen material probatorio suficiente para someter a evaluación, previo contradictorio, el pronunciamiento judicial de nulidad.

Por otro lado, se debe considerar que, “el objetivo del ordenamiento jurídico en relación con los negocios jurídicos es la eficacia”[3], en efecto, el propósito de dicha eficacia es que los particulares logren satisfacer sus diversas necesidades mediante sus propias declaraciones voluntarias, siendo necesario que éstas provengan de sujetos capaces y el acto se realice en armonía con la legislación para instituir un vínculo legal intersubjetivo. Conviene subrayar, que el evento materia de investigación no está dirigido a instituir una relación jurídica con resguardo legal, por el contrario, se asocia

---

[1] Cfr. GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 1998., p. 379. Con relación a los instrumentos delictivos, cita como ejemplos a las armas con la que se ejecutó una muerte, los medios del falsificador, entre otros.

[2] Cfr. GARCÍA VALENCIA, *Las pruebas en el proceso penal*, Bogotá, 1996., p. 42. Refiere que la prueba actuada, judicialmente, admite aplicar normas jurídicas. Ergo, es imperioso acreditar mediante la prueba el supuesto de hecho que regula la norma.

[3] TABOADA CÓRDOVA, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Lima, 2002., p. 297.

directamente al ámbito de la punibilidad y en el ámbito civil dicho acto al reñir y ser disconforme con las normas imperativas recibe la calificación abstracta de inválido.

Ante la falta de pronunciamiento jurisdiccional, es posible que dicho acto jurídico origine efectos jurídicos previos, paralelos o posteriores a la emisión de la sentencia condenatoria, cuyo despliegue agrava más el daño al verdadero titular del derecho de propiedad. Dicha situación obliga que el legítimo propietario, además de ser sujeto pasivo del delito (agraviado), recurra a la vía civil, mediante el proceso de conocimiento de nulidad del acto jurídico, para que dentro de un plazo no menor de cinco (5) años obtenga un fallo judicial declarativo vinculado a hechos que ya han sido analizados en sede penal.

Como respuesta a la posibilidad de despliegue de efectos jurídicos precarios del acto jurídico materia de estudio, más allá de su invalidez[4] congénita, se gesta la presente investigación con el propósito de desarrollar una herramienta que pueda ser acogida desde el ámbito jurisdiccional (doctrina jurisprudencial)[5] cautelando coetáneamente lo siguiente: i) Tutelar el derecho de propiedad del legítimo titular respecto del inmueble afectado con la transferencia ilícita, ii) Demostrar que el juez penal de la causa es competente para declarar la nulidad del acto jurídico y iii) Decretar judicialmente la nulidad del acto jurídico de disposición en mención.

En cuanto a la descripción y delimitación del acto jurídico estudiado, se detalla y desarrolla su contenido y características, siendo las más importantes las siguientes: el objeto del acto jurídico esté sometido a controversia mediante proceso penal, la prestación recaiga sobre bienes

[4] Cfr. TABOADA CÓRDOVA, Acto jurídico, negocio jurídico y contrato, cit., p. 298. Describe la clasificación de la ineficacia negocial en originaria o inicial y la sobreveniente o funcional. Desarrolla que la originaria no produce efectos por haber nacido muerto y en otros casos gravemente enfermos, correspondiéndoles la categoría de invalidez que nuestro código prevé como nulidad y anulabilidad.

[5] La doctrina jurisprudencial ordinaria, llámese precedente judicial (artículo 400 del CPC), pleno casatorio (inciso 3 y 4 del artículo 433 del nuevo CPP), precedente vinculante (artículo 40 de la LPT) o pleno jurisdiccional (artículo 116 de la LOPJ), tiene como rasgo característico la actividad persuasiva, unificadora y orientadora de la interpretación y aplicación de una determinada norma legal, sin perjuicio de las características propias de cada institución, resaltando que el acuerdo plenario se convoca por decisión de la Corte Suprema con la intervención de todos los magistrados supremos; sin embargo, el pleno casatorio se acude a solicitud del Ministerio Público, Defensoría del Pueblo o de oficio y con la sola intervención de aquellos magistrados que conforman la sala de casación.

inmuebles (acto jurídico sea de disposición), y se encuentre inserto en documento público[6], para valerse de su aparente existencia y validez con el fin de consumar su propósito delictivo frente a su víctima, claro está que la hipótesis se aplica en tanto no exista proceso civil sobre el tópico materia de estudio. A través de la precitada demarcación se determinará de manera objetiva el ámbito de análisis y la casuística aplicable, teniendo como insumo diversas instituciones del derecho sustantivo y adjetivo para resolver el conflicto de intereses suscitado.

En ese marco, se elabora un enfoque doctrinario, normativo y práctico, describiendo la ausencia de tutela jurisdiccional para atender la problemática planteada, así como refutar la percepción errada existente para abordar el tema materia de investigación, específicamente, de la denominada nulidad *ipso iure*, dicho adagio y concepción resulta insuficiente para remediar los efectos precarios, no permite la interrupción de consecuencias jurídicas[7]. Dentro de la hipótesis diseñada, se considera que el acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible es susceptible de engendrar o generar efectos jurídicos precarios debido al contenido mismo. Con tal propósito se sustenta que el juez penal de la causa goza de plena legitimidad para pronunciarse sobre la nulidad, en tanto la normativa legal actual en materia penal y civil, principios procesales en concordancia con diversos plenos casatorios civiles, brindan la posibilidad que el juez, al momento de emitir sentencia condenatoria, previo contradictorio, pueda declarar la precitada nulidad con el objetivo de proteger oportunamente el derecho constitucional de propiedad del agraviado, resolviéndose de forma solvente los conflictos de intereses o concluyendo la perturbación expectante de las futuras afectaciones, esencialmente, evitar la convalidación que surge a partir de la prescripción de la acción de nulidad.

---

[6] Incluyéndose como especie al instrumento público notarial, que son extendidos o autorizados por mandato de ley, respetando las formalidades establecidas legalmente, por lo tanto, merecen fe *erga onmes* sobre la realización del acto jurídico celebrado.

[7] CAVERO FARFÁN, «Propuesta para cesar los efectos jurídicos del contrato inmobiliario celebrado para delinquir desde el ámbito jurisdiccional», en *Actualidad Civil.* Al día con el Derecho, 2021, n. 81., p. 165.

ÍNDICE

RESUMEN 2
DEDICATORIA 3
INTRODUCCIÓN 1
CAPÍTULO I 7
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN 7
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD 7
1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN 10
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 12
1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS 15
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN 17
1.6. METODOLOGÍA 18
1.7. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN 23
1.8. TIPOLOGÍA Y ENFOQUE DE LA TESIS 27
CAPÍTULO II 29
MARCO TEÓRICO DE LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO 29
2.1. BREVE RESEÑA DE LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO 29
2.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL ACTO JURÍDICO 32
2.3. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO 36
2.4. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO 47
2.5. CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO 55
2.6. NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO Y NULIDAD DEL DOCUMENTO 70
CAPÍTULO III 74
MARCO TEÓRICO DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO 74
3.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA 74
3.2. CONCEPTO DE COMPETENCIA 76
3.3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA 76
3.4. DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES AL PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS 83
CAPÍTULO IV 94
DESCRIPCIÓN DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR 94
4.1. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO JURÍDICO MATERIA DE INVESTIGACIÓN 94
4.2. DE LA VEROSIMILITUD QUE CONTIENE AL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR 102

4.3. ANÁLISIS DE ALGUNOS DELITOS TIPIFICADOS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL QUE REQUIERE EL USO DE UN ACTO JURÍDICO PARA COMETER UN HECHO PUNIBLE 106
CAPÍTULO V 118
NORMATIVIDAD QUE FACULTA AL JUEZ PENAL DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR 118
5.1. PREEXISTENCIA DE LA COMISIÓN DE UN DELITO 118
5.2. DISPOSITIVOS LEGALES QUE FACULTAN AL JUEZ PENAL PRONUNCIARSE SOBRE TEMAS DE CONTENIDO CIVIL 120
5.3. DEFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN RESOLVER LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR 125
5.4. NULIDAD EXPRESA DEL ACTO JURÍDICO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO PENAL 127
5.5. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO CIVIL 131
5.6. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD 139
5.7. PROPUESTA PARA DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR 142
CAPÍTULO VI 145
DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO DELINQUIR 145
6.1. COMENTARIOS SOBRE LA COMPETENCIA EN LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS 145
6.2. LOS EFECTOS JURÍDICOS PRECARIOS DEL ACTO MATERIA DE INVESTIGACIÓN 148
6.3. LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD MANIFIESTA DEL ACTO JURÍDICO 152
6.4. EMISIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL DECRETANDO NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO DICTADA EN SEDE PENAL 157
6.5. OPORTUNIDAD Y PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR 162
CAPÍTULO VII 166
DESARROLLO DE CASOS QUE SUSTENTAN LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN SEDE PENAL 166
7.1. ESCENARIO Y PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN 166
7.2. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LAS PRINCIPALES INSTITUCIONES QUE EJERCEN CONTROL DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO INMOBILIARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO 167
7.3. PRONUNCIAMIENTO VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 172
7.4. PRONUNCIAMIENTOS DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL ÁMBITO MATERIA DE INVESTIGACIÓN 173

7.5. PROTECCIÓN LEGAL QUE BRINDA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN SEDE PENAL 176
CONCLUSIONES 178
RECOMENDACIONES 180
FIGURAS 181
CUADROS 182
ANEXOS 183
BIBLIOGRAFÍA 184

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD

Doctrinariamente, se argumenta que, el acto jurídico nulo es *ipso iure*[8], en virtud que su nulidad es considerada congénita, es decir, el hecho jurídico recibe de manera implícita una consecuencia jurídica "por imperio de la ley", no se requeriría del pronunciamiento jurisdiccional; a pesar de ello, dicho postulado no enmienda los efectos del acto jurídico celebrado para delinquir. En opinión de LOHMANN LUCA DE TENA[9] los particulares pueden proceder como si el negocio nunca hubiera sido celebrado o considerarlo válido (aunque precario) y así abdicar en requerir la nulidad, esto es, por la falta de trascendencia del conflicto; sin embargo, si una de las partes considera en atención a la controversia de intereses la nulidad es el camino para solucionarlo mediante sentencia, ya que, aunque sea nula *ab origine* requiere tal sanción. Creemos que es ineludible formalizar la pretensión de nulidad cuando se procure ejecutar como válido al acto materia de estudio, siendo pertinente la emisión de una resolución judicial que cese los efectos contrarios a ley, o concluir la perturbación contra los derechos del legítimo propietario.

El acto jurídico materia de estudio es utilizado como instrumento del delito para cometer fraude inmobiliario, cuyos hechos, generalmente, son subsumidos en los tipos penales de falsificación de documentos y estelionato, proceso penal que dura aproximadamente tres años de permanente y desgastante litigio. Entonces, si bien es cierto la materialización de un pronunciamiento jurisdiccional mediante una sentencia condenatoria firme, también lo es que el fallo judicial no aprecia la invalidez del acto jurídico celebrado para delinquir, lo cual deja expectante la

[8] *Ipso iure* o *Ipso jure*, expresión latina entendida como "por virtud del derecho" o "de pleno derecho". En el ámbito jurígeno, dicha expresión se emplea para referirse a una consecuencia jurídica producida sin necesidad de que ocurra un hecho previo, sino por aplicación del imperio del Derecho mismo, sin que medie petición alguna.
[9] LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, cit., p. 545 ss.

posibilidad que dicho acto origine efectos jurídicos precarios previos, paralelos o posteriores al pronunciamiento judicial.

Es preciso identificar el impacto que crean las secuelas precarias del acto jurídico proveniente de la comisión delictiva, las cuales contienen un perjuicio patrimonial para la parte afectada, quien fue sometida o inducida al error con relación al inmueble descrito en el acto jurídico cuestionado, resultado jurídico que afecta y perturba el derecho constitucional de propiedad del agraviado, indistintamente de la modalidad defraudatoria inmobiliaria empleada, siendo las recurrentes: Suplantación de identidad, falsificación de documentos, laudos arbitrales fraudulentos, acuerdos de persona jurídica con más de treinta días de expedido, bienes embargados que están a nombre de aquella persona que no inscribió su derecho y discordancia entre el título y el asiento registral.

No es necesario insertar un registro estadístico que acredite los altos índices de fraude inmobiliario, ante el propio escenario social se advierte que existen numerosos casos sobre vulneración al derecho de propiedad protagonizado por personas naturales y jurídicas e inclusive organizaciones criminales, que pretendiendo escudarse en figuras de incumplimiento contractual, perpetran actos ilícitos (contra la fe pública y la propiedad) a través del engaño (alteración a la verdad o falta de la verdad en lo que se ofrece), el ardid (medio astuto o habilidoso para conseguir una conducta o provecho) o la astucia (medio de audacia o intrepidez), en todos los supuestos se tiene a ciencia cierta que el acto jurídico es la herramienta delictiva.

Los casos más mediáticos en materia de fraude inmobiliario en el Perú, probablemente sean los atribuidos a la denominada “organización criminal del clan Orellana”, teniendo como principal protagonista al ciudadano Rodolfo Orellana Rengifo, quien ya ha sido sentenciado (condenado) por el delito de asociación ilícita para delinquir conjuntamente con funcionarios de la SUNARP, por delitos contra la fe pública (caso COOPEX), estafa y otros procesos que aún están en curso, cuyo hecho calificativo era,

principalmente, el despojo de la propiedad y hacerse de ella para sí o terceros, donde en mucho de los actos delictivos se empleó al acto jurídico como instrumento delictivo, así tenemos las escrituras públicas y otros títulos de propiedad. Otra modalidad delictiva asociada a dicha mafia en el rubro inmobiliario es la falsificación de documentos, la misma que viene en aumento por organizaciones delictivas con la ambición de apropiarse de inmuebles, cierta negligencia por parte de algunos operadores jurídicos que deberían calificar oportuna y eficazmente los títulos dentro de sus respectivos ámbitos funcionales. Como resultado, el número de actos delictivos sigue aumentando a medida que los falsificadores realizan un análisis de costo-beneficio que los lleva a concluir que las ganancias extremadamente altas de estos delitos no se ven afectadas por la pena reducida (a menudo simbólicas)[10].

Es importante recordar que el contexto jurídico va más allá de la responsabilidad penal, en el sentido que la conducta ilícita violenta directamente los derechos patrimoniales del titular del legítimo propietario. Ciertamente, en los delitos de falsificación de documentos, estelionato y otros, existe uniformidad en cuanto a la finalidad ilícita, antijurídica y además punible que persigue el acto jurídico instrumento del delito. Es necesario resaltar que, en diligencias preliminares, etapa de investigación preparatoria e intermedia, se obtienen fuentes y medios de prueba, respectivamente, que permiten calificar la validez del acto jurídico celebrado para delinquir; sin embargo, dicho contexto no es cautelado a favor del agraviado, puesto que en sede penal el acto jurídico no recibe ningún tipo de pronunciamiento, es decir, se mantiene indemne jurídica y judicialmente.

La descripción de la realidad exhibe notoriamente la presencia de un acto jurídico (aparentemente válido y eficaz) encubierto, normalmente, en un documento público que es empleado como instrumento para la comisión de delitos. Además, pese a la emisión de una sentencia condenatoria, el

[10] GONZÁLES BARRÓN, «Tecnología y seguridad jurídica en las modificaciones recientes de la ley peruana», *en IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2015, n. 36., p. 251.

precitado acto jurídico no recibe pronunciamiento jurisdiccional alguno respecto de su ficta validez, omisión que deja abierta la posibilidad que se produzcan efectos jurídicos precarios y diversos conflictos de intereses, escenarios que se pretenden extirpar mediante la hipótesis planteada en la presente investigación, con la finalidad que sea considerada por los jueces penales, previo requerimiento, al momento de resolver casos provenientes de la problemática expuesta.

Finalmente, estando que el escenario materia de estudio forma parte del objeto asociado al proceso penal, igualmente, existe la eventualidad que algunos justiciables recurran paralelamente a la vía civil, en donde existe la probabilidad que la parte demandada invoque como mecanismo de defensa la suspensión del proceso regulado en el artículo 320 del Código Procesal Civil, concordado con el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales o del artículo 10 del nuevo Código Procesal Penal, cuya regla se promueve cuando en la tramitación surjan indicios razonables de la comisión de un delito, ante ello, a pedido de parte o de oficio, el juez comunicará al representante del Ministerio Público a efectos que determine la acción penal que corresponda, con ello la detención del litigio civil, en tanto considere que el fallo judicial pueda implicar en el resultado del proceso civil.

1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Los antecedentes de la problemática tienen dos ámbitos; el primero, empírico, fluye de la experiencia profesional, identificando diversas modalidades de fraudes inmobiliarios, cuyo resultado en la mayoría de casos son detectados cuando ya existe un título de propiedad opuesto al ejercicio de los derechos reales del legítimo propietario, naturalmente, desde ese momento es que el perjudicado acciona ante la majestad del Poder Judicial; y el segundo, jurídico, desarrollado a partir de las entidades que asumen por misión ejercer el examen de validez del acto jurídico de disposición materia de análisis, sobre lo cual se profundiza.

La labor notarial, actuando por delegación del Estado, ejerciendo función pública, consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redactando instrumentos y confiriéndoles autenticidad. Dentro de sus funciones y deberes resalta la verificación de identidad de los otorgantes y brindar infraestructura física y tecnológica mínima, esta última, comprende un sistema de protección electrónico, software con información centralizada, acceso a internet, lectora de huellas biométricas, tecnología digital, ingreso a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, entre otros soportes que tienen como misión controlar la formalización y legalidad de todo acto jurídico.

Tenemos a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP que tiene la función exclusiva de verificar la validez de los títulos, en este caso, que contienen derechos reales. Dentro de los alcances de la calificación registral surge la obligación de evaluar los instrumentos materia de inscripción, lo que significa que dicha institución constituye el último filtro en instancia administrativa para realizar el examen de validez del acto jurídico previo a su inscripción y publicidad, lo cierto es que ante un “yerro” del registrador el Sistema Nacional de los Registros Públicos responde, previo proceso judicial, con la indemnización por los errores registrales, sin que ello revoque o enmiende el perjuicio.

En los últimos tiempos, lamentablemente, como parte de la problemática de la propiedad inmueble no inscrita, se han gestado conflictos de intereses a partir del programa de formalización de la propiedad a cargo de COFOPRI, quien lideró el cumplimiento del saneamiento físico legal, consiguientemente, la titulación de posesiones no formalizadas a nivel nacional de manera excepcional y por un periodo determinado. Más allá de la buena propuesta funcional que hoy asume dicha entidad, en ella también se ha incurrido en actos irregulares en la titulación, por decirlo en términos coloquiales, dado que con el paso de los años se ha detectado la admisión de documentos falsos o adulterados que han sido merituados para obtener títulos de

propiedad expedidos por dicho instituto, evidentemente sin conocimiento del titular del derecho real afectado.

Para finalizar, el poder judicial, correspondiendo a la Sala Suprema Civil citar al pleno de los magistrados con el propósito de dictar sentencia que establezca o modifique un precedente judicial. En ese marco, citamos, como insumo, dos plenos casatorios civiles; el primero, mediante Casación n. 3006-2015-Junín, “Materia: nulidad de acto jurídico” (publicado el 22 de setiembre del 2020), consolidando conceptos derecho de propiedad, vulneración al orden público, especialmente los supuestos para la aplicación de la causal de nulidad tácita del acto jurídico; el segundo, a través de la Casación n. 4442-2015-Moquegua, “Materia: otorgamiento de escritura pública” (publicado el 18 de enero del 2017), estableciendo el procedimiento para la declaración de nulidad manifiesta del acto jurídico.

1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desafortunadamente en el Perú se viene incrementando una ola de criminalidad que embiste a nuestra sociedad, lo más grave es que las modalidades delictivas son renovadas en todo ámbito. No es ajeno para nadie que en las últimas décadas se desarrolla y ejecuta el denominado *boom inmobiliario*. En opinión de GONZÁLES BARRÓN es un estímulo relacionado para la industria de la construcción, que tiende a vender proyectos mientras aún están en ejecución. Como resultado, los precios inmobiliarios han aumentado en los últimos ocho años. Por ello, un informe elaborado por el Banco Central de Reserva del Perú muestra que el precio por metro cuadrado de la vivienda en el área de la ciudad de Lima ha aumentado aproximadamente un 300% en los últimos años[11]. Actividad que no ha sido desapercibida por los delincuentes, dado que el auge empresarial en el sector inmobiliario ha crecido simultáneamente con la acción delictiva que atenta contra la propiedad privada, así tenemos, el delito falsificación de documentos y estelionato. Usualmente, para la comisión de dichos delitos se

[11] GONZÁLES BARRÓN, «Tecnología y seguridad jurídica en las modificaciones recientes de la ley peruana», cit., p. 250.

requiere de algún sustento documental que exhiba derechos reales (minuta, escritura pública, etc.), para que los malhechores capten víctimas a través de un aparente título de propiedad, vulnerándose el derecho de propiedad de los legítimos dueños.

De los delitos antes mencionados no es necesario realizar un estudio exhaustivo para demostrar los altos índices delincuenciales que pululan cotidianamente en nuestra sociedad, con relación a ello, se tiene como referencia que la Policía Nacional del Perú a través de la División de Operaciones Especiales-Escuadrón Verde (DIVOEEV), el Colegio de Notarios de Lima con el programa “Juntos contra la falsificación de documentos” y la Superintendencia Nacional de Registros Públicos por medio del programa denominado “Alerta Registral”, son las entidades del Estado que dentro de sus competencias y funciones tratan de aminorar el índice delictivo contra la propiedad inmueble; no obstante, debe tenerse presente que dichas medidas son de carácter meramente preventivas.

Asimismo, es necesario citar la manifestación realizada el 16 de agosto del año 2008, en la que, según información suministrada por el “Colegio de Notario de Lima”, alrededor de 4 000 mil personas, entre policías, notarios, autoridades estatales de diversas entidades, instituciones educativas y público en general que concurrió en la marcha y pasacalle contra la falsificación de documentos, organizada por el Colegio de Notarios de Lima y el Escuadrón Verde de la Policía Nacional del Perú. La caminata comenzó en el parque "La Muralla" del Cercado de Lima hasta la décima cuadra del Jirón Azángaro. Dicha gestión fue promovida desde el año 2007 por la Presidencia del Consejo de Ministros, “Lucha contra la Falsificación de Documentos y Suplantaciones de Identidad”. No es poco significativo tener en cuenta que han trascurrido dieciséis (16) años y dicha situación no se ha corregido, teniendo como anécdota que cerca de la zona donde se delinque se encuentra el Palacio de Justicia de Lima, las Comisarías PNP Cotabambas y Bertha Gonzáles Posada Eyzaguirre (la primera comisaría de mujeres del país).

Respecto de la causa del problema, es decir, los efectos jurídicos del contrato celebrado para delinquir (enfoque jurídico de la problemática), tenemos que estos lesionan flagrantemente los derechos reales del legítimo propietario del inmueble materia de disposición ilícita, partiendo que la presente investigación tiene como premisa el giro de un proceso penal donde el acto jurídico es el instrumento del delito. No obstante, de la existencia de la sentencia condenatoria firme no es óbice para el despliegue de consecuencias precarias, máxime, si el acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible no recibe ningún tipo de calificación respecto a su presunta licitud, dejando abierta la oportunidad que bajo el mismo instrumento del delito se desplieguen efectos jurídicos precarios y/o se vuelva a perpetrar otro hecho punible, omisión jurisdiccional que permite la posibilidad de fundar una serie de consecuencias dañinas - formales y materiales - e imperceptibles para el legítimo propietario (parte agravada del proceso penal) y frente a terceros.

En ese contexto, se puede observar que subsiste un conflicto que fluye específicamente con la concurrencia de dos hechos, la comisión de un delito valiéndose de un acto jurídico y la ausencia del pronunciamiento jurisdiccional asociado al acto jurídico celebrado para delinquir. En la práctica, ante la no declaratoria de nulidad en sede penal, los justiciables recurren a la vía civil mediante la pretensión de la declaración de nulidad, con el innato propósito de proteger sus derechos, pese a la garantía de una condena firme. Por consiguiente, se someten nuevamente al tránsito contencioso que impone el proceso de conocimiento para obtener un fallo judicial declarativo[12] como resultado de lo expuesto precedentemente.

Así las cosas, surge de la problemática planteada lo siguiente:

[12] Cfr. MONROY GÁLVEZ, *Introducción al proceso civil,* Bogotá, 1996., p. 136. “El proceso declarativo se basa en la constatación de una situación jurídica subjetiva perpleja e incierta asociada al derecho material que se atribuye a una determinada persona respecto de otro”.

Problema general:
¿Cuál es el impacto que generan los efectos del acto jurídico proveniente de la comisión de los delitos de falsificación de documentos y estelionato?

Problemas específicos:
¿Qué pretensión procesal permite cesar los efectos del acto jurídico celebrado para delinquir?
¿Existen parámetros normativos que permiten al juez penal declarar la nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir?

1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

Como premisa de la hipótesis principal, se tiene que el impacto de los efectos del acto jurídico celebrado para la comisión de los delitos de falsificación de documentos y estelionato surgen de manera anterior, simultánea o ulterior del pronunciamiento judicial, siendo que la magnitud del daño se evaluará al caso concreto y atendiendo a la ejecución del acto jurídico, toda vez que el hecho generador nace desde la transferencia ilícita de propiedad o derechos reales contenida en el documento materia de investigación, escenario que acarrea conflicto de intereses contra el titular del derecho real inmerso al litigio, existiendo amplias probabilidades de inscribir un cambio de titularidad a favor de terceros.

Para abordar integralmente la problemática descrita se tienen tres alternativas: i) Ejercicio legislativo, ii) Desarrollo de doctrina, y iii) Emisión de jurisprudencia. Siendo que la construcción de la hipótesis se funda, esencialmente, en acudir a la vía jurisdiccional, mediante un criterio de doctrina jurisprudencial para cesar los efectos jurídicos materia de análisis, específicamente, que el juez a cargo se pronuncie sobre la validez del acto jurídico para delinquir, cuya declaratoria de nulidad debe emitirse conjuntamente con el fallo condenatorio, asolando el conflicto de intereses sobre la futura procreación de secuelas jurídicas. Es decir, que la pretensión procesal que permite cesar los efectos del acto jurídico celebrado para birlar

es la nulidad absoluta, el alcance de dicha categoría ha de recaer en el documento fuente (el exhibido por el sujeto activo del delito frente al agraviado) considerado como instrumento delictivo, la trascendencia se extiende frente a todo acto que surja del precitado escrito de manera directa, garantizando el derecho de propiedad del verdadero titular del bien que se pretendió disponer por medio de la herramienta documental en estudio.

Dicha proposición posee una perspectiva más eficiente y oportuna en cuanto a la administración de justicia, toda vez que el objetivo es garantizar la propiedad del titular y evitar la tramitación de otra causa en el ámbito civil - vía proceso de conocimiento - la declaración de un acto jurídico emitido en el marco de un hecho delictivo. Para dicho fin, se tiene como insumo una visión y aplicación integral de principios procesales (teoría general del proceso) plenos casatorios civiles (que resuelven temas asociados a la nulidad del acto jurídico) y dentro del ordenamiento jurídico: Código Civil, Código Penal y nuevo Código Procesal Penal, norma que aportó un cambio revolucionario en el derecho procesal penal y de las categorías que la complementan, dado que se suprime el sistema inquisitivo insertado al Código de Procedimientos Penales (promulgado el 23 de noviembre de 1939), donde el juez concentraba, en demasía, su participación y dirección en la instrucción del proceso, ordenando la realización de las diligencias de orden probatorio y sobre ello emitía su fallo; sin embargo, en el actual sistema acusatorio se definen los roles de cada parte procesal, en este escenario el juez se avoca a dirimir y resolver los conflictos que surjan de la causa, previo requerimiento y debate oral sujeto al contradictorio.

Bajo el precitado marco normativo procesal, la institución relevante es la prueba sometida al contradictorio y debate, la cual es conocida e inspeccionada en igualdad de condiciones de todos los sujetos procesales, siendo un principio de control que admite la oralidad y la argumentación respectiva con la inmediación de los juzgadores que participan en el juicio[13].

[13] Principios que regulan la aportación y admisión de pruebas: Principio de publicidad, contradicción, adquisición de la prueba, oralidad e inmediación.

Finalmente, se describe que la materialización de la declaratoria de nulidad debe recaer en el fallo condenatorio, por lo que el juez de la causa parte con la determinación que es competente para decidir sobre la validez del acto jurídico materia de investigación, teniendo como insumo el principio de economía procesal y de interés público; el octavo y noveno pleno casatorio civil y el caso “Bladimiro Huarancca Ayrampo”, recaído en la sentencia del Tribunal Constitucional (sesión de pleno) Expediente n. 2494-2005-AA-Lima. Caso cuyos alcances se encuentran desarrollados en el acápite respectivo de la presente investigación, conjuntamente con la normativa aplicable al caso en particular.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1.- Objetivo general

- Determinar el impacto que generan los efectos del acto jurídico proveniente de la comisión de los delitos de falsificación de documentos y estelionato.

1.5.2.- Objetivos específicos

- Describir las características del acto jurídico materia de estudio.
- Identificar la deficiencia ejercida por parte de las principales instituciones encargadas de ejercer control de validez del acto jurídico celebrado para delinquir.
- Determinar el marco teórico de la nulidad del acto jurídico y de la competencia según la teoría general del proceso aplicable para el desarrollo de la hipótesis.
- Determinar la existencia de parámetros normativos que permitan al juez penal declarar la nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir.

1.6. METODOLOGÍA

Para el propósito de la presente tesis, se parte de la premisa conceptual que la metodología de la Investigación jurídica es aquella disciplina que tiene por objeto analizar, sistematizar, evaluar y calificar, de manera metódica y ordenada, determinadas situaciones, hechos, información y fenómenos de connotación socio jurídica para aproximación de respuestas que son insumo para la construcción del conocimiento científico jurídico.

Dicha búsqueda de la respuesta, conjeturas e hipótesis, se obtienen mediante el empleo de diversas técnicas o procedimientos metodológicos, cuyo propósito común es aplicar procesos de recolección, clasificación y validación de información y experiencias derivadas de la realidad social, organizando la obtención de resultados.

La investigación es una de las actividades que expresan mayor nitidez de libertad y la búsqueda sin pausa que la especie humana se asigna para sí, la que emprende de manera individual. Demanda del diálogo, el debate y el cotejo de experiencias en ámbito de intelecto, siendo el requisito forzoso la formulación del problema, que es la parte más creativa y genuina de la investigación y en donde no caben recetas. También, SUMARRIVA GONZÁLES, plantea que uno de los múltiples instrumentos del estudio es, "efectuar acciones intelectuales y experimentales de manera sistemática con el fin de acrecentar los conocimientos sobre un tema específica"[14].

Desde dichas directrices, por medio del presente acápite, se desarrollan métodos y técnicas pertinentes para el desarrollo del estudio sin perder el horizonte trazado, conforme a lo descrito en los puntos precedentes, dejando constancia que la esencia de la investigación surge del ejercicio, experiencia y práctica profesional, de esta manera se ha identificado la problemática materia de estudio, correspondiendo el nivel de investigación explicativo con enfoque cualitativo y teniendo en cuenta las pautas metodológicas para la

[14] SUMARRIVA GONZÁLES, *Metodología de la investigación jurídica*, Lima, 2006., p. 54.

obtención de la tesis final de maestría. Dicho ámbito y fuente es el reconocimiento dado en la práctica como en plano teórico de acuerdo con lo señalado por RAMOS NÚÑEZ, hay investigaciones que tienen por propósito favorecer a resolver un problema en especial (en este caso debe mencionarse cuál es y de qué manera se piensa que nuestro trabajo ayudará a resolverlo), y otras que tienen como objetivo principal probar una teoría o aportar evidencia en favor de ella[15].

1.6.1.- Del método general

El método científico general contiene un conjunto de pautas y etapas para el tratamiento de una investigación, cuyo resultado debe ser destinado al análisis de la comunidad científica como contribución del conocimiento. Dicha concepción proviene específicamente del ámbito empírico con información medible, sujeta a los principios específicos asociados a pruebas de razonamiento.

Cuando usamos simultáneamente el método empírico sobre la inferencia inductiva y deductiva en búsqueda de la solución de una problemática, se genera el siguiente horizonte de investigación:

a) Observar la relación de ciertos fenómenos aparentemente ajenos entre sí.
b) Descubrir el denominador común que asocia el hecho fáctico frente a las consecuencias jurídicas.
c) Detectar desde la descripción de la realidad social cual es el origen del problema.

1.6.2.- Método deductivo

Este método radica en una descomposición ideal y formal de hechos (el tema) en busca de causas. El juicio de raciocinio deductivo está determinado por la actividad cognitiva, es uno de los procesos que pueden utilizarse para

[15] RAMOS NÚÑEZ, *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, Lima, 2000., p. 85.

estructurar el conocimiento científico. Generalmente se utiliza para la acumulación e interpretación de información teórica y empírica[16].

La deducción orienta una perspectiva de lo general a lo particular. El método deductivo surge desde los datos generales valederos y aceptados para inferir en base del razonamiento lógico, varias suposiciones; es decir, “parte de verdades previamente establecidas como principio general para luego aplicarlo a casuísticas individuales y comprobar así su validez. Se puede decir también que el aplicar el resultado de la inducción a casos nuevos es deducción”[17].

Esta regla se ciñe en desarrollar una teoría, empieza estructurando hipótesis elementales o puntos de partida para luego deducir sus resultados por medio de las denominadas teorías formales subyacentes. Los partidarios que avalan este procedimiento manifiestan que toda definición realmente científica deberá tener la misma ordenación lógica, fundada en una ley universal, y junto a esta, una recua de premisas con las cuales se deducen las afirmaciones con relación al fenómeno que se quiere explicar. El método en mención es un modo de razonar que conlleva a lo siguiente:

a) De lo general hacia lo particular.
b) De lo complejo hacia lo simple.

Es conveniente señalar que el argumento deductivo fue concebido con anterioridad al método inductivo, ambos tienen un procedimiento y razonamiento contrapuestos; sin embargo, ello no impide que sean empleados de manera conjunta. El ámbito de la deducción, se forma partiendo de enunciados de tipo universal y manejando instrumentales científicos con los que se infieren enunciados de representación particular, pudiendo ser axiomático - deductivo, cuando las señales de partida constan en axiomas, es decir, proposiciones no demostrables, o hipotético - deductivo, si las premisas de partida son hipótesis contrastables.

[16] RAMOS NÚÑEZ, *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, cit., p. 466.
[17] BAVARESCO DE PRIETO, *Las técnicas de la investigación*, Scott, 1988., p. 28.

Finalmente, para efectos de la presente investigación, se valora la acepción semántica del término “deducir”, adscrito al método deductivo, el cual significa “sacar una conclusión de algo”. Así tenemos, por ejemplo, la interpretación que todos los seres humanos son mortales, yo soy un ser humano, por lo tanto, soy mortal. En ese marco de ideas, se tiene como premisa mayor que todo acto jurídico que incumpla con un requisito de validez es nulo, premisa menor que el acto jurídico celebrado para delinquir posea al menos un causal de nulidad. En conclusión, el acto jurídico celebrado para delinquir es nulo; ergo, sus efectos jurídicos son precarios.

1.6.3.- Método inductivo

En la obra de RAMOS SUYO[18] sostiene que la inducción descriptiva es un método donde el investigador deriva o recopila enunciados generales basándose en la observación de un evento o suceso en particular. En esa misma línea, BAVARESCO, con relación a la inducción, refiere que esta desde lo particular a lo general, empleándose el término “método inductivo” cuando el examen de los hechos particulares conseguimos preposiciones globales, lo cual forma un principio genérico una vez verificado el análisis y estudio respectivo de hechos y fenómenos en particular[19], es decir, dicho método vislumbra la manera de como determinados eventos están relacionados con un todo, entendido este como un principio general.

El método inductivo, se basa fundamentalmente en inferir, es decir, deducir algo o sacarlo como conclusión de otro elemento. Marcha desde lo particular a lo más genérico, empleando la observación específica, registros documentales para que la información sea contrastada y construir premisas generales que sirvan de sustento para la explicación final, entendida esta como la hipótesis extraída de la evidencia singular que involucre a todos los casos englobados en la investigación. Así tenemos, por ejemplo, se parte de la premisa que el acto jurídico celebrado para delinquir tiene un fin ilícito,

[18] RAMOS SUYO, *Elabore su tesis en derecho. Pre y post grado*, Lima, 2004., p. 473.
[19] BAVARESCO DE PRIETO, *Las técnicas de la investigación*, cit., p. 27.

entonces, serán nulos los actos jurídicos que incumplan con un elemento esencial para su validez. El método en mención es un modo de razonar que conlleva a lo siguiente:

a) De lo particular hacia lo general.
b) De una parte hacia un todo.

A su turno, GORTARI CARBAJAL, "si bien la inducción constituye un procedimiento surgido en una etapa posterior a la deducción, durante el desarrollo de la ciencia, sin embargo, este nuevo medio no constituyó la eliminación o destrucción del método deductivo"[20].

En último término, lo que ocurrió fue que el mismo método deductivo, al reflejar insuficiencia para la investigación científica moderna, estableció la necesidad de que naciera la inducción y, en cierto modo, se convirtió en causa poderosa para su nacimiento lógico. Por una parte, entre la inducción y la deducción existe una correspondencia recíproca sumamente estrecha, enteramente análoga a la que se tiene entre la síntesis y el análisis, así la inducción y la deducción son solamente fases diferentes, pero no separadas del proceso de investigación científica[21]. Concluyendo la idea, se tiene que, el científico social sabe ordenar bien, insistiendo en que la inducción no excluye los métodos deductivos, y mucho menos es imposible hallar una oposición lógica entre ellos. Al contrario, existe una unidad fundamental porque sus aplicaciones se integran y orientan su desarrollo[22].

1.6.4.- Método empírico

El procedimiento empírico, que semánticamente es un adjetivo asociado "perteneciente o relativo a la experiencia", es un modelo de investigación basado en la experimentación y la lógica empírica. Es el más utilizado, junto

[20] Citado por SOLÍS ESPINOZA, *Metodología de la investigación jurídico social*, Lima, 1991., p. 82.
[21] ENCINAS RAMÍREZ, *Teoría y técnicas en la investigación educacional,* Lima, 1988., p. 69.
[22] RAMOS SUYO, *Elabore su tesis en derecho. Pre y post grado*, cit., p. 473.

con el examen de fenómenos y su análisis estadístico, al ámbito de las ciencias sociales.

El conocimiento empírico se concentra, esencialmente, en la experiencia directa del investigador. Consiste en todo lo que se conoce y se sabe proveniente de la observación, generalmente repetido continuamente, teniendo o sin tener un conocimiento científico.

Una fórmula empírica es descubierta por experimentación, no la teoría ni el cálculo. “Este método radica en la repetición mecanista de los hechos acontecidos; no requiere del análisis ni la criticidad”[23]. Siendo bajo dicho método que se plasmará en la investigación la experiencia con relevancia a la realidad planteada en la presente tesis.

1.7. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.7.1.- Investigación bibliográfica

La investigación jurídica es una labor irrenunciable para el hombre de derecho, sea en su rol primario de estudiante universitario, luego de abogado defensor-patrocinador, de magistrado, de Catedrático, entre otros. Una vez seleccionado el tema, problema de investigación, formulada la hipótesis y planificado el trabajo, se inicia la fascinante y estimulante tarea de recopilar información, la que se constituye en el material básico para la investigación, ya que ella será procesada e interpretada a efecto de comprobar la hipótesis.

Para la recopilación de datos se ubicarán fuentes bibliográficas tales como: enciclopedias, diccionarios, catálogos, inventarios, tratados, manuales, tesis, monografías, ensayos, revistas, periódicos, boletines, discursos, compendios, seminarios, entre otros. Técnica que es meramente

[23] RAMOS SUYO, Elabore su tesis en derecho. Pre y post grado, cit., p. 475.

bibliográfica y que, por su propia naturaleza, el investigador se puede abstener de elaborar encuestas, muestreos u otros actos semejantes.

La investigación bibliográfica es el período de la investigación académica que averigua a partir de lo escrito por la colectividad científica sobre una problemática o asunto determinado, recabando una base esencial, por no decir el único, para lograr los objetivos de la investigación.

Usualmente, los trabajos académicos demandan de una investigación bibliográfica. Esta no es más que la investigación que toma generalmente como base fuentes escritas conforme lo expuesto líneas arriba. No obstante, en virtud del avance tecnológico y la disponibilidad de información en el internet y libros electrónicos (denominados también e-books), la investigación bibliográfica contemporánea ya concibe la inclusión de dicha información en formato digital. Cabe hacer mención que, además, forman parte de la bibliografía los soportes audio visuales que hoy en día son de mucha importancia (reportajes, entrevistas, tutoriales, etc.) documentos que son empleados en la presente investigación.

Los principales objetivos de la bibliografía son dos; el primero, identificar documentos a consultar (insumo) y el segundo, informar descriptivamente su contenido. Ambos constituyen una herramienta fundamental para la aproximación del desarrollo del conocimiento científico, ayudando a una catalogación y clasificación escalada de información, claro está, sin perder de vista la autoría de las fuentes, sea en medios físicos como los digitales.

El trabajo bibliográfico debe realizarse empleando los instrumentos e insumos antes mencionados, de acuerdo con el tipo de compilación que se tenga como objetivo primario, lo cual coadyuvará a la identificación de los correspondientes temas o textos, en el marco de las pautas y reglas internacionales para la elaboración de repertorios. La descripción documental debe atender a sus características internas y externas, sin

escatimar su importancia, ya que estos se valorarán en la parte pertinente del tratamiento de la investigación.

Es preciso acotar que el propósito de los métodos de información bibliográfica para la investigación permite al investigador contar con abanico de posibilidades para regular el ámbito de estudio. Por ello, un trabajo de investigación contendrá siempre un objeto, finalidad, planteamiento de una problemática y una o más hipótesis, cuyo contenido y desarrollo se fundan en ideas, teorías y fundamentalmente de instrumentos como libros (físicos o digitales), revistas, tesis, monografías, artículos, ponencias, etc. Entonces, ante un inevitable cúmulo de información por procesar, ordenar y sistematizar, corresponde aplicar, además, técnicas dentro de un ambiente o espacio adecuado para desarrollar y redactar, así, Santiago Ramón y Cajal sugería efectuar dichas actividades en presencia de la naturaleza, toda vez que es imposible para un investigador realizar labores prescindiendo de la constante reflexión y redacción sobre el insumo bibliográfico.

En cuanto al sistema de trabajo, claro está, supone el medio y la labor propia que asuma el investigador, más allá de las recetas que brinden los sendos autores en la materia de investigación. No obstante, resulta aplicable, según sea el caso, metodologías que busquen un enfoque retrospectivo de información, pudiéndose aplicar una percepción descriptiva para fijar un análisis, responder el ¿Cómo del fenómeno? y sus componentes o atributos especiales; la visión explicativa, para ubicar las causas o razones que genera el fenómeno materia de investigación para su posterior elucidación.

1.7.2.- Investigación empírica

El término empírico proviene del latín *empirĭcus* que significa método empírico y del griego *empeirikós* que significa que se rige por la práctica. Desde el aspecto semántico o gramático, la palabra empírico es un adjetivo que refiere a la experiencia. Bajo dicha premisa, la esencia del método científico apunta que la existencia de una contribución a la investigación

científica proveniente de práctica, de los acontecimientos y casuísticas, las cuales también pueden ser sometidas a la observación y a experimentos.

El método empírico está fundado en la experiencia bruta no metódica. Una fórmula empírica es descubierta por experimentación, no la teoría ni el cálculo. En líneas generales, dicho método consiste en la repetición mecánica de los sucesos ocurridos, no exige análisis crítico, toda vez que, hacerlo de este modo, es misión de los operadores del Derecho.

En la realización de una actividad forense, el operador se auxilia de un modelo, reproduciéndolo sobre la base de este, encontrando en esta situación, gran parte del trabajo jurídico. ¿Qué hizo el operador? actuar, más de acuerdo con la costumbre y no según disponen las teorías o de los constructos en los que están sustentados científicamente la presteza intelectual. La epistemología señala que el empirismo no es más que la negación del saber.

El empírico es el operador del Derecho que le debe arduamente a su práctica cotidiana, que factiblemente nunca se preocupó en superarse. ¿Acaso junto a él no esté presente alguien que le pueda orientar? Posiblemente que sí, y con él de coordinar el empirismo y la ciencia. A propósito de esas diferencias, ninguna clase de experiencia puede ser conocida si está al margen de las estructuras gnoseológicas; por el contrario, condicionan lógicamente toda práctica. La experiencia jurídica no es la excepción. En este ámbito, una norma jurídica general, como la ley, es gnoseológicamente una estructura que aparece en la experiencia jurídica. Siendo así, el pensamiento filosófico contemporáneo consiste en haber puesto con claridad la compleja y delicada trama completa de la organización del fenómeno jurídico, que constituye, hoy en día, uno de los perfiles de plenitud hermética en el ordenamiento jurídico.

En suma, el método en mención tiene connotación esencialmente social, por ello. BAENA PAZ[24] describe que el conocimiento está socialmente condicionado, es decir, establecido por lo que otros ya sabían históricamente y que ahora se nos comunica mediante el lenguaje. Situación que aterriza a una modalidad de conocimiento de tránsito oral, por intuición, las costumbres y tradiciones, por ejemplo, al campesino que aprendió de la experiencia de la observación del viento y las nubes si lloverá o no, la madre sabe qué hacer si reconoce cierto llanto del niño, la herbolaria, el ganadero, entre otros.

1.8. TIPOLOGÍA Y ENFOQUE DE LA TESIS

1.8.1.- Tesis dogmática jurídica

De conformidad con la directiva que regula las líneas metodológicas e institucionales internas para la elaboración de tesis para la obtención del grado de magíster y doctor en derecho, aprobada mediante Resolución de Decanato N° 027-D-FD-2020, la presente investigación adopta el tipo de tesis dogmática jurídica.

Cabe precisar que un sector mayoritario que desarrolla la metodología universitaria jurídica considera que la acepción dogmática es aplicada debido a que nuestro ordenamiento jurídico se respalda fundamentalmente en principios jurídicos y en doctrina que es considerada como dogma, es decir, una proposición escrita, cierta y vinculante aplicada a la sociedad.

Dicho tipo de investigación es conocida como conceptual - jurídica o teórica - jurídica, en virtud que estudia al derecho propiamente dicho (ordenamiento jurídico). Así se tiene que “la dogmática jurídica es la asignada en desarrollar el estudio institucional del derecho, pero de modo abstracto, es decir sin confrontar su realización en la realidad”[25]. En esa línea argumentativa,

[24] BAENA PAZ, *Metodología de la investigación*, México DF, 2007., p. 32 ss.
[25] TANTALEÁN ODAR, «Tipología de las investigaciones jurídicas», en *Revista derecho y cambio social*, 2016, n. 43., p. 4.

WITKER, considera que “en los estudios de dogmática jurídica se investiga lo que los humanos dicen que hacen con el derecho”[26].

1.8.2.- Investigación cualitativa

Dicho enfoque de investigación está asociado a una metodología que emplea esencialmente la recolección y análisis de datos, documentos de estudio, llámese libros, tesis, discursos, entre otra literatura científica. Su objeto de investigación parte desde lo inductivo, es decir, el propósito de deducir como conclusión o evidencia descriptiva con la finalidad de comprenderlo y explicarlo en el tratamiento de la tesis, no aplica el procesamiento de información con fines de medición.

Estando al planteamiento metodológico, principalmente, a la identificación del problema e hipótesis corresponde aplicar esta técnica, correspondiendo el enfoque cualitativo, valiéndose de análisis y recolección de datos con el propósito de mejorar y justificar las preguntas materia de investigación o revelar nuevas incógnitas en el proceso de interpretación”[27].

[26] WITKER, *La investigación jurídica,* México D.F, 1995., p. 4.
[27] HERNÁNDEZ SAMPIERI, *Metodología de la investigación*, México DF, 2014., p. 7.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO DE LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

2.1. BREVE RESEÑA DE LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

El derecho romano no estudió la teoría general del acto jurídico; aunque, un sector doctrinario explica que la manifestación de voluntad como causa de efectos jurídicos se habría tratado en el derecho privado tomado bajo la visión contractual. El estudio del derecho romano en mención al derecho civil tuvo un triple contenido desarrollado en los siguientes libros: I.- De las personas, II.- De las cosas, y III.- De las acciones. Dentro del marco histórico que se desarrolla, debemos anotar que la institución del acto jurídico estaría virtualmente comprendida en el libro “de las cosas” que estudiaba los temas derivados del patrimonio de las personas y la regulación de la transmisión de tales derechos, es decir, reales y los contratos.

Los romanos trataron la figura del hecho jurídico, sosteniendo que hay sucesos que generan derechos de manera automática, como es el caso de la herencia, la mayoría de edad, casos en los que no interviene la voluntad; por otro lado, sostuvieron que existen hechos que generan derechos que surgen como resultado producto de la voluntad, como adquirir una propiedad como resultado de un trato. Se puede apreciar, en aquella época ya existía un bosquejo de lo que hoy se conoce como acto jurídico Así tenemos a PETIT EUGÉNE relatando que la percepción del hecho jurídico no era del todo ajena a los romanos, aunque debido a las vaguedades terminológicas, nunca tuvo en esa época el impacto y fundamento como ocurre en la actualidad. Escenario que es entendible porque, como se conoce, en el derecho romano, inclusive en la época clásica no existió, “una teoría general de los principios del sistema del derecho privado”[28].

Es sabido que en diversos textos los tratadistas que abrigan la teoría del acto y negocio jurídico, establecen el origen de dichas instituciones del

[28] PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, México DF, 1969., p. 174.

derecho aparentemente dentro de sus mismas escuelas - principalmente francesa y alemana respectivamente -; sin embargo, resultaría desconsiderado restarle importancia al aporte del derecho romano frente a las citadas teorías; ante ello, FERRI describe respecto que "no podemos dejar de tener en cuenta, empero, que la teoría general del [acto] jurídico, aun cuando su formación es más reciente, y no obstante el hecho de haber sido ignorada en la ciencia jurídica de los romanos, se fue formando, de todas maneras, sobre la base de los elementos del derecho romano, por vía de abstracción. Ello quiere decir que la ausencia de la forma totalizadora del acto jurídico se corresponde, en efecto, con la presencia, en el trabajo de los juristas romanos, de una serie definida de figuras menos comprensivas, pero igualmente abstractas, que comparecerán más tarde, en el trabajo de la civilística moderna, como definiciones esenciales al interior de la forma general del concepto [acto jurídico]. En el marco teórico del saber jurídico romano, entonces, la ausencia de este concepto resulta algo complicada a causa de los muchos datos de presencias parciales"[29].

Luego de reconocer los antecedentes teóricos del acto jurídico dentro de los estudios del derecho romano, corresponde identificar la génesis y desarrollo de la misma, para dicho objetivo se parte de lo expuesto por VIDAL RAMÍREZ[30], quien precisa que dicha institución no fue concebida en Roma, relata como antecedente histórico la doctrina francesa, precisando que fue desarrollada con posterioridad a la promulgación del código francés (1804), gestada durante el siglo XIX - como teoría -. En efecto, esta institución del derecho civil no fue contemplada legislativamente por el Código de Napoleón[31], pese a que el acto jurídico era de mayor amplitud que la propia convención.

En la doctrina francesa contemporánea existe un criterio mayoritario en la aplicación de la teoría general del acto jurídico, por lo que, luego de

[29] FERRI, *El negocio jurídico*, Lima, 2002., p. 62 ss.
[30] VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p.15.
[31] Denominación que tuvo el Código Civil francés, aprobado el 21 de marzo del 1804, promulgado durante el gobierno de Napoleón Bonaparte, el cual es uno de los textos legislativos más reconocidos en el mundo, denominado "Código Napoleónico" a partir de 1807. Dicho texto, aunque con cuantiosas reformas aún se mantiene vigente, siendo un referente para el derecho civil.

consolidarse teóricamente, se estableció que el acto jurídico era aplicable a toda operación jurídica que tenga como propósito generar relaciones jurídicas, lo que evidentemente supone una fuente no estatal de derechos subjetivos.

En el Perú, el acto jurídico apareció legislativamente mediante el Código Civil de 1936, promulgado mediante Decreto Supremo de fecha 30 de agosto de 1936 y que entró en vigor el 14 de noviembre de 1936 durante el gobierno de Óscar Raimundo Benavides Larrea; no obstante, el concepto de validez del acto jurídico surge del artículo 1235 del Código Civil de 1852. El mencionado catálogo del 36 reglamentó por primera vez en la legislación civil peruana al acto jurídico.

Cuadro N° 1. **Implementación del acto jurídico en el Código Civil de 1936**.
Fuente: Elaboración propia.

Sección Primera [del artículo 1075 al 1170]
Libro Quinto: "Del Derecho de las Obligaciones"

I.- Disposiciones Generales
II.- De los vicios de la voluntad
III.- De la simulación de los Actos Jurídicos
IV.- Del Fraude de los Actos Jurídicos
V.- De las modalidades de los Actos Jurídicos
VI.- De la forma de los Actos Jurídicos
VII.- De la Nulidad de los Actos Jurídicos
VIII.- De la confirmación de los Actos Jurídicos
IX.- De los Actos Ilícitos
X.- De la prescripción extintiva

Con la vigencia del Código Civil de 1984, promulgado mediante Decreto Legislativo Nº 295, de fecha 25 de julio de 1984 y durante el gobierno de Fernando Belaúnde Terry, el acto jurídico se legisló independientemente en el libro segundo del Código Civil, ampliándose más figuras como la representación, interpretación, entre otros.

2.2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL ACTO JURÍDICO

Previamente, resulta necesario incorporar directrices respecto al hecho jurídico, partiendo de la premisa de que dicha categoría no está legislada en el Código Civil, siendo un factor que ha generado un amplio y diverso tratamiento dogmático a nivel nacional. Esencialmente, el hecho jurídico tiene dos enfoques o significados, los previstos hipotéticamente en las normas jurídicas (como la conducta requerida) y los hechos jurídicos concretos o reales, siendo que los tratadistas, usualmente, se han abocado a desarrollar este último, dentro del cual se encuentra el hecho jurídico en sentido estricto, definiéndolo como evento derivado de la naturaleza o humano, que genera efectos jurídicos señalados por ley (crea, genera, regula o extingue situaciones jurídicas subjetivas), independientemente de la voluntariedad, por ejemplo, el nacimiento, la muerte, entre otros. Es de subrayar que la juridicidad del hecho está supeditada a que éste se encuentre contemplado en el ordenamiento jurídico o en normas imperativas[32] para que tenga tutela y producción de efectos jurídicos *contrario sensu* sería un hecho cotidiano como lo es el hallazgo de una piedra en la orilla del río o la declaración de amor.

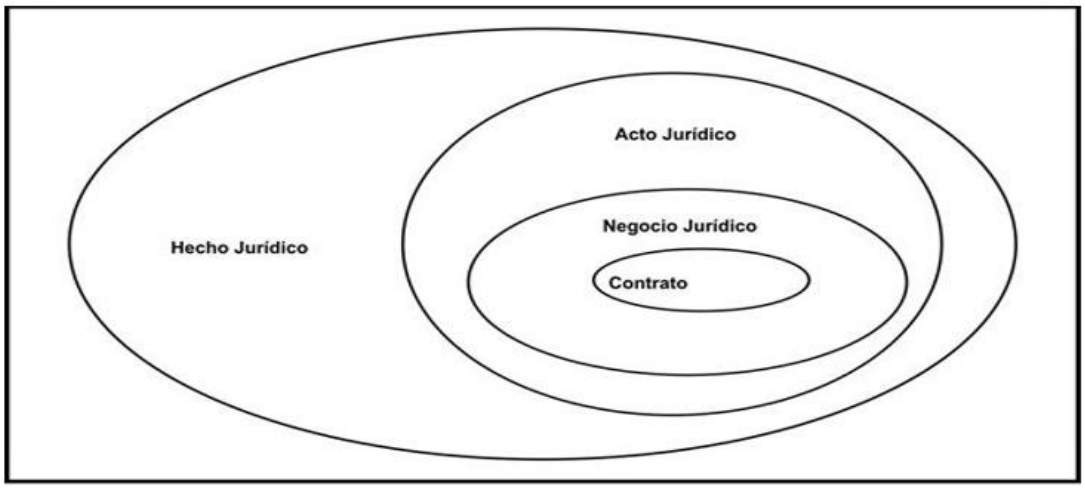


Figura N° 1. **Sinopsis del acto jurídico.** Fuente: Elaboración propia.

[32] Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia nacional», cit., p. 303. "El concepto de norma imperativa debe ser identificado como insustituible por la voluntad y no asimilado al significado de orden público".

El hecho jurídico como generador de efectos jurídicos puede provenir de un origen natural o humano, por ejemplo, la modificación de un área agrícola por efectos de un aluvión (origen natural), el nacimiento y la muerte súbita. Podemos aproximarnos en decir que tanto el hecho jurídico como el acto jurídico sustentan su existencia en el despliegue de consecuencias legales previstos positivamente, especialmente, el acto jurídico deberá contener forzosamente la manifestación de voluntad.

Adicionalmente a la voluntariedad, otro presupuesto impostergable y congénito es la licitud para la configuración del acto jurídico, es decir, que tiene que existir un hecho lícito en su concepción. Además de la licitud requerida, es trascendental destacar que la voluntad sea declarada y se ponga de manifiesto; contrariamente, sería un mero pensamiento o una expresión no comunicada a la parte involucrada.

La manifestación debe guardar correspondencia con la intención del sujeto en cuanto a la propuesta requerida, debiendo existir analogía entre lo manifestado y lo pretendido, la denominada exteriorización de la voluntad. Es preciso acotar que la ausencia de efectos jurídicos hace que el acontecimiento siga siendo un mero evento cotidiano o circunstancial. En lo sucesivo del presente trabajo se verá cómo la manifestación de voluntad es el factor determinante para la formación, origen y tratamiento de la teoría general del acto jurídico.

De otro lado, debe tenerse presente el momento en el cual se identifica si un hecho genera efectos jurídicos o es un hecho ordinario para el mundo del derecho. LEÓN BARANDIARÁN explica que “no hay, pues, un concepto *a priori*, que permita distinguir el hecho en jurídico o no jurídico. La distinción solo puede establecerse *a posteriori* por sus consecuencias. Por eso sería más apropiado hablar de jurígenos que de hechos jurídicos”[33]. Lo cierto es que el Código Civil peruano no regula ni contempla la figura del hecho jurídico, caso contrario ocurre en la Argentina donde en sus dos últimas

[33] LEÓN BARANDIARÁN, *Comentarios al código civil peruano*, Lima, 1938, t. I., p. 9.

codificaciones ha regulado dicho instituto.

Finalmente, para graficar el contexto considerado, resulta conveniente acompañar un cuadro elaborado por GARIBOTTO [34].

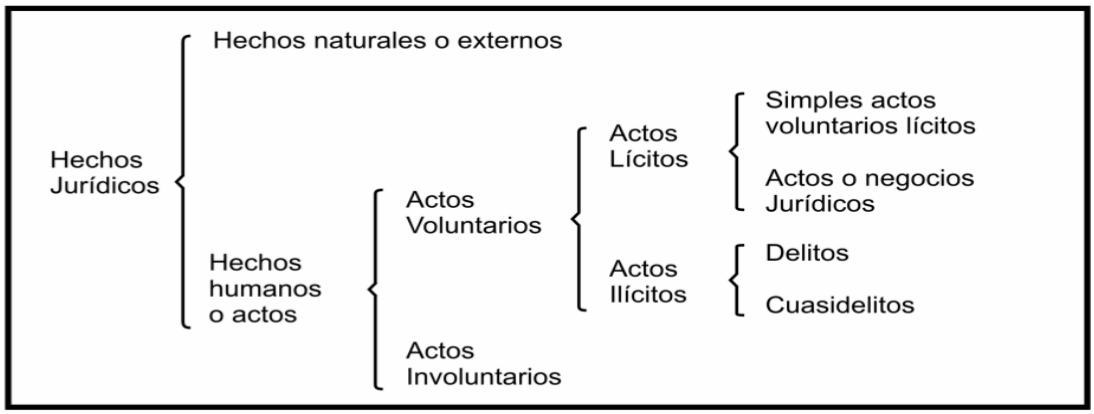


Figura N° 2. **Clasificación del hecho jurídico.** Fuente: Datos tomados de Gariboto (1991).

En palabras de LEÓN BARANDIARÁN[35], el acto jurídico descarta la ilicitud e involuntariedad, además, es especie proveniente del hecho jurídico, al contener el término "acto" muestra la necesidad de la determinación de voluntad, sin perjuicio, que algunos autores, según refiere, tengan la postura que el término "acto jurídico" alcanza al hecho voluntario lícito como el ilícito. Ahora bien, es necesario recalcar que la voluntariedad que crea al acto jurídico es privada, normada por nuestro Código Civil, puesto que genera vínculos jurídicos del ámbito del Derecho Privado; no obstante, conforme a la doctrina, igualmente, son actos jurídicos los efectuados para la promulgación de una norma jurídica, de igual sentido, los realizados por los funcionarios públicos en el ejercicio funcional y los magistrados en el desarrollo de las actuaciones jurisdiccionales. Con relación a la casuística antes mencionada, téngase presente que aquellos no provienen de la voluntad privada, sino de una voluntad pública motivada emanada de la ley que legitima la expresión de actos de contenido legislativo, administrativo o procesales; en consecuencia, dichas actuaciones no son de modo alguno los previstos en el Código Civil, estos son reglamentados por la Constitución y la

[34] GARIBOTTO, *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, 1991., p.19.
[35] LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil,* Lima, 1991, tomo II., p. 36.

ley.

Por tanto, los actos jurídicos de derecho privado son expresiones que se originan en la autonomía de la voluntad o autonomía privada. LEYVA SAAVEDRA reseña que la doctrina moderna ha introducido y fomentado el término "autonomía privada", ya que la doctrina tradicional prefiere el término "autonomía de la voluntad", comprendidas como el poder que otorga a la voluntad humana y por tanto a la gestión de las relaciones entre las personas. Según esta doctrina, la voluntad es en sí misma una ley, y por tanto la fuente primaria del derecho[36]. En suma, dicho concepto tiene especial relevancia, en vista que desde el inicio de su establecimiento doctrinario sirvió de hito entre el *jus privatium* y el *jus publicum*. La autonomía de la voluntad es manifestación de libertad individual, que permite al agente la celebración de actos jurídicos, la cual una vez exteriorizada y aceptada tiene efecto vinculante, tal es así que, luego de materializado, el agente se encuentra plenamente facultado de concurrir al poder jurisdiccional para la tutela de sus derechos; sin embargo, debe tener presente que dicha libertad de ningún modo sobrepasará el orden público o las buenas costumbres[37].

Es así que, primigeniamente se construyó la noción genérica de acto jurídico, desde una versión tradicional francesa, procedente de las ideas del jurista francés JEAN DOMAT, según TABOADA CÓRDOBA[38] interpreta que acto jurídico consiste en aquella obtención de efectos jurídicos protagonizada por la voluntad manifestada, recayendo en innovaciones de vínculos legales intersubjetivos. Es bajo esa perspectiva dogmática que dicha institución del derecho es legislada en el artículo 140 del Código Civil vigente, este establece una manifestación de voluntad cuyo fin supremo es instaurar los efectos jurídicos antes mencionados, constituyendo el objeto mismo del acto jurídico. Siendo esto así, el requisito impostergable para la

[36] LEYVA SAAVEDRA, *Contratos en general,* Lima, 2023, vol. I., p. 126 ss.
[37] Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia nacional», en *Ius et Veritas*, 2002, n. 24., p. 302. “El orden público y las buenas costumbres como prohibiciones generales que afronta la autonomía de la voluntad, siendo que la primera es un conjunto de disposiciones imperativas”.
[38] TABOADA CÓRDOVA, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, cit., p. 52.

concepción del acto jurídico es la voluntad declarada, caso contrario sería una voluntad inconfesada, no exteriorizada y, por tanto, desconocida para los terceros.

En suma, podemos definir al acto jurídico de la siguiente manera, cualquier acto humano lícito y voluntario que tenga el efecto pretendido por el autor y cree una situación jurídica que genere los respectivos derechos y obligaciones entre las partes[39]. No obstante, se precisa que hay actos análogos sin declaración de voluntad, por ejemplo, la muerte, los cuales no les cabe la categoría de acto jurídico, son hechos jurídicos en sentido estricto[40].

2.3. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

Los presupuestos de validez contemplados en el código sustantivo, requisitos que deben observarse de manera imperativa y la aplicación coetánea para obtener como resultado una manifestación de voluntad amparable en derecho y sea reputado válidamente como acto jurídico.

Para fines prácticos se diseña un gráfico, propuesto por TABOADA CÓRDOVA, que detalla claramente constitución moderna del acto jurídico, delineación aplicada en la mayoría de las facultades de derecho del Perú con la connotación de negocio jurídico[41]:

ESTRUCTURA MODERNA DEL ACTO JURÍDICO:

* **Elementos esenciales:**
  - **Manifestación de voluntad.**
  - **Formalidad.**
  - **Fin lícito.**

* **Presupuestos:**
  - **Sujeto.**
  - **Objeto.**

* **Requisitos:**
  - **Capacidad del agente.**
  - **Posibilidad física, jurídica y determinable.**
  - **El no quebrantamiento de normas de orden público y las buenas costumbres.**

[39] LEÓN BARANDIARÁN, *Comentarios al código civil peruano*. Derecho de Obligaciones, Buenos Aires, 1954, tomo I., p. 22.
[40] TABOADA CÓRDOVA, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, cit., p. 54 ss.
[41] Resulta apropiado acotar la denominada estructura clásica del acto jurídico para efectos pedagógicos: a) Esenciales: Son imperativos para todo acto jurídico, así tenemos a la manifestación de voluntad, la capacidad, el fin y la forma, b) Naturales: Son consecuencias inherentes de cada tipo de acto, es decir, derivan de su propia naturaleza, así tenemos a la determinación del precio en caso de los contratos de compraventa, y c) Accidentales: Los incorporados al acto por la propia voluntad de los celebrantes como la condición, el plazo y el cargo.

Figura N° 3. **Estructura moderna del acto jurídico.** Fuente: Datos tomados de Taboada (2002).

2.3.1.- Plena capacidad de ejercicio

En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1384[42], "Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones", publicado el 04 de setiembre del 2018 en el diario oficial "El Peruano", se expuso lo siguiente[43]: "El objeto del Decreto Legislativo es establecer medidas normativas que reforman el Código Civil, el Código Procesal Civil y el Decreto Legislativo del Notariado a fin de reconocer y regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, garantizando de esta manera su ejercicio en condiciones de igualdad conforme con el artículo 7 de la Constitución Política del Perú interpretado a la luz de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo Facultativo, ambos ratificados por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 29127 y el Decreto Supremo N° 073-2007-RE, respectivamente. Esto en concordancia con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha sostenido que «los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento jurídico, sino que, además, detentan rango constitucional»", así se tiene del Expediente Nº 025-2005-PI/TC y 026-2005-PI/TC – LIMA (fundamento 25).

Bajo dicho marco, el *nomen iuris* asignado "plena capacidad de ejercicio" proviene de la citada normativa; asimismo, resulta necesario indicar que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, concibe a la capacidad jurídica con el siguiente alcance:

---

[42] Mediante el Decreto Legislativo N° 1384, se modificó el inciso 1 del artículo 140 del Código Civil, dicho elemento esencial del acto jurídico era denominado «agente capaz». Bajo dicha normativa, la capacidad reposaba en dos grandes aspectos, la capacidad de goce (capacidad jurídica) y de ejercicio (capacidad de obrar). Entonces, se establecía que para celebrar un acto jurídico debe comparecer un agente capaz, es decir, un determinado sujeto posea idoneidad y claridad mental para que pueda ejercitar sus derechos subjetivos con conocimiento y responsabilidad de sus alcances. La personalidad jurídica de los particulares es esencial para la validez de los contratos que quieran celebrar, hecho que actúa como un filtro de su verdadera voluntad y de las posibilidades jurídicas que se tienen para ejercitar un derecho subjetivo.

[43] Cfr. Tribunal Constitucional, expediente n. 5854-2005-PA/TC (Piura), sentencia del 08 de noviembre del 2005. Caso: Jurado Nacional de Elecciones (sesión de pleno). Fundamento jurídico vigésimo segundo, y expediente n. 025-2005-PI/TC - 026-2005-PI/TC (Lima), sentencia del 25 de abril del 2006. Caso: Consejo Nacional de la Magistratura (sesión de pleno). Fundamento jurídico vigésimo quinto.

> “Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley”. “Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”.

Esto es, con el resultado de la aplicación del 12 de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo”, mediante el cual se consagra de manera irrestricta que todos gozan de plena capacidad jurídica; de este modo, dichas personas son sujetos capaces y activos de ejercitar sus derechos; no obstante, de las normas que se apliquen complementariamente.

El tema de fondo consiste en identificar el cambio de perspectiva que existía con la legislación anterior, ahora, la capacidad jurídica no tiene restricción o exclusión para los denominados incapaces absolutos, persona no apta para asumir o ejercitar sus propios derechos, no hay distingo, existe un marco de igualdad de titularidad para asumir derechos y obligaciones.

Asimismo, la capacidad de ejercicio plena, prevista en el Código Civil, dispone lo siguiente:

> **Código Civil: Artículo 42.**
> Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Téngase presente que, con dicha modificatoria en buena cuenta los únicos incapaces serían los menores de dieciséis años, excepto las excepciones que plante la ley.

2.3.2.- Objeto físicamente posible

A manera de premisa, entendemos como objeto del acto jurídico al contenido de este, del cual se entabla una relación jurídica que sirva como nexo entre las partes celebrantes, generándose entre los sujetos derechos y deberes. Bajo dicho contexto, nuestro Código Civil prescribe que el objeto del acto jurídico debe contener dos exigencias: que sea física y jurídicamente posible.

La posibilidad física del objeto prevé que la prestación del agente sea desplegada dentro de las facultades físicas que la naturaleza ha dotado al ser humano, es decir, que el objeto no será sometido a una conducta que sea contraria a las leyes naturales, dado que dicha prestación sería imposible de ejecutar. Por ejemplo, que Juan Pérez, en calidad de arquitecto, celebre un contrato obligándose a construir un colegio sobre la orilla del mar en el plazo de una semana.

Señala la doctrina que la imposibilidad física puede ser absoluta o relativa. Es absoluta, si lo es para todos, *erga omnes,* sin atender a las aptitudes o cualidades de cada cual; es relativa si el hecho sobre el cual consiste la prestación solo pueden realizarlo ciertas personas. La doctrina concuerda que el impedimento debe ser absoluto, pues si es solo relativo, el deudor se obliga válidamente, y como el deudor no podrá cumplir, será responsable por incumplimiento. Así, por ejemplo, no sería un hecho físicamente imposible si un individuo que no sabe cantar se obliga a hacer de tenor en una ópera; él se obliga válidamente. A su vez, la imposibilidad (que debe ser absoluta), puede ser temporal o perpetua. Si la imposibilidad es perpetua, jamás ese hecho podrá ser objeto de una obligación. En cambio, la imposibilidad temporal no siempre obsta a la validez del objeto, si este es posible de acuerdo con lo convenido al tiempo donde debe cumplirse la obligación (entendido que deba cumplirse con posterioridad al nacimiento del acto). Por el contrario, si la obligación debe cumplirse en seguida, es decir,

coetáneamente con el nacimiento del acto, y es físicamente imposible de manera temporal, tampoco será objeto del acto jurídico.

Finalmente, cabe conceptualizar que, este elemento obedece a la "realización de una determinada conducta en concordancia con las leyes de la naturaleza, es una posibilidad material tangible"[44].

2.3.3.- Objeto jurídicamente posible

Este segundo componente de validez del objeto, es confundido en la práctica jurídica con la ilicitud; sin embargo, el ámbito conceptual del objeto jurídico refiere a que el acto esté regulado por ley, en otras palabras, es la conformidad del acto con el régimen normativo jurídico en atención a los deberes, derechos u obligaciones que forman parte de una determinada relación jurídica.

El acto jurídico debe contar ineludiblemente con el ropaje jurídico para que obtenga validez, claro está que este debe emanar de la ley, así tenemos, por ejemplo, pretender como objeto válido jurídicamente celebrar un autocontrato de compraventa, dar en prenda un inmueble, etc. Como se puede apreciar en los citados ejemplos, no existe norma legal que ampare o regule dichos actos jurídicos, por lo tanto, son actos inválidos por carecer del requisito esencial materia de comentario; por otro lado, la diferencia con la licitud equivale a la observancia del ordenamiento jurídico principalmente, en cambio, la posibilidad jurídica se encuentra vinculada con la regulación vertida en el derecho positivo en cuanto al acto jurídico que se pretende celebrar, sobre el particular existen criterios discrepantes que asegurarán que hay similitud entre el objeto lícito y jurídico, debate que no exige mayor importancia para el fin perseguido en la presente investigación.

[44] VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 114.

2.3.4.- Objeto Determinable

El presente requisito de validez del objeto determinable no está contemplado expresamente en el nuestro código; no obstante, su inobservancia es causal de nulidad absoluta del acto, siendo esta una razón suficiente para incluir dicha figura en el estudio de los elementos esenciales del acto jurídico.

El objeto del acto jurídico se reputa determinado cuando se encuentra debidamente individualizado, descrito y definido, siendo su razón de ser que el objeto no pueda ser confundido y evitar futuras confusiones; al respecto, se tiene de la *praxis* (contratos válidos) descripciones casi exquisitas que detallan a las prestaciones, obligaciones, bienes, servicios, abstenciones, etc., que puedan ser objeto de un acto jurídico. Además, la doctrina también señala que el objeto puede ser determinable, particularmente, TORRES VÁSQUEZ[45] acota que, es determinable el objeto cuando hay individualización y existen criterios para una futura determinación. En efecto, esta etapa se avoca al cumplimiento de una prestación futura, así tenemos, por ejemplo, que el acreedor conozca la prestación que debe exigir y el deudor sepa plenamente que es lo que adeuda.

A efectos de hacer didáctico el presente punto, se cita el segundo párrafo del artículo 1129 del Código Civil francés, traduciéndolo al español se interpreta con estas líneas, “la cantidad de la cosa puede ser incierta, con tal que pueda ser determinada”, siendo este pues, un atractivo referente ilustrativo del espíritu del objeto determinado o determinable para la validez de todo acto jurídico, *contrario sensu*, en caso de un objeto - obligación incierta e indeterminada, la pregunta sería ¿Cómo cumpliría el deudor la obligación contraída?, a manera de ejemplo, tenemos que Juan Pérez le vende a Jaimito un departamento que forma parte de un condominio sito en la cuadra cinco de la calle Máximo Abril del distrito de Jesús María, claramente se puede apreciar que el objeto es incierto e indeterminado, siendo lo correcto que precisar que Juan Pérez vende a Jaimito el departamento Nº 503 (quinto

[45] TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*, Lima, 2008., p. 267.

piso) con un área de 73m^2, ubicado en la calle Máximo Abril Nº 506, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, inscrito con partida registral Nº 666, y que el inmueble colinda por el sur con “x” norte con “y” y por el este con “z”. Por otro lado, en mención al objeto determinable, citamos como ejemplo el contrato de compraventa celebrado entre Juan Pérez con Jaimito, en donde este le pretende vender un potrillo que nacerá de la yegua de carrera llamada “panchita”, la misma que es de color marrón oscuro entero, de la estirpe *American Quarter Horse*, de origen americano y con registro número AYQ249.

2.3.5.- Fin lícito

Señala, José Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, respecto de la exposición de motivos al Código Civil de 1936, que no reguló a la causa como elemento trascendente en la elaboración de la citada norma sustantiva, comentando que esta habría sido considerada como innecesaria, hecho que generó una inspiración en la doctrina acerca de una tesis anticausalista.

Para entender con mayor claridad y precisión el presente requisito esencial de validez, es ineludible desarrollar de manera básica la concepción jurídica de “la causa del acto jurídico”, nuestro propio Código Civil no la define, ante dicha situación se acude a la doctrina, en donde se expone como ejemplo la situación donde una persona entrega graciosamente un inmueble o suma de dinero a otra, lo ha hecho animada por el espíritu de beneficencia, por el deseo de gratificar al adquirente; así se aprecia la causa en el sentido clásico de la palabra. Sobre la base de dicha idea, en la doctrina nacional, se podría determinar que nuestro sistema jurídico contempla a la causa fin; particularmente, TABOADA CÓRDOBA es uno de los juristas que ha sostenido enfáticamente que nuestra norma sustantiva se adscribe a la teoría subjetiva causal.

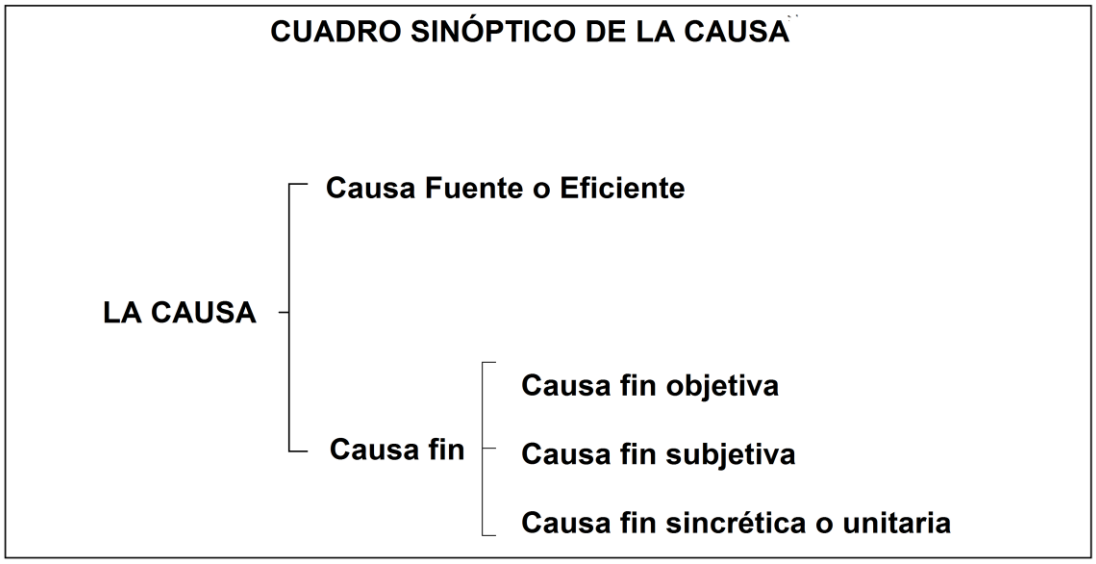


Figura N° 4. **Sinopsis de la Causa**. Fuente: Datos tomados de Torres (2008).

La doctrina ha estimado teorías sobre el fin del acto jurídico, siendo las más relevantes y acogidas por los tratadistas, la teoría objetiva y la teoría subjetiva; la primera, es llamada causa final, esta teoría versa sobre la finalidad típica, aquella que se configura permanente e inevitablemente en todos los actos jurídicos de similar tipo, por ejemplo, la compraventa celebrada por Juan Pérez y Jaimito, se tiene que el fin se ejecuta con la entrega del bien por parte del vendedor y por parte del comprador al pago del precio, como se podrá apreciar del citado contrato, el fin se puede apreciar de manera clara, además que es uniforme y permanente en todo contrato de compraventa, claro está, que dichas prestaciones están debidamente reguladas en nuestro Código Civil; por otro lado, la teoría subjetiva, también denominada causa motivo o causa impulsiva, refiere que es la relación de motivaciones psicológicas con el que cada sujeto interviene para celebrar acto, comunicado de manera expresa o implícita.

TORRES VÁSQUEZ[46] coincide en señalar que dentro de la corriente causalista existen posiciones sobre teorías objetivas y subjetivas. Las objetivas comprenden la saber inmediato, directo, abstracto y típico en cada categoría (causalismo clásico), es decir, una suerte de precinto natural que

[46] TORRES VÁSQUEZ, *La causa fin del acto jurídico*, Lima, 1992., p. 82.

tiene acto jurídico; por el contrario, en la posición subjetiva, la causa es el componente psicológico, personal, motivante que conlleva al sujeto a celebrar un acto jurídico, no es uniforme en todos los actos de categoría similar, ya que está asociado a una voluntad determinada. En ese sentido se puede detectar que, el motivo o móvil que compone la causa fin se distingue de los motivos implícitos internos que un determinado sujeto tenga en mente, esa situación o intención interna no producirá efectos jurídicos.

Se puede concluir que nuestra legislación civil cobija a la causa fin subjetiva, como aquella finalidad abstracta de la manifestación de voluntad típica y concreta que induce al agente a celebrar determinados actos jurídicos, primero surge la voluntad y luego la norma que la acoge, por otro lado, "el haberse establecido, la finalidad - o el fin lícito, como expresa el artículo 140 del Código Civil - como requisito de validez, plantea el problema de la causa en los actos jurídicos. Nosotros estamos con la doctrina que ve en la finalidad la causa del mismo"[47].

El fin lícito como requisito esencial del acto jurídico, conforme fluye de su propia denominación, está ligada al tema de la licitud como género y luego a la legalidad como especie, siendo este concepto de licitud mucho más vasto y amplio que del cumplimiento del ordenamiento jurídico, si no, que todo acto jurídico no debe de contravenir las buenas costumbres y el orden público. El fin lícito consiste en que la manifestación de voluntad exteriorizada, por el agente esté dirigida para producir efectos lícitos como lo es crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, por ende, se entiende por regla general que todo acto jurídico válido sujeta un contenido lícito[48].

Finalmente, para agotar aspecto doctrinario respecto al "fin del acto jurídico", acotamos que PALACIOS MARTÍNEZ sostiene que la causa es una y tiene doble representación, uno de tipo objetivo, visto como función económica social, y otro de tipo subjetivo, arraigado al propósito práctico alcanzado por

[47] VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico en el código civil peruano*, Lima, 1990., p. 115.
[48] Cfr. IDROGO DELGADO, *Teoría del acto jurídico*, Lima, 2004., p. 34. "Todo acto jurídico tiene un fin lícito, aunque las partes que lo celebren no adopten las previsiones".

los celebrantes del acto jurídico[49], conforme se aprecia de la cita del mencionado autor, este es de opinión que no sería adecuado conceptualizar dos tipos de causas, sino una sola con dos aspectos que se encuentran imperativamente conexas.

2.3.6.- Observancia prescrita bajo sanción de nulidad

En principio, resulta fundamental hacer una breve diferenciación del significado de forma y la formalidad; la forma, es la vía por la cual el agente manifiesta su voluntad interna ya sea expresa o tácita y siempre es señalada por la ley; semánticamente o el en el lenguaje no jurídico la forma significa: “Apariencia externa de una cosa. Manera y modo de proceder en una cosa”; por otro lado, la formalidad, admite la instrumentalización de la declaración de voluntad del agente, es por ello que se considera en líneas generales que es libre y facultativa en base a que no está compelida por la sistematización jurídico.

En armonía con lo regulado en el artículo 143 del Código Civil, se aplica la siguiente regla “hay libertad de forma cuando en determinado acto jurídico la ley no la impone”. Si tenemos que la voluntad tiene que ser manifestada vía escrita o verbal, teóricamente tenemos a la manifestación de voluntad tácita como aquella actitud que denota la toma de una decisión; por otro lado, la manifestación de voluntad expresa, que puede materializarse vía oral, escrita, digital, mecánica, manual, con lenguaje de señas, o mediante cierto elemento alternativo de comunicación (que incluye el uso de apoyos o ajustes razonables). Entonces, se puede concluir que todo acto jurídico tiene una inherente forma, aunque no se encuentre regulado en el ordenamiento legal, ya que conforme a lo referido líneas arriba, la forma es el modo de exteriorizar la voluntad, caso contrario, no se perfeccionaría el acto jurídico. Pues bien, dentro de la clasificación de los actos existen los formales y no formales, estos últimos no deben ser entendidos como aquellos que no tengan seña de manifestación, sino que se les da esa denominación porque

[49] PALACIOS MARTÍNEZ, *Nulidad del negocio jurídico*. Principios Generales y su aplicación práctica, Lima, 2002., p. 144.

el ordenamiento jurídico no indica la aplicable para establecer la declaración de voluntad (forma libre), caso contrario ocurre con los actos denominados formales que tienen adherida la forma prescrita por ley (forma vinculada). Respecto al aludido articulado del Código Civil, este almacena ambas modalidades de la forma, primando la impuesta por la ley, y en caso la ley no señale alguna forma, es aplicable la denominada libertad de forma o forma libre, es decir, el agente puede utilizar la que crea pertinente para que manifieste su voluntad.

La formalidad tiene dos aspectos: 1) Formalidad solemne constitutiva, es decir de carácter obligatorio bajo sanción de nulidad, y, 2) Formalidad solemne probatoria, entiéndase meramente facultativa y su inobservancia no ocasiona nulidad. Como se podrá apreciar, la forma solemne constitutiva es requisito esencial de validez, mientras tanto, la forma solemne probatoria trae consigo el aspecto verificador de la existencia del acto (prueba). “La forma y la prueba vienen a ser requisitos extrínsecos o externos del acto jurídico. La forma sirve para que el acto se manifieste y se exteriorice la declaración de voluntad. La prueba es el requisito, también externo; ambos requisitos se complementan mutuamente”[50].

Habiendo descrito el marco doctrinario de la forma del acto jurídico, cabe concluir que, en la redacción del artículo 144 del Código Civil el legislador resguarda la formalidad *ad solemnitaten* (Formalidad solemne constitutiva); por ejemplo, el contrato de donación y el matrimonio, son actos revestidos de solemnidad, en caso de incumplimiento el acto se declarará nulo; y, la formalidad *ad probationem* (Formalidad solemne probatoria); por ejemplo, el contrato de alquiler, compraventa, en donde la ley no exige formalidad, quedando ésta a criterio de las partes.

[50] PALACIO PIMENTEL, *Manual de derecho civil*, Lima, 1985, t. I., p. 49.

2.4. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

La eficacia, en líneas de FEDERICO CASTRO Y BRAVO, se colige que la producción de efectos está implantada a la aptitud que posean los sujetos que lo celebran[51]. En efecto, los particulares reglamentan sus intereses a efectos de satisfacer sus necesidades, consecuentemente, resulta sensato colegir que este es celebrado con la intención de normar legalmente sus consecuencias materiales deseadas en el marco del derecho, por ello, el acto jurídico es fuente del derecho. Entonces, la eficacia es el objetivo que las partes persiguen y suscriben mediante la celebración de un acto en función de la regulación legal de la autonomía privada y sus límites[52].

A consideración de ALBALADEJO[53] argumenta que los efectos jurídicos corresponden a un acto jurídico eficaz, cuya consecuencia concuerda con el propósito de ordenación, fundar o extinguir derechos y deberes, sostiene además que es parte de concebir un acto jurídico, su eficacia, aquella consecuencia regulada por el sistema legal, concretamente con el propósito emanado de los celebrantes.

Para conceptualizar el tema de la ineficacia, interpretaremos, *contrario sensu,* al concepto genérico de eficacia, es decir, que la ineficacia supone la incapacidad del acto jurídico de producir las consecuencias jurídicas que las partes declararon por medio de su manifestación de voluntad, este fenómeno puede que se ubique en la estructura o en los exteriores del propio acto jurídico. Siendo esto así, la eficacia y la ineficacia del acto jurídico se vinculan al tema del despliegue o extensión de los efectos jurídicos, de este modo, la figura de la ineficacia tiene diversos aspectos, causas y variables.

---

[51] Citado por RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*, Lima, 1989., p. 13.
[52] TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*, cit., p. 737.
[53]ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958., p. 403.

2.4.1.- Ineficacia estructural o invalidez

Esta especie de ineficacia también es denominada como Ineficacia Intrínseca, consiste en la falta de efectos derivada por defectos causados a la estructura del acto, la norma sustantiva prevé que ante el incumplimiento de algún elemento de validez se le privará de los efectos legales pretendidos por los particulares[54]. Ciertamente, la invalidez como especie de ineficacia, se detecta el evento o desperfecto en la estructura o parte originaria del acto jurídico. Sobre el tema en particular, ZANNONI, "la privación de los efectos incide *ab origine* impidiendo la configuración de una relación idónea"[55], de ahí que se gesta la idea de la nulidad como sanción material de aquel acto que nació desautorizado para emanar resultados amparados por el derecho.

Así, TABOADA CÓRDOVA[56], indica que este fenómeno se suscita en la propia solemnidad del acto jurídico, configurándose el motivo de ineficacia en el momento de su formación o celebración. Debemos entender que cuando refiere "desde el momento de su celebración o formación", es decir, aquella instancia de estructuración del acto jurídico, según la doctrina moderna, la estructura del acto jurídico se divide en: elementos; la declaración de voluntad y la causa o fin; presupuestos, el objeto y el sujeto, y requisitos: elementos esenciales.

En cuanto a la denominación de invalidez, BETTI, la asocia con la idoneidad de producción de efectos jurídicos, "es la reciprocidad instituida entre efectos y requisitos mediante la norma jurídica"[57], cuya inobservancia se gesta contra el deber impuesto de la autonomía privada por no articularla conforme al ordenamiento jurídico, dado que, según el citado autor, la invalidez se configura ante la ausencia de un presupuesto necesario al tipo a que pertenece o le falte o se encuentre viciado algún elemento esencial. Como se podrá apreciar de la cita extraída del mencionado jurista, quién al referirse a la invalidez ha relacionado el tema con el cumplimiento de los elementos

[54] PALACIOS MARTÍNEZ, *Nulidad del negocio jurídico*, cit., p. 91.
[55] ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1986., p. 27.
[56] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico,* Lima, 2002., p. 30.
[57] BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1959., p. 349.

esenciales como parte medular de la estructura del acto jurídico, es decir, que si algún elemento esencial se encuentra viciado el acto jurídico se tornará en inválido, posición que se ajusta a nuestra realidad legislativa.

También, SAVIGNY, desarrolló doctrinariamente dos formas de invalidez, las mismas que nuestro Código Civil contempla. La invalidación completa[58], aquella que extirpa y suprime toda eficacia en el acto jurídico, se asemeja, en extensión gramatical, al poder de destruir el hecho, la expresión técnica a nuestro sistema es la de nulidad. Con relación a la segunda forma de invalidez la denominó como, invalidez parcial[59], que por su naturaleza es variable, admite una variedad de impedimentos que en diversos grados no permitan que fluya la eficacia, concepción que indudablemente corresponde a la figura de la anulabilidad, en suma, se puede colegir de lo expuesto, que los supuestos de invalidez según sistema normativo son: la nulidad y la anulabilidad. Bajo la misma premisa teórica, ALBALADEJO[60], quien define a las aludidas formas de invalidez como los nulos y anulables, haciendo énfasis en que la invalidez acarrea la carencia de efectos, particularmente, en la nulidad y en cuanto a la anulabilidad la amenaza de destrucción; en suma, en ambos hay un defecto intrínseco en el acto constitutivo, lo hace la diferencia de la ineficacia funcional, donde fluye eficacia inicial que es revocada por causas externas al acto jurídico.

Finalmente, luego de haber desarrollado la denominada ineficacia intrínseca o ineficacia estructural del acto jurídico, es preciso dejar constancia de la relación conceptual entre ineficacia e invalidez, siendo que es especie de la primera[61]. La ineficacia en general es cualquier escenario donde el acto cesa en la producción de efectos, siendo que un acto válido puede reformarse como ineficaz, por ejemplo, la revocación o recisión contractual, también cuando la condición a la que estaba sujeto no se verifica, etc. Igualmente, un acto inválido puede revertirse en eficaz, si el vicio es subsanado.

---

[58] SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, 1930, t. III., p. 348.
[59] Ibidem., p. 349.
[60] ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, cit., p. 398 ss.
[61] RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad,* 2016, cit., p. 15.

Perú	Nulidad	Anulabilidad
Italia	Nulidad	Anulabilidad
Francia	Nulidad Absoluta	Nulidad Relativa
Alemania	Nulidad	Impugnabilidad
España	Nulidad Absoluta	Anulabilidad

Cuadro N° 2. **La nulidad absoluta y relativa en el derecho comparado**. Fuente: Elaboración propia.

2.4.1.1.- Nulidad o Nulidad Absoluta

Acorde con el tratamiento referido a la morfología del acto jurídico, explicando los requisitos esenciales, aquellos que deben cumplirse necesariamente de manera coetánea para que el acto jurídico nazca y exista jurídicamente. La ley sanciona con nulidad a aquel acto jurídico que al momento de su concepción ha omitido o transgredido algún requisito esencial, bajo esta premisa se define en líneas generales el concepto genérico de nulidad, según STOLFI[62], queda establecido que no constituye una regla que la nulidad sea declarada de caso por caso, en virtud que la nulidad está impuesta como sanción legal por el quebrantamiento de una norma obligatoria, por ello, el ensayista sostiene que existe la nulidad tácita o expresa. Así, la configuración de nulidad obedece a diversas causales tales como, ausencia de requisito esencial, o ser contrario a las buenas costumbres u interés social, además de infringir una norma imperativa.

En mención a la nulidad, DORAL GARCÍA DE PAZOS[63], es de opinión, que los efectos propios del acto (queridos por las partes) no le abrigan respaldo legal, de tal manera que no reconoce legitimidad a la situación jurídica que se pretende establecer, más allá de las mutaciones engendradas por considerarlo en otros ámbitos como un acto válido. Concordando los

[62] STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, 1959., p. 80.
[63] Citado por LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, cit., p. 530.

requerimientos de validez previstos en el artículo 140 con las causales de nulidad absoluta del artículo 219 de Código Civil, se puede entender claramente que en caso un acto jurídico no reúna todos los requisitos esenciales de validez, se le califica como acto inválido, toda vez que la invalidez existe como un estado o situación del acto jurídico y sin la necesidad que exista una resolución judicial que la declare como tal, sin embargo, esta concepción de invalidez muchas veces se torna de manera implícita para las partes y el acto inválido puede aparentar una ficta validez hasta que no se solicite judicialmente su nulidad por las causales que pudiese estar inmerso. Bajo lo expuesto, es la forma más breve y clara de explicar la categoría de nulidad absoluta del acto jurídico, sosteniendo que la invalidez no es sinónimo de nulidad, ya que la nulidad es especie del primero y por tanto tiene un carácter y tratamiento diferente[64].

Nuestro ordenamiento jurídico, contempla un aspecto adjetivo en cuanto a la legitimidad para obrar en referencia a la pretensión de la nulidad prescrito en la primera parte del artículo 220 del Código Civil, prescribiendo que la nulidad absoluta es invocada por las personas que ostenten interés o por el Ministerio Público y es declarada por el juez, así también, declaratoria de nulidad que se materializa cuando sea manifiesta, siendo esta última una potestad conferida a los jueces para calificar al acto jurídico de manera excepcional, atendiendo que el fundamento de esta figura se apoya en resguardar los preceptos y medidas de contenido imperioso. En suma, se puede concluir que, la pretensión procesal de nulidad es el instrumento procesal idóneo y necesario por el cual la parte afectada recurre para obtener tutela jurisdiccional ante un acto jurídico nulo, no hay otra vía, “por otro lado, es una acción personal, aunque los efectos recaigan sobre derechos reales porque se puede transmitir intervalos y mortis causa”[65].

Finalizando el presente tema, resulta sumamente necesario describir las características principales de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa a

[64] Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, El negocio jurídico, cit., p. 520. ¿Invalidez es sinónimo de nulidad? No, la nulidad tiene un carácter diferente.
[65] IDROGO DELGADO, *Teoría del acto jurídico*, cit., p. 266 ss.

efectos de cotejar ambas categorías:

Cuadro N° 3. **Comparativo entre la Nulidad y la Anulabilidad**. Fuente: Datos tomados de Taboada (2002)

Nulidad	Anulabilidad
1.- Constituye una sentencia declarativa de derechos.	1.- Constituye una sentencia constitutiva de derechos.
2.- El acto jurídico nace muerto, es decir, nunca existió.	2.- El acto jurídico nace vivo pero lesionado.
3.- Se tutela el interés público.	3.- Se tutela el interés privado entre las partes celebrantes.
4.- El pedido de nulidad pueden efectuarlo aquellos que tengan legítimo interés o por el Fiscal.	4.- El pedido de anulabilidad puede ser efectuado solamente por las partes celebrantes.
5.- No pueden ser confirmados o convalidados.	5.- Si pueden ser materia de confirmación o convalidación.
6.- Opera de pleno derecho.	6.- No opera de pleno derecho.
7.- Prescriben a los 10 años.	7.- Prescriben a los 2 años.

2.4.1.2.- ANULABILIDAD O NULIDAD RELATIVA

La anulabilidad es una sanción legal que se concede a los intervinientes que celebraron un determinado acto jurídico. Esta situación guarece en el principio del interés privado; dicha sanción se configura cuando existe un vicio subsanable en su estructura (por ejemplo, por vicios de la voluntad, capacidad de ejercicio restringida, simulación relativa, entre otros); no obstante, el acto jurídico nace vivo (produce efectos jurídicos), pero, como resulta lógico, dicho acto jurídico está en espera que sea confirmado o finalmente sea anulado judicialmente. Al respecto, TABOADA CÓRDOVA[66], precisa la pretensión y consecuencia jurídica de la presente categoría,

[66] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 91.

indicando “que no existe declaración judicial de anulabilidad ante la acción de anulabilidad”, lo que declara el órgano jurisdiccional es la nulidad del acto anulable, previa acreditación de la causal respectiva.

En mención a la eficacia del acto anulable, ALBALADEJO[67], nos dice que, es plenamente eficaz; sin embargo, en atención a sus defectos es sujeto de destrucción, suprimiéndose de manera retroactiva la eficacia acaecida, teniéndose un acto jurídico provisionalmente válido que, varía una situación jurídica preexistente. Acorde a lo indicado, el acto jurídico anulable puede ser materia de confirmación, es decir, que las partes en mutuo acuerdo decidan la subsanación del vicio contenido en un determinado acto jurídico, consecuentemente los efectos seguirán produciéndose de manera eficaz a partir de la celebración; caso contrario, la parte afectada por el vicio que contiene el acto jurídico puede recurrir a la vía judicial a efecto de requerir la nulidad de dicho acto jurídico, ante ello, los efectos del acto anulado se revocan retrotrayéndose hasta la fecha de su nacimiento, esta retroactividad es denominada retroactividad obligacional.

2.4.2.- Ineficacia funcional o extrínseca

Este tipo de ineficacia admite que el acto jurídico está óptimamente estructurado, pero, por circunstancias externas o funcionales ajenas a la organización del acto, este deja de surtir efectos. Resulta claro, que este fenómeno jurídico se produce luego de haberse celebrado el acto jurídico, pues el defecto aparece posteriormente, situación que se distingue con la ineficacia estructural, en donde el vicio se configura en la misma celebración. Sobre el particular, TABOADA CÓRDOBA señala que el defecto extrínseco se suscita después de solemnizar el acto jurídico, de ahí que se denomina ineficacia sobreviniente[68]. Seguidamente, podemos afirmar que la ineficacia funcional es aquel tipo de ineficacia que surge de manera ulterior a la elaboración del acto jurídico. Concluyendo el aspecto diferenciador entre los

[67] ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, cit., p. 415.
[68] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 32.

tipos de ineficacia cabe señalar lo desarrollado por ZANNONI[69], una cosa es privar de efectos al acto jurídico por vicios congénitos, y otra la privación por situaciones extrínsecas que evitan el desarrollo establecido inter partes.

De lo explicado, podemos percibir un concepto más claro y amplio sobre la ineficacia funcional; sin embargo, resulta pertinente citar algunos tipos sobre dicha categoría con la finalidad de fortalecer lo expuesto:

- Revocación: En líneas generales podemos decir que este tipo de ineficacia consiste en la declaración unilateral de la voluntad con el fin que se deje sin efecto un acto jurídico válido. Por ejemplo, Juan Pérez decide revocar en vida su testamento (artículos 798 a 804 del Código Civil), Juan Pérez decide revocar el poder para pleitos que le otorgó a Jaimito (artículo149 del Código Civil).

- Resolución: Mediante la resolución se deja sin efecto un acto jurídico válido por causal posterior a su celebración. Por ejemplo: Juan Pérez resuelve el contrato de arrendamiento que celebró con Jaimito, ya que este no cumplió con pagar la renta dentro de la fecha pactada (artículo 1697 del Código Civil).

- Mutuo Disenso: Esta figura consiste en que las partes que han celebrado un acto jurídico convienen recíprocamente dejarlo sin efecto, siempre que no perjudique a terceros. Por ejemplo, Juan Pérez y Jaimito mediante el mutuo disenso dejan sin efecto un contrato de arrendamiento (artículo 1313 del Código Civil).

- Rescisión: Es un remedio mediante el cual se deja sin efecto un contrato por alguna causa existente al momento de su celebración, no siendo necesaria la configuración de alguna irregularidad contractual. Dicho tipo de ineficacia se materializa con la emisión de la sentencia judicial, donde se cesan los efectos de un acto jurídico válido, según

[69] ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, cit., p. 126.

sea el motivo invocado sobre una pretensión injusta o desproporcionada. Por ejemplo, la compraventa de bien ajeno (artículo 1539 del Código Civil), la acción rescisoria por lesión (artículo 1447 del Código Civil) y compraventa sobre medida (artículo 1575 del Código Civil).

2.5. CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

En el Perú, los antecedentes legislativos de nulidad del acto jurídico se ubican a partir del Código Civil de 1852, que si bien es cierto no reguló expresamente dicho tema, lo reglamentó de manera referencial a través del artículo 1279[70] y 2279[71] del citado cuerpo legal. Luego, con la vigencia del Código Civil de 1936, se incorporó la nulidad del acto jurídico, en el Libro de Obligaciones, específicamente, en el artículo 1123[72] y 1124[73], en armonía con el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado Peruano de 1979.

El presente acápite es importante para desarrollar globalmente la presente investigación, para desarrollar la hipótesis planteada con relación a la problemática abordada y poder determinar la causal de nulidad aplicable.

2.5.1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente

La presente causal de nulidad no estuvo codificada expresamente en el Código Civil de 1936. Pues bien, habiéndose insertado la presente causal al Código Civil vigente, es necesario darle una observación doctrinaria en

[70] Artículo 1279.- Se consideran no hechos: 1.- Los contratos que dependen de condición ilícita, 2.- Los que dependen de condición imposible, 3.- Los contratos sobre materias profanas, en que se ha puesto por condición esencial, sustraerlos, del conocimiento de los juzgados. Ordinarios, sometiéndolos, a la jurisdicción eclesiástica, 4.- Los contratos cuyo cumplimiento se deja en lo absoluto a la voluntad de la parte obligada.
[71] Artículo 2279. También se reputan no hechos, y no producen efectos, los contratos celebrados por locos, por fatuos ó por pródigos declarados.
[72] Artículo 1123.- El Acto jurídico es nulo: 1.- Cuando se ha practicado por persona absolutamente incapaz; 2.- Cuando su objeto fuese ilícito o imposible; 3.- Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que esta establezca una sanción diversa; 4.- Cuando la ley lo declare nulo.
[73] Artículo. 1124.- La nulidad a que se refiere el artículo anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el Ministerio Público, siempre que le cupiere intervenir.
Puede ser declarada de oficio por el Juez, cuando resulte manifiesta.
No puede subsanarse por confirmación.

cuanto a la naturaleza jurídica de dicha causal, partiendo que la ausencia de manifestación de voluntad no presume estrictamente la nulidad, se asocia a la inexistencia (no prevista en nuestra legislación), dicho vacío hace inverosímil que se constituya el supuesto de hecho que engendre un acto jurídico por la ausencia del componente volitivo.

Esta falta de expresión de voluntad, más allá que contravenga la naturaleza del acto jurídico, es además causal de nulidad, toda vez que no se puede concebir la idea que se celebre un acto jurídico con expresa ausencia del requisito esencial más valioso, es decir, la declaración de voluntad. En este contexto, la gran mayoría de los tratadistas concuerdan con que la declaración de voluntad posee un componente único respecto de la voluntad y la declaración, dado que para conformarlo existen dos supuestos; la voluntad declarada, aquella que contiene lo expresado en la conducta, entiéndase, el objeto del acto jurídico; y, la voluntad de declarar, la cual teóricamente trae consigo dos tipologías de voluntad: de acto externo (declaración) y el reconocimiento de lo declarado (conocimiento de la declaración). Entonces, de acuerdo con la teoría, la falta de manifestación se configura ante la ausencia de la voluntad declarada como ante la falta de reconocimiento de lo declarado, así tenemos, por ejemplo, la ausencia de declaración.

En la cátedra nacional, puntualmente, se relataba como ejemplos de ausencia de manifestación de voluntad a aquella practicada a una persona en estado de inconciencia, hipnosis, embriaguez, entre otros que sean opuestos al discernimiento; ergo, se puede concluir que la manifestación de voluntad es la esencia del acto jurídico, siendo un elemento constitutivo del mismo, su ausencia lo convierte en inexistente; sin embargo, para nuestro sistema jurídico es un acto nulo.

2.5.2.- Cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o indeterminable

El derogado Código Civil de 1936 estableció en el inciso 2 del artículo 1123: "Cuando su objeto fuese ilícito o imposible". Dicho Código hacía referencia en un solo inciso tanto a la imposibilidad física como a la jurídica. Con el Código Civil vigente se agrega en el inciso 3 del artículo 219, incorporando "o cuando sea indeterminable", refiriéndose al objeto del acto jurídico[74].

La presente causal concierne a la sanción por inobservancia de tres requerimientos para su legitimidad, los mismos que fueron analizados sin perjuicio a ello, mediante el presente acápite se desarrolla la presente causal de nulidad empezando por esbozar la concepción del objeto del acto jurídico en el marco de lo desarrollado por ESCOBAR ROZAS, quién sostiene que dicho objeto es una suma de preceptos que las partes declaran con el propósito de obtener un resultado práctico. De ese modo, los efectos legales provienen del objeto del acto jurídico, siendo forzoso que este cumpla con ciertos requerimientos normativamente comprendidos, tales como, la posibilidad (física y jurídica), la licitud y la certeza de determinabilidad.

La imposibilidad física del objeto viene a ser la causal de más fácil entendimiento, y que, en líneas generales, consiste en que el objeto no puede ser cumplido porque las prestaciones escapan de las posibilidades físicas que la naturaleza ha dotado al ser humano, oponiéndose a las leyes naturales y físicas, razón por la cual lo pactado o convenido no puede ser ejecutado. Asimismo, la doctrina se ha encargado de distinguirla es dos extremos; por un lado, la denominada imposibilidad física absoluta, aquella que significa un obstáculo que no puede ser sometido por la fuerza humana, y por el otro, la imposibilidad física relativa, la cual se considera como un obstáculo que solo puede ser sometido utilizando un esfuerzo superior a lo ordinario. En ese contexto doctrinario, tenemos a la posibilidad objetiva que establecería un obstáculo que establece que nadie logre realizar la

[74] PALACIO PIMENTEL, *Manual de derecho civil*, cit., p. 210.

prestación, mientras que la imposibilidad física subjetiva se refiere al hecho en el que, específicamente, el deudor no pueda ejecutar la prestación.

El tema en discusión se circunscribe en identificar o distinguir si la prestación materia del acto jurídico es imposible de ejecutar por todos o solo debe vincular a la parte obligada, siendo bajo dicha reflexión la manera de determinar la existencia de la posibilidad física. Aunando ello, se aplicó un veredicto del derecho romano en materia tributaria: “Suficiente con que alguien pueda efectuar la regla negocial para considerarla físicamente posible, sin que interese si la parte deudora se encuentra o no en condiciones de cumplirla”. También existe otro enfoque doctrinario, abriga la idea que la prestación es físicamente posible de cumplir solo cuando la parte obligada está en capacidad de realizarla, deduciendo que nadie podría obligarse a algo que mediante sus capacidades físicas y naturales serían imposibles de realizar.

En suma, la posibilidad física se encuentra asociada a que el objeto de la prestación esté dentro de los parámetros del uso común o se encuentre en comercio, por ejemplo, un contrato de obra de un edificio multifamiliar respecto de un área de 10 m2 a la orilla del mar. Como se indicó líneas arriba, nadie podría ejecutar dicha prestación, o que sea de posible ejecución en el marco de las leyes naturales, por ejemplo, un contrato mediante el cual una persona se obligue a participar en una maratón de 500 km en dos horas.

Respecto a la imposibilidad jurídica del objeto, se debe partir puntualizando que dicho requisito, como requisito esencial de todo acto jurídico, es el contenido del mismo, en este caso específico, constituye el contenido legal que debe satisfacer la prestación, a fin de que pueda ser ejecutable por el agente. Así pues, tenemos que la denominada imposibilidad jurídica se asocia directamente a que los deberes y derechos implantados en la relación jurídica estén enmarcados y no sean contradictorios por el ordenamiento jurídico, teniendo dos perspectivas; una de contravención legal, por ejemplo,

un contrato de seguro de cobertura a todo riesgo vehicular respecto de un automóvil que se encuentra siniestrado; y otra de anomalía en la cimentación jurídica del objeto, por ejemplo, un contrato de hipoteca de un automóvil, o, un matrimonio con personas del mismo sexo, claro está que en estos ejemplos se contraviene la ley en otro sentido distinto a la ilicitud.

Con relación a la imposibilidad jurídica y sus variantes, de contravención legal y anomalía en la construcción del objeto, hay doctrina que sostiene que estas serían una suerte de sinonimia, es decir, que ambas constituyen causal de nulidad; sin embargo, otro sector de la doctrina entrevé que la causal materia de glosa debería excluirse puesto que la causal de fin ilícito abarcaría este supuesto. Así también, tenemos a BARBERO[75], arguyendo que antes que el impedimento jurídico es recomendable destacar la ilicitud, cuando se comprende realizar un hecho no correspondido por el derecho, por ejemplo, hipotecar una motocicleta.

Acogemos la definición elaborada por VIDAL RAMÍREZ, “la posibilidad del objeto esté fuera del marco jurídico por vulnerar al orden público y la ley”[76]. Es decir, un acto es amonestado con nulidad si es que su objeto contiene un imposible jurídico de ser ejecutado por cualquier motivo que haga irrealizable la prestación por cuestiones derivadas al incumplimiento del ordenamiento jurídico. Sobre el citado concepto, es preciso señalar que este ha sido insertado en diversas sentencias, entre ellas, la Casación n. 1822-2016-Huánuco (fundamento jurídico octavo), emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

En conclusión, tenemos al objeto indeterminable, para desarrollar tal tópico, debemos partir de la premisa que el objeto es determinado cuando se encuentra debidamente individualizado e identificado, lo cual permitirá que la prestación no pueda confundirse respecto al cumplimiento de este, ya sea de ejecución inmediata o mediata. Es importante destacar que, la presente causal de nulidad no se encuentra regulada ni legislada como exigencia para

[75] Citado por TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*, cit., p. 264.
[76] VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 522.

la legitimación jurídica del acto; no obstante, su contravención es castigada con nulidad; pues bien, la presente causal versa específicamente que todo acto jurídico es sancionado con nulidad cuando el objeto sea indeterminado, es decir, inejecutable, por ejemplo, que Juan Pérez le vende a Jaimito un bien mueble con las únicas características: automóvil de color verde, como se podrá apreciar del citado caso el acto jurídico es nulo como consecuencia que no contiene una descripción exacta con las características de la cosa, por lo tanto se imposibilita exigir el cumplimiento de una obligación cuando esta es indeterminada.

2.5.3.- Cuando su fin sea ilícito

El derogado Código Civil de 1936[77] en el inciso 2 del artículo 1123, reglamentó lo siguiente: “cuando su objeto fuese ilícito o imposible”, siendo este el antecedente nacional legislativo, donde regula al objeto ilícito y al objeto imposible. Asimismo, el Código Civil vigente sistematiza de manera individual la causal del “fin ilícito del acto jurídico” en el inciso 4 del artículo 219. Conforme se observa del actual Código Civil, se asignó otra denominación a la causal materia de estudio, es decir, se reemplazó “objeto ilícito” por “fin ilícito”. Imperativamente todo acto jurídico debe contemplar la causa fin, entre otros elementos esenciales, para la eficacia legal pretendida, sería inútil para el mundo del derecho la ausencia de dicho requisito; por ejemplo, el contrato de prestación del servicio de sicariato.

En un contexto teórico, “fin” debe entenderse por la “causa del acto jurídico”. En cuanto a ello, se tiene de la doctrina a la teoría objetiva y la teoría subjetiva, la primera versa sobre la finalidad típica e inevitablemente en todos los actos jurídicos de igual tipología, por ejemplo, en el contrato de compraventa siempre hay una prestación pecuniaria a cambio de un bien; por otro lado, la teoría subjetiva, también denominada causa motivo o causa impulsiva, refiere que es el conjunto de mociones psicológicas con el que

[77] Promulgado el 30 de agosto de 1930 por el presidente Oscar Benavides mediante Ley N° 8305.

cada sujeto interviene motivado para celebrar un determinado acto jurídico, esto se puede ver reflejado de manera tácita o expresa.

Siendo esto así, habría que delimitar con relación a las teorías descritas, cual es la aplicada a nuestro Código Civil y si es acogida por nuestros tribunales. Dicho análisis fue desarrollado por TABOADA CÓRDOBA aseverando que los legisladores incorporaron, bajo la perspectiva de Josserand la teoría subjetiva de la causa[78]. Es así como, dicha norma sustantiva sanciona con nulidad al acto jurídico que tenga finalidad ilícita, mas no por ausencia de fin o causa.

En líneas generales "fin" del acto jurídico es reputada ilícita cuando la finalidad volitiva contraviene a la ley, contiene un propósito prohibido, contrario al orden público, así como a normas legales imperativas (*ius cogens*), aquellas que no admiten variación o supresión y cuando la conducta se encuentra tipificada como como delito, así tenemos como ejemplo el acuerdo de otorgar comisiones de éxito por gestiones derivadas por cortar el fluido eléctrico o internet a terceras personas, el contrato de compraventa que transfiere un bien de propiedad de un tercero sin su consentimiento. También, es preciso acotar acerca de la conexión respecto al objeto (el contenido) y fin (el destino del contenido), en un escenario de ilicitud, por ejemplo, en los casos de "fraude a la ley", donde se evade una situación jurídica (norma legal defraudada) por medio del amparo legal de un acto jurídico con cobertura en otra base legal, lo cual se ve usualmente en el campo tributario.

Por otro lado, tenemos la opinión de RUÍZ SERRAMALERA, quién explica que, "el fin ilícito, no tiene más especialidad que la que el ordenamiento jurídico prohíbe por razones objetivas o debido a los sujetos que intervienen"[79]. De este modo, y como no todo cuerpo legislativo señala vanamente antes de determinar si su finalidad es francamente la de

[78] Cfr. TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 116. Citando al Jurista francés Louis Josserand quien sostiene que para la validez del acto jurídico se requiere de una causa que en su aspecto subjetivo sea lícita.
[79] RUÍZ SERRAMALERA, *El negocio jurídico,* Madrid, 1980., p. 231.

sancionar con nulidad. En ese sentido, se puede concluir afirmando que la manifestación de voluntad cuando está orientada a la creación de efectos que transgreden lo lícito, se reputa que tiene finalidad antijurídica que agrede al régimen normativo jurídico o valores con dicha jerarquía, situación que, al ser corroborada, se sanciona con la nulidad del acto jurídico, por ejemplo, el contrato de suministro de cocaína.

Finalmente, y a manera de muestra respecto al ámbito jurisdiccional, se procede a citar los argumentos extraídos del considerando cuarto de la Casación n. 1438-2017, Lima Norte, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: "(…) debe considerarse al fin o causa dentro de una concepción unitaria, que es la imperante en la actualidad en la doctrina civilista, la misma que señala que la causa es un único elemento, que cuenta con dos aspectos: objetivo y subjetivo. Así tenemos que, desde un punto de vista objetivo, la causa tal como debe entenderse en nuestro ordenamiento jurídico, será la función jurídica en base a la función socialmente razonable y digna que desempeña el acto jurídico; y desde el punto de vista subjetivo, la causa será el propósito práctico de las partes integrado por los móviles comunes y determinantes de la celebración del acto jurídico, es decir lo que las partes persiguen con la celebración de este. Con lo cual, para determinar la exista nulidad del acto jurídico por ilicitud del fin, no se deberá de tener en cuenta el aspecto objetivo del acto jurídico celebrado, pues todo acto jurídico siempre persigue una función jurídica y socialmente razonable de acuerdo al ordenamiento jurídico (en dependencia con cada tipo de contrato); sino, al aspecto subjetivo del mismo, es decir a los propósitos prácticos de las partes, integrados por los móviles comunes y determinantes que las han llevado a la celebración del acto jurídico, los mismos que deben ser contrarios no solamente al propio ordenamiento jurídico, sino contrario también al orden público o a las buenas costumbres".

(…)

"En esa línea de razonamiento; el fin ilícito, como causal de nulidad del acto jurídico, se configurará cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la

producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es contraria no solamente al ordenamiento jurídico, sino también al orden público y a las buenas costumbres (…)".

2.5.4.- Cuando adolezca de simulación absoluta

Causal de nulidad que no estuvo reglamentada en el Código Civil de 1936; sin embargo, la simulación absoluta estuvo regulada como causal de anulabilidad, según el inciso 2 del artículo 1125 del derogado Código Civil.

La simulación absoluta del acto jurídico consiste, en líneas generales, sobre aquel acto celebrado de manera ficticia, con el propósito de ocultar la real o la genuina intención de la parte celebrante o de los agentes que intervienen, a mérito de exteriorizar una figura jurídica distinta o que difiera a la realidad. LEÓN BARANDIARÁN[80], desarrolla como presupuestos, "notas lógicas", lo siguiente; 1) La no correspondencia entre lo declarado y la voluntad de las partes, así, pone como presupuestos (reserva mental), y 2) Pacto entre los declarantes para formalizar visos de autenticidad (declaración informal).

Así también, antes de desarrollar la presente causal de nulidad previamente debemos partir de la premisa que, la simulación absoluta contiene un contenido aparente y simulado, contrario a la realidad, por ello, en la práctica jurisdiccional existe una gran labor probatoria para evidenciar el acto simulado y la real voluntad. Al respecto, PALACIOS MARTÍNEZ, sostiene la necesidad de probanza de dicha situación, o "aquella inequívoca intención de los sujetos para manifestar al exterior un [acto jurídico] solo en apariencia como productor de efectos legales" [81]. Considerando inclusive a dicho acto como un fantasma, una apariencia, un suceso distorsionado o contrapuesto en lo que respecta a la exteriorización formulada.

---

[80] LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico,* Lima, 1965., p. 31.
[81] PALACIOS MARTÍNEZ, *Nulidad del negocio jurídico*, cit., p. 146.

Tanto la simulación relativa como la absoluta no contienen la genuina voluntad de los declarantes, siendo que en doctrina nacional abriga la idea que ambas deberían ser causales de nulidad (LOHMANN LUCA DE TENA, TABOADA CÓRDOVA, entre otros). Por otro lado, en la doctrina, también son materia de análisis los tipos de simulación en cuanto al contenido de licitud o ilicitud, que normalmente también es el resultado del convenio de simulación para determinar la procedencia de la nulidad. En ese sentido, BARBERO[82] pone como ejemplos la carencia de ilicitud, fingir vender un bien para sustraerse de ciertos requerimientos (simulación absoluta), y de aquella transferencia onerosa que figura como gratuita (simulación relativa). En consecuencia, cuando la simulación es lícita y sin perjudicar a terceros, no cabría mayor problema, caso contrario ocurre cuando dicha simulación conlleva a perjudicar a terceros, acreedores, etc. Es sobre este punto que debemos de examinar con la perspectiva legislada en la norma sustantiva civil.

Entendiendo, que el espíritu del inciso 5 del artículo 219 del Código Civil, es sancionar con nulidad absoluta a aquel acto jurídico que ha sido celebrado con nulidad y generalmente de contenido ilícito para perjudicar a terceros, pues bien, estando a ello, es necesario que el acto jurídico con simulación cumpla con tres requisitos para que pueda ser considerado de contenido ilícito, a saber:

- Discrepancia entre la manifestación y la voluntad real.
- Acuerdo entre las partes para producir el acto simulado.
- Que exista la intención de ocasionar fraude y/o defraudar.

De los tres citados requisitos, se considera al más relevante el tercero “la intención de ocasionar fraude y/o defraudar”, ya que la simulación tiene por objeto perjudicar a un tercero mediante un acto simulado, toda vez que la fabricación de un acto jurídico simulado tiene por objetivo generar perjuicio ilegal, con la clara intención de rehuir y/o reclinar obligaciones mediante la

[82] BARBERO, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, 1967, t. I., p. 153.

elaboración de otras. Procede la nulidad con la cuestión fáctica que la no declaración de voluntad exteriorizada es definitivamente ficticia. Tenemos, por ejemplo, el contrato de compraventa que celebró Juan Pérez con Jaimito, en donde el primero declaró haber recibido el precio del inmueble materia de transferencia, para así evitar que el inmueble le sea embargado por el banco, siendo este ejemplo un típico caso de simulación absoluta ya que concurren los tres requisitos citados líneas arriba; ahora veamos, por ejemplo en los casos de las personas que están tramitando visa para viajar al extranjero, necesitan aparentar necesariamente gozar de solvencia económica, para ello celebran actos jurídicos con simulación absoluta para así aparentar dicho requisito y obtener de este modo la visa sin mayor problema, como se puede apreciar no existe contenido ilícito, sin embargo, se trata de un acto con simulación absoluta.

2.5.5.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad

El Código Civil peruano de 1936 reguló en el inciso 3 del artículo 1123, la siguiente causal de nulidad: “Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que esta establezca una sanción diversa”. Pues bien, antes de analizar la presente causal de nulidad, resulta conveniente puntualizar la definición de la forma del acto jurídico. En el aspecto semántico forma significa: “Configuración externa de algo”, “modo de proceder en algo”, “molde en que se vacía y forma algo”. Como se puede apreciar la forma tiene significancia de exteriorizar, pues, en el ámbito dogmático la forma no es otra cosa que la demostración de voluntad del sujeto, expresión que puede ser oral, escrita e incluso mediante el silencio, también por el uso de ajustes razonables o apoyos, esta disposición puede basarse en una norma legal (forma legal), o, pactarse en un acto jurídico por imperio de la autonomía de la voluntad (forma convencional).

En relación con lo señalado, LEÓN BARANDIARÁN, explica, a manera de regla que los actos jurídicos asumen una forma, cualquiera que sea esta, debido que constituye una voluntad plasmada, “sin ella no puede hablarse

de acto jurídico, porque no se habría surgido del ámbito de los inconfesados"[83]. Efectivamente, la forma viene a ser la herramienta de exteriorización de la voluntad, o dicho en otros términos, el "vehículo" mediante el cual un agente comunica su voluntad. Es por ello que, se dice que todos los actos jurídicos congénitamente ostentan forma de una u otra manera.

Complementariamente, hay situaciones donde el ordenamiento jurídico faculta a los agentes la libertad de emplear la formalidad que ellos estimen conveniente; sin embargo, existen otros supuestos donde la ley impone de manera expresa una determinada formalidad, primer supuesto se denomina "formalidad solemne probatoria", y el segundo "formalidad solemne constitutiva". Ante las dos categorías de formas se puede evidenciar una notable e importante diferencia, como indicamos la formalidad impuesta por los particulares constituye un medio de prueba *ad probationem* y no se encuentra impuesta por la ley, en tanto su inobservancia no acarrea ninguna sanción inserta respecto al acto jurídico celebrado, lo único que pudiera ocurrir es que se disminuya el valor probatorio documental en donde se aloja el acto; sin embargo, en los actos jurídicos que están regulados con una determinada formalidad impuesta por ley *ad solemnitaten* su inobservancia está sancionada con nulidad. Así pues, a efectos de corroborar si es aplicable la formalidad *ad solemnitaten* o no, resulta necesario acudir al artículo 144 del Código Civil, donde se tiene que la ley asigna una determinada formalidad, y condena su inobservancia con la nulidad del acto, y en caso no sancione con nulidad el acto constituye un medio de prueba, por ejemplo, el contrato de anticresis (artículo 1092 del Código Civil) que compele su otorgamiento por escritura pública bajo sanción de nulidad, así también, en los contratos de donación de inmuebles (artículo 1625 del Código Civil) donde se impone formalidad por escritura pública bajo sanción de nulidad.

[83] LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, Lima, 1999., p. 273.

2.5.6.- Nulidad expresa

La nulidad expresa fue regulada en el inciso 4 del artículo 1123 del Código Civil de 1936. También añadida al vigente catálogo, este tipo de nulidad es aquel que viene contenido expresamente por alguna norma legal. La causal de nulidad materia de glosa, actualmente, se encuentra regulada en el inciso sétimo del artículo 219 del Código Civil[84]: "Cuando la ley lo declare nulo", en el ámbito doctrinario lleva la denominación de nulidad expresa debido al mandato literal e inequívoco que contiene la norma, en esa misma línea, TABOADA CÓRDOBA[85], sostiene que la nulidad expresa es calificada por la norma jurídica, usualmente, mediante enunciados de "es nulo" o "bajo sanción de nulidad", sin perjuicio de otras voces que califiquen la falta de aceptación del ordenamiento jurídico frente a un acto especifico.

A manera de ejemplo, según el Código Civil, podemos citar:

> **Artículo 274.- Causales de nulidad del matrimonio**
> Es nulo el matrimonio: 1) Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos (…)

> **Artículo 865.- Nulidad de partición por preterición**
> Es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor. La pretensión es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento (…)

> **Artículo 1543.- Nulidad por precio fijado unilateralmente**
> La compraventa es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes.

> **Artículo 1927.- Causales de nulidad de renta vitalicia**
> Es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública (…)

[84] Inciso rectificado por Fe de Erratas, publicada el 7 de setiembre de 1984.
[85] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 325.

Por otro lado, VIDAL RAMÍREZ[86] precisa que, dicha expresión de nulidad debe proceder únicamente de la ley, mas no de otro acto jurídico o norma jurídica que lo declare como tal de manera posterior, se trata entonces de una norma jurídica vigente a la celebración del acto, resaltando que, la potestad nulificante incumbe a los titulares de justicia. Así las cosas, la presente causal debe aplicarse bajo la idea que la norma sanciona expresamente la nulidad de un hecho prohibido o sancionado.

En ese orden de ideas, LEÓN BARANDIARÁN[87] asentó una postura interesante en relación con la nulidad expresa, indicando que no resulta obligatorio el vocablo “nulo” en la norma legal, poniendo de ejemplo que la condición suspensiva impropia inhabilita el acto y que la resolución impropia no se estima, asimismo, la autorización expresa exigida a los representantes legales para disponer bienes.

En suma, MORALES HERVIAS[88] glosa con relación a la nulidad expresa, sostiene que, de acuerdo con un sector mayoritario, hay dos tipos de nulidades, expresas y virtuales (tácitas), acorde con lo contemplado en el código; sin embargo, el mencionado autor considera que dicha clasificación es falsa, todas las nulidades son expresas y concebidas en la norma, descartando la vigencia de la virtualidad, refiere, lo tácito se emplea a la declaración y no a las causales de nulidad.

2.5.7.- En el caso del artículo V del título preliminar (nulidad tácita o virtual)

Dicha causal se estrena en el vigente Código Civil, toda vez que esta no fue regulada por el derogado[89]. La presente causal fue inspirada en el primer parágrafo del artículo 1418 del Código Civil Italiano. Particularmente, sobre

---

[86] VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico,* Lima, 2002., p. 503.
[87] VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico en el código civil peruano*, 1990, cit., p. 417.
[88] MORALES HERVIAS, Inexistencia e invalidez del contrato en el código civil peruano de 1984, Lima, 2009., p.104.
[89] Cfr. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico,* 2002, cit., p. 504. “Esta causal es novedosa pues no registra antecedente en nuestra codificación civil, salvo en el artículo III del Título Preliminar del Código de 1936 que se limitaba a prohibir el pacto que fuera contrario a las normas de orden público”.

la nulidad virtual, STOLFI[90], interpreta a manera de regla, la no exigibilidad de la declaratoria de nulidad por cada caso particular, pues en esta categoría virtual se comprende todo acto que riña con las normas imperativas y sus competentes.

La causal de nulidad adscrita al inciso octavo del artículo 219 del Código Civil: “En el caso del Artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca”, en doctrina es denominada nulidad virtual o tácita, puesto que, pese a no contener el mandato expreso y literal de nulidad en el supuesto hecho de la norma jurídica, la nulidad se encuentra de manera implícita por transgredir normas imperativas, además, por transgredir las buenas costumbres o un principio de orden público. Esta categoría de nulidad constituye, sin duda alguna, una interpretación de la norma; así también, la presente causal atenúa el principio de la autonomía de la voluntad ya que, “cabe anticipar que la autonomía privada, no se reconoce como absoluto, sino sólo como un principio y está sujeto a restricciones legales, ya que debe conciliar intereses privados y públicos”[91].

Es importante destacar que, las buenas costumbres y el orden público son parte intrínseca del ordenamiento jurídico. El primero es el conjunto de disposiciones del ámbito organizado que no deben ser omitidas por la ciudadanía, a criterio de BIANCA[92] son comprendidas como las reglas primordiales de la honestidad en virtud de la conciencia social; la segunda, como los cánones sociales de convivencia aceptadas y respetadas por los miembros de la sociedad, a su turno MESSINEO[93] lo considera como la agrupación de principios esenciales y de interés general no legisladas pero que sirven de fundamento jurídico para el Estado; del mismo modo, tenemos a las normas imperativas, aquellas que disponen el contexto dentro de los cuales los particulares deben celebrar actos de manera válida. Entonces, de

[90] STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, cit., p. 80.
[91] GARIBOTTO, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 22.
[92] Citado por ESPINOZA ESPINOZA, «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia nacional», cit., p. 311.
[93] Ibidem., p. 303.

acuerdo a la causal de nulidad materia de análisis, será nulo todo acto jurídico que contravenga dichos presupuestos.

Si bien es cierto que la nulidad virtual o tácita obedece a una regla interpretativa, está deberá ser objetiva y jurídica, en vista que no sea aplicada de manera extensa y fuera del contexto jurídico, para ese control tenemos al fuero judicial, siendo el llamado para resolver dicha controversia; así tenemos que, desde el mandato constitucional que, “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, nuestra norma sustantiva civil cobertura las nulidades virtuales, siendo que, esta causal refiere a las normas prohibitivas, las mismas deben estar expresamente incluidas en los textos legales[94].

Con relación a la definición de nulidad virtual, TABOADA CÓRDOVA[95], hace una comparación con la nulidad expresa, siendo que las primeras vienen explícitamente decretadas, mientras que las virtuales no, es decir, la sanción se produce debido a que el acto riñe una norma de carácter imperativo, por ejemplo, la celebración de un matrimonio civil entre personas del mismo sexo, contraviene el artículo 234 del Código Civil, cuyo mandato imperioso exige voluntad de una mujer y de un hombre sin impedimento legal.

2.6. NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO Y NULIDAD DEL DOCUMENTO

A manera de reflexión extrajurídica, debemos acotar que todo documento recoge un acto o hecho realizado por una persona jurídica o natural, sea de derecho privado o público. Este acto constituye un elemento o soporte, el cual se puede materializar de varias formas, tales como: papel, material audio visual, soporte tecnológico o electrónico, entre otros. Más allá de su utilidad final, dicho documento llega a formar parte de un archivo, privado o público, este último se someterá a los lineamientos que emita el Archivo General de la Nación, según corresponda.

---

[94] VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico,* 2002, cit., p. 504.
[95] TABOADA CÓRDOVA, «Causales de nulidad del acto jurídico», en *Revista de derecho Themis*, 1988, n. 11., p.76.

El mandato contenido del artículo 225 del Código Civil, debe entenderse como aquel que está destinado a explicar y regular la relación entre el documento y el acto jurídico, siendo el primero una suerte de soporte o elemento mediante el cual se instrumentaliza la voluntad declarada, permitiendo que sirva de medio de prueba para verificar o constatar la celebración del acto. Dicha distinción también estuvo presente en la norma sustantiva derogada, cuya reproducción es casi idéntica, según se observa del siguiente gráfico:

Cuadro N° 4. **Comparativo sobre la regulación del documento y acto jurídico**. Fuente: Elaboración propia.

Código Civil de 1936	Código Civil de 1984
Artículo 1131: No debe confundirse el acto con el documento escrito que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto.	Artículo 225: No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo.

Así pues, se parte de la concepción semántica de las siguientes palabras “acto” y “documento”; la primera, es el resultado de un hacer o el efecto causado por un agente; la segunda, el escrito en que figuran datos capaces y fidedignos de ser empleados para acreditar algo. En el mundo del derecho, el “acto” corresponde a la manifestación de voluntad del sujeto, mediante la cual exterioriza su voluntad y con ello se producen efectos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico; por otro lado, el documento tanto público o privado son elementos “con que se prueba, justifica o se hace constar algo, en sentido amplio documento es cualquier cosa que sirve para demostrar algo”[96].

[96] BELAÚNDE BORJA, *Diccionario jurídico*, Lima, 2002., p. 157.

Es en virtud de ello, es que se ha mantenido legislativamente dicho concepto ya que “la norma reitera lo señalado por el artículo 1131 del Código Civil de 1936 y plantea el caso de la denominada nulidad refleja. Se trata de actos con formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, pues, la nulidad del documento sin acarrear la nulidad del acto solo es viable cuando acto e instrumento son entidades jurídicas distintas e independientes"[97].

Así, se entiende que los particulares, con el fin de garantizar la verdadera voluntad, necesariamente plasman sus declaraciones en un documento. Ahora, el acto jurídico y el documento emanan una relación de continente (que contiene otra cosa) y contenido (cosa que se contiene dentro de otra). En ese sentido, se tiene del articulado materia de estudio que tanto el acto como el documento deben sabérseles diferenciar a efectos de obtener mayor comprensión en las situaciones eventuales que amerite la declaración de nulidad de alguno de ellos, siendo que las causas originarias son distintas.

Sobre el particular, se precisa el ámbito de ambos elementos desde una perspectiva conceptual, siendo que, el documento tiene por objeto establecer una capacidad representativa, la misma que se incorpora dentro de las operaciones con las que se varía un hecho o estado preexistente, mediante la instrumentalización o materialización de dicha situación; sin embargo, la manifestación de voluntad contenida en un acto jurídico tiene por objetivo un recinto intelectual, interno, emanado de un proceso racional mediante el cual el agente exterioriza su querer; claro está, que la vinculación entre ambos se hace con la denominada formalidad del acto jurídica.

En ese contexto, el vínculo e invalidación del documento y del acto jurídico tiene un tratamiento particular, tal como lo desarrolla CLÓVIS BEVILÁQUA[98], precisando que la nulidad documental o instrumental no induce o supone la nulidad del acto contenido, aplica el término, “el instrumento no es sustancia

[97] GUZMÁN FERRER, *Código civil*, Lima, 1989, t. I., p. 224.
[98] LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, 1999, cit., p. 312.

de él”, el documento se expide también con observancia al ordenamiento jurídico en cuanto a sus propios presupuestos, sea público o privado, atendiendo al caso en particular, dado que, hay formas prescritas cuya desobediencia puede conllevar a diversas situaciones, tales como, que el instrumento nulo sirva como material probatorio o valga como documento privado. Un ejemplo cotidiano es la escritura pública declarada nula por una omisión formal en la función notarial, sea por datos o firmas que no corresponden al acto, así como el excederse del ámbito territorial.

CAPÍTULO III
MARCO TEÓRICO DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

3.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El soporte constitucional de la jurisdicción reposa en el primer párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado Peruano: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos". Conforme se advierte del concepto normativo, este prescribe de manera expresa y contundente que la labor judicial les es atribuida a los jueces, a efecto que éstos hagan ejercicio del denominado *ius imperium*[99]*,* que en esencia deriva de la soberanía en el sentido que el juez adquiere un sitio de supremacía con relación a las personas que acuden a la administración de justicia.

Respecto al tema del ejercicio de administrar de justicia como potestad constitucional del Estado, CHANAMÉ ORBE es de opinión que, "al Poder Judicial le corresponde ejercitar la autoridad de gobernar la justicia, cuyo origen surge del pueblo. El deber de proteger los derechos de las personas y sancionar a los infractores debe corresponder a un poder distinto al ejecutivo y al legislativo, lo que se deriva de la teoría de la separación de poderes o equilibrio de poderes"[100].

La jurisdicción es más que una potestad, constituye una función que a su vez contiene facultades y deberes delegadas al poder judicial, la jurisdicción como aquella función que se ejerce mediante los órganos competentes que integran el aparato estatal, y que, en el ámbito de sus competencias, dirimen controversias, conflictos de intereses, incertidumbres jurídicas, sobre situaciones y hechos de connotación jurídica, mediante decisiones,

[99] *Imperĭum:* En la esfera militar de la antigua Roma, denotaba el poder de mando y castigo en relación con la autoridad del gobernante sobre los ciudadanos reclutados para la guerra y los territorios conquistados.
[100] CHANAMÉ ORBE, *Conocimientos básicos de la constitución*, Lima, 2004., p. 194.

eventualmente, factibles de impugnación o ejecución. Bajo dicho contexto habría que detallar los tres elementos que envuelven al acto jurisdiccional conforme a lo comentado por LEDESMA NAVÁEZ[101] son “la forma, el contenido y el fin”. El primero, como elemento externo, está compuesto por el procedimiento previsto por ley, el juez y las partes; el segundo, obedece a la existencia de una incertidumbre jurídica o conflicto de intereses que engendre la incoación de un litigio y la emisión de una resolución jurisdiccional; por último, el fin, cuyo propósito es, mediante la aplicación del derecho, asegurar la paz social, justicia y otros valores jurídicos por medio de la aplicación del justo derecho.

Con relación a la competencia, debe ser comprendido como el desarrollo de la jurisdicción, en el que cada juez o tribunal tiene como función conocer determinados procesos en función a la ley. La competencia, dentro del ámbito jurisdiccional, se vale de los despachos judiciales, según el grado o materia o especialidad, dentro de cada espacio geográfico o territorio jurisdiccional. Es por ello que, las reglas de competencia tienen como rol establecer cuál va a ser el órgano jurisdiccional que conocerá determinada incertidumbre jurídica o conflicto de intereses.

La competencia y jurisdicción no deben ser concebidas como sinónimos, la jurisdicción supone el género, siendo que la competencia es su especie, de tal manera que, por regla general, todo juez por mandato de la ley goza de jurisdicción, mas no, de competencia para avocarse a un determinado caso; caso contrario, existiría una manifiesta incompetencia. Entonces, se puede concluir el presente acápite con la idea que la jurisdicción regula la aplicación del derecho y que la competencia norma la aptitud legal para ejercer labor jurisdiccional. De modo que, no es correcto asemejar jurisdicción con competencia. La noción de jurisdicción está asociada a una potestad estatal, y la competencia versa sobre los ámbitos del ejercicio de dicha facultad para que sea valedera, por ello, no es correcto sostener que “un juez no tiene jurisdicción” dado que la expresión es una contradicción

[101] LEDESMA NARVÁEZ, *Comentarios al Código procesal civil*, Lima, 2009, t. I., p. 58.

porque todo juez lo tiene; sin embargo, no tener competencia corresponde a la facultad para intervenir en una determinada relación jurídica como juzgador.

3.2. CONCEPTO DE COMPETENCIA

La competencia en esencia es la capacidad y/o aptitud de carácter legal mediante la cual se despliega la actividad jurisdiccional para los efectos de la administración de justicia. Conforme se advierte de lo anotado, se puede evidenciar que al conceptualizar a la competencia no se puede deslindar a la jurisdicción.

Existe un sector mayoritario en la doctrina que delimita a la competencia en tres grandes cimientos, a saber: objetiva, funcional y territorial. Sobre el particular, LEDESMA NARVÁEZ[102], explica que, la primera, es sostenida por la naturaleza y el valor de la causa; la segunda, es la funcionalidad que la ley concede a los magistrados y, la tercera, pertenece al orden geográfico ante la presencia de jueces de la misma clase.

3.3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA

Luego de efectuado el estudio sobre la jurisdicción y competencia, resulta importante analizar los criterios según la teoría general del proceso para determinar la competencia orientada a dar solución a la problemática formulada en la presente investigación sin hacer distingo entre uno u otra especialidad del derecho, en virtud que, “la teoría general del proceso brota juntamente con la ciencia del derecho procesal con la misión de unificar las diversas ramificaciones sobre materia procesal, y como todas las ciencias atrae la centrifugación científica originado por las exigencia social y la técnica de estos nuevos tiempos”[103].

---

[102] LEDESMA NARVÁEZ, *Comentarios al Código procesal civil*, cit., p. 67.
[103] SILVA VALLEJO, *La ciencia del derecho procesal*, Lima, 1991., p. 39.

Este aspecto fundamental del derecho procesal se cita en razón que “se estudia las nociones que sistematizan el ejercicio jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos, fijando las formas y procedimiento que se ha de seguir para conseguir la actuación del derecho positivo y los funcionarios encargados de ejercerla”[104]. Conforme se puede advertir que en la Teoría del Proceso no existen distingos respecto a una u otra especialidad del derecho ya que en esencia, el objeto es regular y ejecutar la función jurisdiccional para garantizar la protección del orden jurídico, consecuentemente la armonía y la paz social, siendo esto así, queda establecido que para los efectos de la competencia no existe un orden determinado de carácter rígido, toda vez que desde antaño existen distintos criterios que se vienen aplicando, en donde no coincide la denominación del órgano judicial con la especialidad o materia que conoce la magistratura.

3.3.1.- Por razón de la materia

Conforme lo dispone el artículo 9 del Código Procesal Civil, en líneas generales, la competencia por materia se fija por el contexto de la pretensión y por las normas legales que la regulan. Carnelutti, cuando clasificó la competencia lo hizo de la siguiente manera: objetiva, subjetiva, territorial y funcional, pues, esta tipología de competencia forma parte de la competencia objetiva, en donde el juez ejerce la jurisdicción de manera definida conforme a la ley sustantiva, debe tenerse presente que la clasificación efectuada por Carnelutti ha sido recogida en la elaboración del Decreto Legislativo N° 957, nuevo Código Procesal Penal.

Para la calificación de la materia, CARRIÓN LUGO[105] considera la naturaleza del derecho subjetivo plasmado en el acto postulatorio y la normatividad aplicable al caso concreto. También, desarrolla un aspecto que es fundamental al objeto de la investigación, puesto que el citado autor señala que para la evaluación del tópico en comentario, “no exceptúa la aplicación de normas comprendidas en otros cuerpos legales”. La

[104] DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 2004., p. 41.
[105] CARRIÓN LUGO, *Tratado de derecho procesal civil*, Lima, 2007, t. I., p. 97.

competencia en mérito de la materia se establece de la relación jurídica que antecede a la incertidumbre jurídica o conflicto de intereses, según corresponda, que sirven de insumo a la incoación de un determinado proceso judicial, específicamente, por el *petitum* formulado en el ámbito jurisdiccional o administrativo.

Por lo expuesto, corresponde analizar los elementos de la pretensión: el *petitum* y la *causa petendi*, con el propósito de determinar el criterio de competencia. En relación con lo señalado, Tribunal Constitucional ha señalado a través del Expediente n. 0569-2003-AC/TC-Lima. Caso: Nemesio Echevarría Gómez: «El objeto litigioso está constituido por dos elementos que la doctrina denomina petitum y causa petendi. Si el petitum consiste en la solicitud de una resolución judicial idónea para la realización de un bien de la vida (entendido en la acepción más amplia), la *causa petendi* estará constituida por la indicación y la determinación del hecho constitutivo del derecho al bien perseguido, además del hecho que determina el interés de obrar en juicio. La *causa petendi* es entonces la razón, el porqué, o, más exactamente, aun el título de la demanda» (Véase fundamento 11). Quiere decir que, el análisis se vincula, por un lado, al efecto o alcance jurídico que pretende el actor ante el órgano jurisdiccional y los hechos describen en el acto postulatorio.

Por último, el propósito de este tipo de competencia es fundamentalmente conseguir la especialización de los órganos jurisdiccionales en cuanta materia sea aplicable, sin embargo, la implementación de dichos órganos es progresivo y mediante políticas en la administración de justicia, no siendo una regla absoluta a la fecha. Sobre el particular, PRIORI POSADA[106], sostiene que el motivo de esta competencia es la especialización de los juzgados. En efecto, actualmente en el Perú aún no se consolida la política que cada despacho asuma una determinada especialidad del derecho, al menos en el distrito judicial de Lima Centra se viene optimizando dicha misión; sin embargo, en provincia no todas las cortes cuentan con juzgados

[106] PRIORI POSADA, «La competencia en el proceso civil peruano» en *Derecho & Sociedad*, 2004, n. 22., p. 44.

constitucionales por dar un alcance. Asimismo, sostiene el mencionado autor, que la competencia por especialidad es variable y depende del nivel con el que quiere solucionar una pretensión[107].

3.3.2.- Por razón del territorio

En líneas generales, se puede decir que este tipo de competencia admite la administración de procesos ante varios jueces dentro de un mismo espacio geográfico delimitado “distrito judicial” y el mismo grado, con el propósito que un magistrado conozca la causa. En ese sentido, la competencia territorial se funda en mérito de diversos criterios los cuales se unifican, primordialmente, la ubicación de la sede del juez, esto es, para que las personas inmersas en el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica acudan a dicho ámbito, según el: i) Fuero personal, ii) Fuero real, iii) Fuero causal, iv) Fuero instrumental, etcétera.

Un sector de los tratadistas en la materia, creen que este tipo de competencia es el más importante y predominante en el derecho interno, a razón del domicilio de las partes procesales frente a la Judicatura territorial competente. En ese marco, PRIORI POSADA[108], complementa el concepto señalando que la mencionada territorialidad existe por necesidades basadas en cuestiones de orden geográfico, resalta que se fija en razón del domicilio del emplazado o del lugar que originó el hecho materia de pretensión.

En la teoría general del proceso, señala ZAVALETA CARRUITERO, se refiere respecto a la territorialidad, “por regla general, asume el juez donde domicilia el demandado, excepcionalmente se admite sustituir la competencia. La prerrogativa domiciliaria se sustenta en consideraciones de orden estrictamente personal. Es ecuánime acceder que el demandado ejerza su defensa aminorando costes y la menor repercusión al despacho judicial adscrito a su domicilio pues si así no fuere, el actor podría trasladar

[107] PRIORI POSADA, «La competencia en el proceso civil peruano» en Derecho & Sociedad, 2004, n. 22., p. 44.
[108] HINOSTROZA MINGUEZ, *Derecho procesal civil*, Lima, 2010, t. I., p. 47.

el litigio a una zona difícilmente accesible y bajo las condiciones incitadas por el demandante”[109].

En doctrina, se sostiene que la competencia es improrrogable e irrenunciable; sin embargo, para el tema que se aborda en el presente ítem debe anotarse que existe una excepción en la territorialidad de la competencia mediante la llamada prórroga de la competencia, la misma que constituye un acuerdo entre las partes con el objeto de fijar convencionalmente el lugar donde se conocerá y resolverá las controversias. La razón de la prórroga territorial, se circunscribe concretamente a un interés *inter partes*, por lo que, ellas mediante un acuerdo, pueden pactar una competencia diferente a la predicha en la norma; claro está, que ante falta de acuerdo o ausencia de esta prima la norma, para que se configure dicha extensión competencial se necesita la voluntad simultánea de todas las partes.

3.3.3.- Por razón de la cuantía

Para fijar la competencia debido a la cuantía, dicho criterio reposa en el aspecto económico de la pretensión y del litigio. Siendo esto así, se concuerda la adecuación del precio procesal con la importancia económica del proceso, más allá de la naturaleza de los propios hechos que original el litigio, sino también, incumbe la organización jurisdiccional, de ahí la frase: “es conveniente para los pleitos de menor importancia un oficio menos costoso”. Es por ello que, la asignación competencial respecto de la cuantía (valor económico del petitorio) asume justificación económica sobre la noción de asignación de labores jurisdiccionales respecto de procesos según el aspecto económico del petitorio materia de litigio, con el fin se distribuir una carga procesal derivada de una complejidad económica, así tenemos, por ejemplo, sería desatinado que el juzgado especializado en materia civil se avoque a una pretensión de obligación de dar suma de dinero ascendente al valor de 1 URP.

---

[109] ZAVALETA CARRUITERO, *Código procesal civil*, Lima, 2007, t. I., p. 83.

De lo expuesto se puede advertir que, el valor económico de la pretensión (cuantía) se ciñe obligatoriamente a aspectos de orden económico en política procesal. Así tenemos que, es estimable en dinero y, referenciado un monto base, permite dirimir la competencia entre órganos judiciales[110]. Dicho criterio sería en buena cuenta el eje central de la competencia en razón de la cuantía según nuestra legislación procesal vigente.

Bajo dicha línea de argumentación, coexisten tres métodos para establecer el valor económico del petitorio, según ROCCO[111]:
i) El sistema donde la cuantía se establece con respecto de lo manifestado por el actor en su acto postulatorio.
ii) El sistema donde el Juez asume directamente la apreciación de la cuantía, y,
iii) El sistema donde la ley determina la cuantificación.

3.3.4.- Por razón de la función o grado

La competencia de grado también es conocida como competencia funcional, este tipo de competencia versa esencialmente con la jerarquía de las instancias jurisdiccionales reguladas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, así tenemos: juzgados de paz, juzgados de paz letrados, juzgados especializados o mixtos, salas superiores y las salas supremas.

Este tipo de competencia viene a ser la facultad asignada a cada órgano jurisdiccional que han de ejercitar su competencia respecto de un determinado proceso judicial con relación a las funciones específicas que le atribuye la ley, así como conocer la demanda, conocer los recursos de apelación, etc. Asimismo, por regla general, le corresponde al juez que conoce el proceso ad quo, conocer también sus incidencias. LEDESMA NARVÁEZ[112], explica que este criterio es el que hace distinguir las funciones de las instancias, es decir, del *ad quo* y juez *ad quem*, existiendo una

[110] HINOSTROZA MINGUEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 46.
[111] ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1983, t. II., p. 52 ss.
[112] LEDESMA NARVÁEZ, *Comentarios al Código procesal civil*, cit., p. 99.

distribución de los procedimientos y procesos judiciales entre los jueces, en cuanto a quién realiza el primer análisis y quién reexamina. Cabe anotar que, usualmente se aplica la prevención en los procesos judiciales que existan incidencias que hayan sido impugnadas a segunda instancia, siendo esta la competente para conocer el tema de fondo.

Con lo expuesto, es importante precisar los aspectos de la competencia materia de glosa: la funcional horizontal y funcional vertical asociadas al grado. La competencia funcional horizontal, refiere a los roles jurisdiccionales por etapas de un proceso, es así que, a criterio de EUGENIO PRIETO[113], la competencia funcional (horizontal) conlleva a la asignación de facultades determinadas en la ley en cuanto a cada etapa del proceso, por ejemplo, “cuando la ley estableciera que la ejecución de una sentencia le corresponde a un juez distinto”. Además, aquellas incidencias originadas en el desarrollo de un proceso que admitan la intervención de otro juzgado para resolver dicha incidencia, por ejemplo, las recusaciones, conflictos de competencia. Respecto a la competencia funcional (vertical), el mencionado autor[114] explica que dicha asignación legal se dirige a ordenar el avocamiento y conocimiento del examen de una resolución judicial en primer o segundo grado, es decir, de la competencia del *ad quo* (juez que participa en el primer conocimiento de la litis, le incumbe su instrucción o estudio y la emisión del fallo en primer grado) y juez *ad quem* (juez que participa en el segundo conocimiento de la litis, le incumbe el reexamen de lo resuelto por el *ad quo*).

Finalmente, se puede colegir que la competencia, materia de análisis, “se fundamenta en la regulación y función que establece el ordenamiento para los jueces de diversa jerarquía en el proceso”[115], correspondiendo la participación funcional de órganos jurisdiccionales de diversos grados, es decir, que según la ley toda Judicatura cuenta con sus roles establecidos

[113] Citado por PRIORI POSADA, «La competencia en el proceso civil peruano», cit., p. 45.
[114] Ibidem., p. 44.
[115] HINOSTROZA MINGUEZ, *Derecho procesal civil*, cit., p. 59.

respecto de la jerarquía y/o de la instancia que ejerza según la naturaleza y la vía procedimental del proceso.

3.4. DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES APLICABLES AL PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS

3.4.1.- Principio de economía procesal

El concepto economía centra su existencia en la reducción de actividades referidas esencialmente en: 1) tiempo; 2) gasto; y 3) esfuerzo. Por ello, este principio está vinculado al Principio de Celeridad, dado que ambos simplifican los términos y periodos del proceso, sin que ello lesione al debido proceso.

Esta institución procesal por su propio alcance ostenta una trascendencia superior al de lo rigurosamente ritual, toda vez que, contiene un tema político procesal que irrumpe aspectos genéricos y específicos, siendo ese el principal motivo que lo cataloga como uno de los principios procesales más importantes en la teoría del proceso, su principal fortaleza es ocuparse sobre la duración del proceso y la onerosidad que esta trae. El espíritu de este principio es procurar que las situaciones problemáticas sean solucionadas con celeridad y ahorro, es decir, que los procesos judiciales sean ventilados de manera rápida, sin menoscabar el debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa, con miras a obtener un veredicto jurisdiccional oportuno, que resuelva el conflicto o la incertidumbre jurídica, con el fin que se restituya el orden turbado y retorne la tranquilidad social que muchas veces se ve oscurecido con una inoportuna administración de justicia.

El rol de este principio radica en plantear y regular la aplicación prudente pero necesaria de la celeridad jurisdiccional, sin perturbar el aspecto imperativo de las actuaciones que se realicen, la economía procesal en los actos procesales que correspondan, aplicando un juicio razonable entre la

celeridad y el irrestricto respecto del cumplimiento de las etapas procesales preestablecidas en la norma adjetiva, a saber:

Código Procesal Civil: Artículo V

"(…) El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran".

Código Procesal Civil: Artículo 50

"Son deberes de los jueces en el proceso: 1.- Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal".

Nada impide que, por razones de economía procesal y celeridad en la administración de justicia y ante la no acción de cuestionamiento de incompetencia conforme a ley, un juzgador pueda resolver un determinado proceso en aras de dicho principio sin perjudicar las formas esenciales que contempla la norma procesal. El ámbito de este principio procesal se extiende a todo el proceso, con el propósito de disminuir el número de actos procesales, como por ejemplo la conciliación, que según estadísticas existe un ínfimo margen de procesos con materia conciliable en donde las partes hayan arribado a un acuerdo conciliatorio; así también, debe tenerse presente que la reducción de actos procesales se centra en la etapa probatoria, pudiendo el juez rechazar pruebas carentes de asidero dentro de los puntos controvertidos fijados.

En opinión de, LEDESMA NARVAÉZ[116], dicha directriz procesal gestiona la agilización de las actuaciones jurisdiccionales, lo que genera, una tramitación de procesos más célere con ahorro en tiempo y dinero, esta simplificación representa el saneamiento de diligencias inoficiosas, el acopio de innecesaria documentación, cursar traslados, trámites, entre otros. Precisa la autora, la búsqueda del impedimento a las partes procesales, bajo

[116] LEDESMA NARVÁEZ, *Comentarios al Código procesal civil*, cit., p. 58.

mecanismos procesales con amparo legal, realizar actos dilatorios para la obtención del veredicto judicial.

Particularmente, este instituto procesal tiene dos componentes; de economía de gastos y economía de esfuerzos, que son explicados en los ítems siguientes. El Tribunal Constitucional en sendas sentencias ha establecido y desarrollado el principio de economía procesal, destacando los siguientes pronunciamientos:

Expediente n. 00037-2012-PA/TC-Lima (pleno) Caso: Scotiabank Perú S.A.A 12.- En lo que respecta al principio de economía procesal, este Colegiado ha establecido que, si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante, todo el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

Expediente n. 4587-2004-AA/TC Lima Caso: Santiago Martín Rivas (pleno) 17.- a) Por lo que hace al principio de economía procesal, tenemos dicho que, si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta incensario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie; no obstante, todo el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

Expediente n. 02814-2008-PHD/TC Lambayeque
Caso: Ernesto Mendoza Padilla
4.- Como lo ha expresado este Tribunal (STC 04587-2004-AA/TC), de acuerdo con los principios que inspiran los procesos constitucionales, especialmente el principio de economía procesal, el principio de informalidad y en virtud de la naturaleza objetiva de los procesos de tutela de los derechos fundamentales y la trascendencia de la materia bajo análisis, así como la urgencia requerida del caso, se observa que resulta innecesario devolver los actuados a los grados previos y hacer transitar nuevamente al justiciable por la vía judicial, más aún cuando, sobre la base de lo aportado al proceso, es posible emitir un pronunciamiento de fondo.

3.4.1.1.- Economía de gastos

Por regla general se establece que todo proceso judicial implica cierto coste para los litigantes, inicialmente para los accionantes, dado que la gratuidad en los procesos judiciales significaría un aumento gigantesco de demandadas, generándose una sobrecarga procesal para la administración de justicia. Cabe anotar que, la justicia en el Perú es gratuita y que la exoneración de costas procesales se encuentra exenta en los procesos constitucionales, penales y para la accionante en materia de alimentos.

El pago de costas y costos está a cargo de la parte vencida y no requiere ser demandado, se decreta por el principio de condena de costas y costos como una consecuencia accesoria en la sentencia, representando una condena pecuniaria a la parte procesal vencida, esto es, a efectos de resarcir los gastos incurridos. El Código Procesal Civil, dispone que, las costas corresponden el pago por los gastos de tasas, honorarios de los órganos de auxilio judicial y otros gastos judiciales; por otro lado, los costos procesales comprenden al honorario del letrado de la parte vencedora, más un 5% destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial concerniente.

Cabe anotar que la cobertura de dichos gastos procesales, tienen el carácter económico y se sufraga desde el inicio del proceso (etapa postulatoria) hasta

la conclusión definitiva del mismo (etapa ejecutoria); salvo, exoneración de la misma; no obstante, la *praxis* nos ha revelado que muchas veces un proceso judicial se puede extender por un tema de competencia o por un tema del fondo del proceso hasta el doble o triple del plazo para resolución del conflicto de intereses, situación que genera una extensión extraordinaria para la resolución de un determinado caso, siendo el propósito de la economía de gastos el siguiente precepto: “A menos tiempo menos dinero invertido en el proceso”.

Del contexto expuesto, se puede evidenciar la obligatoriedad del gasto económico se encuentra en función de la activación de un proceso judicial, como lo viene instaurando los casos que contienen el tema materia de estudio; asimismo, es ineludible identificar previamente la magnitud que puede generar el coste procesal, a efecto que se determine la onerosidad económica, situación que muchas veces alejan al justiciable de acudir al órgano judicial para invocar la tutelar jurisdiccional efectiva, postergándose el derecho de acción para tutelar de su derecho de propiedad.

3.4.1.2.- Economía de esfuerzos

La economía de esfuerzos asocia dos caras trascendentes con relación al proceso: i) La terminación en el plazo más breve y razonable y ii) La mínima actuación de actos procesales. Ergo, la celeridad y concentración constituyen los pilares de la economía de esfuerzos dentro del ámbito procesal; por ello, GOZAINI considera que esta directriz no solo economiza esfuerzo al agrupar un gran número de actividades y diligencias a favor del proceso; sino que, además, tiene una faz monetaria, porque el nivel de inversión se reduce considerablemente[117].

Existe un sector doctrinario que indica que la economía de esfuerzos no podría ser generalizada, dado que, sobre esta se encuentra el principio de celeridad, el cual se encuentra previsto en la mayoría de las normas

[117] GOZAÍNI, *Elementos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 2005., p. 155.

adjetivas del mundo jurídico, lo cual a criterio nuestro diferenciar dichas instituciones procesales constituiría una paráfrasis sobre la asignación de cuál sería el género o la especie. En suma, ambos contribuyen y apuntan a un mismo objetivo, lograr un proceso ágil y práctico, empleando un tiempo razonable, herramienta que está a cargo, principalmente, de la ley y el juez.

La economía de esfuerzos, como segundo aspecto fundamental de la economía procesal se funda en el lado humano, es decir, en el esfuerzo físico que requiere la actuación de las etapas procesales en todo proceso judicial sea contencioso o no. Lo cierto es que mediante la concentración, celeridad e inmediatez se puede efectuar un ahorro acorde con este principio procesal.

3.4.2.- Principio de inmediación

Se tiene como antecedente que, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en donde el juez de la causa estuvo claramente apartado en la participación de la *litis*, en dicha época predominaba el principio de escrituralidad y mediación, es decir, que el juzgador estaba supeditado a la labor probatoria que formularán los sujetos procesales, siendo que el direccionamiento del proceso muchas veces perdía sentido por la forma y circunstancia en la orientación de la prueba que en oportunidades carecía de convicción frente al juzgador, siendo este factor el predominante para que un proceso judicial durará alrededor de diez a veinte años.

Ante la precitada ausencia y falta de protagonismo del juzgador para concurrir en el ejercicio de probanza en el proceso frente a los hechos controvertidos citados en un determinado proceso judicial, nace para añadir dinámica procesal el principio de inmediación, en donde al juez se le otorga mayor protagonismo en la extensión dinámica de la prueba.

Según MILLAR el principio de inmediación exige que el juez esté en contacto directo con las partes y que sopese los medios probatorios que debe

compulsar. Cuando hay un mecanismo intermediario, como en los casos de sumario escritos, la decisión del juez se basa en una declaración que podría conducir en aumentar el margen de error en el sentido de la causa[118]. No obstante, este principio no es exclusivo del proceso judicial, es decir, puede ser aplicado a otros tipos de procesos como los de tipo oral (procesos laborales, procesos en el nuevo Código Procesal Penal) y los mixtos; también, en procedimientos administrativos, según corresponda.

Este principio tiene por rasgo característico que el juez tiene el deber de observar y participar de manera inmediata y directa, sea por medio presencial o a través de sus actuaciones escritas, función que es indelegable; de modo que, dentro de las actuaciones orales o en las diligencias que se actúen en el proceso, estás deben realizarse directamente por el juez de la causa, quién tiene el deber de conducirla, sea para propiciar la conciliación, sanear el proceso, actuar una prueba, entre otros. Debe tenerse presente que, actualmente, la oralidad es la herramienta fundamental con la vigencia de los nuevos modelos procesales de derecho del trabajo, en materia procesal penal y últimamente en materia procesal civil, la transcendencia del principio de inmediación en muy importante para solucionar los conflictos, ya que en la confrontación de posiciones y en la actuación de medios probatorios efectuados oralmente el Juzgador puede presenciar la intensidad con el objeto de esclarecer y resolver los puntos controvertidos materia de disputa. Es por ello que, dicho principio procesal, en esencia, se dirige a que, el juzgador de la causa, asuma mayor conexión y relación con todos los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (instrumentales, etc.) que componen la litis[119].

Esta inmediación, debe entenderse como aquella relación cercana que tiene el Juzgador respecto del proceso judicial que conoce; máxime, si es el juez quién resolverá el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, según sea el caso, debiendo poseer máximo contacto con todos las partes (elementos subjetivos) y medios probatorios (elementos objetivos) que

[118] MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, 1945., p. 169.
[119] ZAVALETA CARRUITERO, *Código procesal civil*, cit., p. 43.

conforman el proceso y a su vez solicitar de acuerdo a su criterio las actuaciones probatorias que crea pertinente para resolver la litis.

Cabe distinguir la inmediación con la actuación del antiguo sistema inquisitivo penal, donde el juez tenía la exclusividad de ordenar y producir la prueba y sobre estas emitir el fallo, situación que en la práctica varió notablemente con las modificaciones procesales y con la vigencia del nuevo estatuto penal adjetivo, sobre el ejemplo citado, el juzgador gestaba la prueba y sobre ella sentenciada, existiendo una pérdida de objetividad e igualdad de armas para el imputado, en cuanto a materia penal se refiere. Como se explicó, la misión de este instituto es que el juez tenga participación directa y presencial del desarrollo del proceso judicial, entre los sujetos procesales, sus manifestaciones, y las pruebas que aseveran sus respectivas posiciones (teoría del caso).

Con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, se ha enmarcado los siguientes aspectos: i) Contacto directo y personal del juez con los sujetos procesales y el objeto del proceso, ii) Presencia del juez en el desarrollo de la audiencia (no virtual)[120], iii) El juez que presencia la producción de las pruebas debe ser el que dicte la sentencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Expediente n. 02738-2014-PHC/TC Ica
Caso: Carlos Peña Solís (pleno)
10.- (...) Mediante este se asegura que "la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria (STC n. 0849-2011-HC/TC)".
12.- Por ello, si bien con carácter de general una vertiente del principio de inmediación puede identificarse con la presencia judicial durante la práctica de la prueba, en un sentido más exacto, en realidad, "la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano al que corresponde su valoración. En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera transcendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad (...)

[120] Durante el estado de emergencia sanitario decretado el 15 de marzo del 2020, por las graves circunstancias que afectaron la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, si dio inicio a una nueva era en la administración de justicia mediante las diligencias bajo la modalidad virtual (no presencial), situación excepcional que subsiste en menor grado.

Expediente n. 00427-2021-PHC/TC Junín (Pleno. Sentencia 857/2021)
Caso: Rubén Antonio Baltazar Pacheco
8.- El Tribunal Constitucional ha precisado que el principio de inmediación conforma el derecho a la prueba. De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria (Sentencia 00849-2011-PHC/TC)

9.- En la sentencia recaída en el Expediente 02738-2014-PHC/TC, se ha dejado sentado que si bien con carácter general una vertiente del principio de inmediación puede identificarse con la presencia judicial durante la práctica de la prueba, en un sentido más exacto, en realidad, la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera transcendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten.

3.4.3.- Principio de interés público en el proceso

Se asocia estrechamente con la esencia del derecho procesal, en tanto, “el resultado de todo proceso judicial propicia un interés general”, ello, como instrumento de consolidación a la paz social y seguridad jurídica, concepción que surge a partir que el derecho procesal se encuentra anexa al derecho público. De este modo, el Estado, actúa mediante los órganos jurisdiccionales a efectos de fortalecer los valores que inspiran la justicia y que sujetan un interés público. SILVA VALLEJO[121], a su turno, define al derecho adjetivo como, la ciencia jurídica de representación instrumental, adscrita al Derecho Público, estudia la esencia, desarrollo y finalidad de los actos procesales, organizados metódicamente para que sean aplicados por

[121] SILVA VALLEJO, *La ciencia del derecho procesal*, cit., p. 87.

los órganos jurisdiccionales y los sujetos procesales en el marco de ciertas normas y principios orientadas en valores.

Efectivamente, el derecho procesal pertenece al derecho público, es decir, que la presencia del Estado es determinante, por regla general no admite ser modificado por los particulares, sin embargo, el problema se genera cuando el derecho procesal instrumentaliza algún derecho sustantivo perteneciente al Derecho Privado (Ejemplo: Derecho Civil, Comercial), estando a que este por su propia naturaleza es de interés privado *inter partes*. Al respecto, un sector de la doctrina refiere que actualmente esta suerte de divorcio entre el derecho público y el privado se vienen relacionando ya que ambos están instrumentalizados por el derecho procesal, es suma, la finalidad concreta de hacer efectivos los derechos de los particulares es la armonía y paz social, independientemente que la materia sustantiva pretendida.

Para abordar dicha corriente de división teórica, se debe partir de la premisa que el diseño diferenciador del derecho público y privado, obedece a graficar y ordenar sus contenidos, principalmente, su regulación (relación estado y particulares y relación entre particulares, respectivamente) e, intereses (colectivos y del otro lado individual), la reglamentación de los vínculos jurídicos es el propósito de la precitada división. De ese modo, BRISEÑO SIERRA[122], identifica que en doctrina no se precisa el criterio o elemento que sirve para separar la distinción ya clásica entre derecho privado y público, refiriéndose tanto de aquellos que apuestan por la no separación. Así también, DEVIS ECHANDÍA, describe que no cabe discusión respecto de las diversas materias del derecho en cuanto a su finalidad, toda vez que, “son eminentemente de interés público o general, porque persiguen y garantizan la armonía, la paz social y la justicia sociales”[123].

Por último, respecto al planteamiento propuesto en este trabajo debe de tenerse presente que, “las causales de nulidad están basadas en la tutela

[122] BRISEÑO SIERRA, *Derecho procesal*, México DF, 1969, t. I., p. 25.
[123] Ibidem., p. 55.

del interés público”[124], siendo que en el ejercicio de toda acción ante un órgano de justicia se materializa con la incoación o acto postulatorio, poniendo en marcha actividad judicial, en búsqueda de la materialización del su interés personal, de su pretensión; así y todo, no imposibilita la existencia y la garantía del interés público en la jurisdicción en general[125]. Sobre el particular, RIVAS[126], “no debe creerse que la ubicación de una norma de un ordenamiento general, a la vez colocado en uno u otro campo, nos dará una pauta precisa de diferenciación”, en cuanto a la tutela del ámbito público o privado, refiriendo que en la codificación argentina también se cautela el interés público, más allá del derecho público o privado, así encontramos del artículo 279 del actual Código Civil y Comercial argentino: El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por motivo especial se haya prohibido que lo sea.

[124] TABOADA CÓRDOVA, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, cit., p. 301.
[125] DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2022, t. I., p. 112.
[126] RIVAS, *Teoría general del derecho procesal*, Buenos Aires, 2005., p. 7.

CAPÍTULO IV
DESCRIPCIÓN DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR

4.1. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO JURÍDICO MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Para efectos de la presente investigación, se enumeran los requisitos básicos que debe contener un acto jurídico para que le sea aplicable la hipótesis planteada; máxime, si se parte de la premisa que el acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible constituye un instrumento del delito[127], tal como lo es el equipamiento tecnológico para clonar tarjetas de crédito, máquina de billetes falsos, entre otros.

Mediante la inclusión de requisitos, ayudará a delimitar con mayor claridad el contexto antijurídico del despliegue de efectos jurídicos precarios que originar el acto jurídico materia de estudio; además, permite reiterar el ámbito de la presente investigación, toda vez que la hipótesis planteada se aplicará a los actos jurídicos que contengan la descripción que por este acápite se detallan, excluyendo aquellos que se encuentran sometidos al ámbito judicial en materia civil.

4.1.1.- El objeto del acto jurídico se encuentre inmerso a un proceso penal

Mediante la descripción de la realidad expuesta en el presente trabajo, se tiene que el acto jurídico al encontrarse cuestionado en sede penal debe ser valorado como instrumento para la comisión del hecho delictivo, fundamentalmente, porque este no habría provenido de un acuerdo de

[127] Corte Suprema de Justicia de la República. VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 (Asunto: Incautación). Fundamento jurídico 9B. *Instrumenta scaeleris:* "Son los instrumentos del delito, los objeto que son puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinaria del falsificador".

voluntades con la concurrencia coetánea de los presupuestos exigidos por ley. La acreditación de la presente característica se materializa con el pronunciamiento de la sentencia condenatoria en sede penal, la cual ha he desarrollar el pronunciamiento de nulidad del acto jurídico, previo requerimiento y posterior debate sobre el particular.

Con el cumplimiento de la mencionada característica, se acredita la transgresión de la naturaleza del acto jurídico, dando mérito a examinarlo desde un punto distinto al punitivo. Además, debe observarse la posibilidad de despliegue de efectos jurídicos que podría engendrar al no ser declarado nulo oportunamente, más aún, si este contiene derechos patrimoniales disponibles.

Por otra parte, la configuración de la causal de nulidad se condiciona con la emisión de la sentencia condenatoria, acreditándose así la conducta típica, dolosa, antijurídica y punible, al ser un documento contrario, tanto a las normas imperativas, como al ordenamiento jurídico.

4.1.2.- Que el acto jurídico sea de disposición

Cabe recordar, que cuando la disposición refiere a los derechos disponibles, es decir, de aquellos que tienen contenido patrimonial, estando dentro de sus cualidades que son dispuestos de ser cuantificados económicamente. Por otro lado, debe de tenerse presente que la idea medular expuesta en el presente estudio versa respecto de la declaración de nulidad del acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible, en vista de ello, es preciso dejar constancia que no se trata de todos los actos jurídicos, la investigación toma como eje central a los actos jurídicos de disposición, por ejemplo, un contrato de compraventa de un terreno.

A fin de desarrollar este punto acorde con la doctrina nacional, es oportuno citar a LEÓN BARANDIARÁN[128], quien nos dice que el acto de disposición

[128] LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico,* cit., p. 9.

corresponde a la enajenación de un bien, sea inmueble o mueble, inclusive a la constitución de un gravamen, requiriendo dos presupuestos; el primero, un acto jurídico que contenga la voluntad de transferir el dominio del bien (un título) y; segundo, la situación posterior que establece el título (inscripción del título o la tradición del bien), consistente en el cumplimiento de la prestación.

En la misma línea, VIDAL RAMÍREZ[129] señala que bajo dicha disposición se transmite la propiedad o se extinguen derechos respecto de aquel que lo concede. Ciertamente, también hay una afectación patrimonial en la constitución de un derecho real de garantía (hipoteca y anticresis), en general todo acto jurídico que conlleve a la enajenación (permuta, donación, etc.) Hay que destacar que, los actos jurídicos de disposición, conforme a su naturaleza pueden ser transferidos de manera concatenada y sucesiva entre los particulares, por tanto, dicha característica es perjudicial para los derechos del titular del derecho patrimonial inmerso en un proceso penal, así como, para los terceros que pudieran ser involucrados en un ficto tráfico contractual.

En ese contexto, y en función de la problemática planteada, se puede inferir que esta clase de actos jurídicos por su propia naturaleza puede agravar situaciones que generen perjuicios a los particulares, por ejemplo, la escritura pública de compraventa falsificada en donde Jaimito aparece como propietario de un inmueble, y bajo dicho instrumento le vende la supuesta propiedad a Juan Pérez.

4.1.3.- Que tenga contenido oneroso o patrimonial

La presente característica guarda una estrecha relación con los actos jurídicos de disposición, ya que conforme se explicó líneas arriba, la disposición tiene que ver con la transferencia de derechos de contenido

[129] VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 64.

patrimonial; no obstante, se desarrolla un enfoque básico sobre diferenciación entre la prestación onerosa y patrimonial.

Todo acto jurídico, patrimonial u oneroso, tiene por similitud su naturaleza económica y que su contenido es apreciable y cuantificable, por ejemplo, un automóvil, un terreno, una joya de oro. En líneas generales, se puede señalar que el acto patrimonial es el género y el acto oneroso es la especie, dado que el primero admite todo contenido patrimonial y económico de toda relación jurídica, sin importar evaluar que existan prestaciones bilaterales o sinalagmáticas entre una o más partes contratantes, así tenemos una donación, el testamento, etcétera; en cambio, el acto jurídico oneroso, además del intrínseco contenido económico, requiere del sacrificio de una prestación por su contraparte, por ejemplo, un contrato de compraventa, arrendamiento, entre otros.

Siendo así, es claro que los actos jurídicos patrimoniales causan relaciones jurídicas de tipo económico, y como sub clasificación tenemos a los onerosos y gratuitos. Los actos jurídicos onerosos son aquellos que derivan ventajas para los intervinientes en su celebración, cada parte tiene como rédito la ventaja de la prestación que adquiere, según la naturaleza de la obligación, estableciéndose que en todo acto de onerosidad un empobrecimiento y enriquecimiento mutuo entre las partes”[130]. Por otro lado, los actos jurídicos gratuitos contienen una obligación de contenido esencialmente de liberalidad o gracia y que recae en una de las partes de la relación jurídica, por ejemplo, los testamentos, la donación, entre otros.

4.1.4.- Que esté extendido en documento público

Es preciso dejar constancia que en el presente estudio no se incluye a todos los documentos continentes en general, involucra únicamente a los títulos inscribibles en el registro, esencialmente, los provenientes de instrumentos

[130] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 105.

públicos o documentos públicos[131], los cuales son otorgados o autorizados con todas las formalidades de ley, por funcionarios en ejercicio de sus facultades, tales como los Notarios y demás funcionarios competentes, poseyendo de legalidad y fecha cierta.

En cuanto a la fecha cierta, está referida al tiempo y oportunidad donde los actos jurídicos se reconocen y verifican, generándose su certeza, es por ello, que la data signada engendra y promueve consecuencias fácticas y jurídicas de toda índole. La necesidad de la fecha cierta es aquella certificación del instante en que se cotejó un determinado instrumento. Cabe señalar que, los actos jurídicos públicos tienen fecha cierta, toda vez que se consigna en ellos la fe pública; sin embargo, los instrumentos privados carecen de dicha particularidad, es decir, no tienen autenticidad. Asimismo, se coincide con lo señalado por LOBO SÁENZ cuando precisa que la fecha cierta se aplica únicamente a terceros que no participaron en la preparación del documento privado, ya que no interfirieron en su formalización, por ejemplo, teniendo un contrato de arriendo donde las partes lo acreditan mutuamente, entiéndase derechos y obligaciones, sería innecesario la acreditación de la certeza de la celebración[132].

Para ultimar lo anotado, aludimos como referente la Jurisprudencia emitida por el Tribunal Registral a través de la Resolución Nº 017-2002-ORLC/TR, del 15 de enero de 2002, mediante la cual se precisa lo siguiente:

[131] En concordancia con la dogmática procesal, lo dispuesto en el artículo 235 del Código de Procesal Civil, los documentos públicos son géneros y los instrumentos públicos son especies, comprende como documento público al otorgado por funcionario en ejercicio de sus facultades, la escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público y todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición, contrario sensu, será documento privado todo aquel que no tenga las características del documento público. Asimismo, el instrumento público está regulado por la Ley del Notariado que define lo siguiente: “Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley.”, clasificándose en instrumentos protocolares y extraprotocolares.

[132] LOBO SÁENZ, «La fecha cierta de los documentos en relación con su eficacia probatoria», en *Revista de Derecho Privado Nueva Serie*, 2003, n. 5., p. 193.

"La fecha cierta del contrato no está dada por la fecha de la minuta, sino por la fecha del instrumento que la formaliza». También es posible encontrar dentro de la Ley del Notariado, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 1049, una mención expresa a la figura jurídica de la «fecha cierta», para ello es necesario revisar el texto del artículo 97 de dicha norma, el cual establece que: «La autorización del notario de un instrumento público extra protocolar, realizada con arreglo a las prescripciones de esta ley, da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción de documentos, confiriéndole fecha cierta. Para garantizar la seguridad jurídica de dicho instrumento en que se efectúe la identificación de las personas, el notario podrá utilizar el sistema de comparación biométrica de huellas dactilares a través del servicio que brinda el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil – RENIEC".

Código Procesal Civil: Artículo 245

Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. La muerte del otorgante;
2. La presentación del documento ante funcionario público;
3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;
4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y
5. Otros casos análogos.

Excepcionalmente, el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

Con relación al citado artículo, hubo dos pronunciamientos relevantes respecto del ingreso de una minuta al despacho notarial y la obtención del Kardex registrado, así la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia[133] en un caso de tercería de propiedad, se pronunció de la siguiente manera: "Que, bajo este contexto, de la revisión de la minuta obrante a fojas

[133] Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria. Casación n. 3434-2012-Lima. Fundamento sexto.

dieciséis, se advierte que si bien el documento en cuestión no contiene firma legalizada y no fue presentado para que el Notario “certifique la fecha” como indica el inciso 3 del artículo 245 de la norma adjetiva; dicha circunstancia se equipara con la certificación que el Notario Percy Gonzáles Vigil, hace en el anverso de la minuta que obra a fojas treinta vuelta, donde certifica: “Que la presente fotocopia ha sido tomada de la minuta de compra venta, que celebran de una parte como vendedora Corporación Gremco Sociedad Anónima (hoy Gremco Sociedad Anónima) y de la otra parte como comprador el señor Manuel Emilio Mesarina Naveda y cláusula adicional de contrato de cesión de posición contractual de una parte Manuel Emilio Mesarina Naveda y de la otra parte los señores Nino Manuel Mesarina Báez y doña Ismelda Rosa Naveda Montoya de Mesarina, la misma que ha sido ingresada a mi despacho notarial con fecha veintinueve de noviembre de dos mil bajo el Kárdex Número seis tres ocho dos seis (63826)”. De lo que se colige que nos encontramos ante “otro caso análogo” regulado en el inciso 5 del mismo artículo, pues el Notario acredita la fecha en que la minuta fue recepcionada por su Notaría y acredita que la minuta obra en original en su Protocolo de Minutas (…)”.

El otro pronunciamiento estuvo a cargo de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia[134], quién en un caso análogo sobre tercería de propiedad sostuvo que la era aplicable el inciso 5 del artículo 245 de la citada norma adjetiva, a saber: “(…) de la revisión de la minuta obrante en copia certificada a fojas nueve a diez se advierte que, si bien el documento en cuestión no contiene firma legalizada y no fue presentado para que el Notario “certifique fecha cierta”, como indica el inciso 3 del mencionado artículo 245 del Código Procesal Civil; dicha circunstancia se equipara con su presentación a la Notaria Ramos el 13 de diciembre del dos mil seis pues al generar el Kardex N° 6018, se da cuenta del registro y existencia de un trámite notarial que necesariamente se inicia a pedido de parte y previo pago de los derecho notariales, y por tanto prueba su existencia a la fecha de su presentación originando dicha “fecha cierta”(…). De lo que se colige que nos

[134] Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 3899-2015-Lima. Fundamentos undécimo y duodécimo.

encontramos ante “otro caso análogo” al contemplado en el inciso 3 del artículo 245 del Código Procesal Civil, regulado en el inciso 5 del mismo artículo, y no al caso contemplado en el inciso 2 (presentación del documento ante funcionario público) como erróneamente motiva la instancia de mérito; por lo que hecha la rectificación corresponde desestimar la infracción normativa procesal (…)”

Por otro lado, se consideran instrumentos públicos notariales, aquellos que los notarios extienden o autorizan por mandato de ley, respetando los límites competenciales y las formalidades preestablecidas, por tanto, merecen fe sobre la realización del acto jurídico celebrado, siendo valioso que el fedatario tenga en cuenta los hechos y circunstancias que se produzcan. Existe también el denominado Protocolo Notarial[135], que es el que compila a los registros de escrituras públicas, transferencia de bienes muebles registrables, actas de protesto, testamentos, entre otros.

Finalmente, para el propósito de la investigación, se puede afirmar que la escritura pública (que alberga el asunto materia de estudio) procede de un acto jurídico patrimonial que se celebró para cometer un hecho ilícito, este instrumento por estar revestido aparentemente de fe notarial y por su naturaleza es inscribible en los registros públicos, generándose así un terrible problema si ello prosperase, ya que la escritura pública es acreditada por el notario con las solemnidades de ley a petición de uno o más otorgantes o partes con plena capacidad para realizar los actos jurídicos o contratos a que se refiere el mismo, así como para renovarlos, reformarlos o prorrogarlos, sujeto al sistema jurídico y a la moralidad[136] o, como lo contempla nuestra normatividad que refiere que la escritura pública es todo instrumento central que es agregado al protocolo notarial, previa autorización del Notario, que posee uno o más actos jurídicos, siendo su objeto, por lo general, bienes inmuebles o muebles; por otro lado, los bienes muebles pueden ser transferidos mediante actas de transferencia y

[135] Es la recopilación sistemática de registros sobre la misma materia donde el notario extiende los instrumentos públicos protocolares en el marco de la ley.
[136] BARRETO MUGA, *Derecho notarial y competencia notarial en asuntos no contenciosos*, Lima, 1997., p. 47.

consecuentemente ser inscritos en los registros públicos, por ejemplo, lo vehículos usados y los bienes muebles reconocible por ley.

4.2. DE LA VEROSIMILITUD QUE CONTIENE AL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR

El contrato es la categoría jurídica más preciada que ejercita la autonomía de la voluntad donde el sujeto expone y dispone su esfera de contratación concordada con el ordenamiento jurídico, claro está, dando obediencia a los elementos propios de cada contrato, materializando de esta manera la libertad de contratar (decidir con quién vincularse), siendo que este albedrío consiente a las partes tomar la determinación de cuándo y con quién formalizar un contrato e inclusive abstenerse de hacerlo, debido que se contrata sin interferencia del legislador, tribunales u otras autoridades[137], y la libertad contractual (regular los derechos y obligaciones), reconociéndose en esta libertad el derecho de los contratantes a desarrollar estipulaciones contractuales dentro de los límites fijados por la ley, las reglas de negociación y la costumbre jurídica[138].

Dicha autodeterminación requiere necesariamente a un instrumento fuente que acredite la titularidad del sujeto y la existencia del objeto materia de disposición, siendo que para efectos del tratamiento de la presente investigación se trata de un documento público, que consiste en el medio verificador de la certeza de un hecho o acto autorizado por funcionario público en cumplimiento de la ley, dotándose de este modo un documento que exterioriza licitud.

Por regla general, se concibe que todo contrato está revestido de seguridad jurídica, lo que se identifica, esencialmente, por medio de dos elementos, perceptible e inmaterial. El primero, consiste en el acceso y visualización del documento fuente, actividad mediante la cual permite examinar el contenido del título de propiedad que contiene aquel derecho real que se pretende

[137] LEYVA SAAVEDRA, *Contratos en general*, cit., 158.
[138] Ibidem., p. 159.

adquirir y, el segundo, es resultado del primer elemento, es decir, es la interpretación abstracta de la información percibida del documento, confiriendo la aptitud legal del mismo. En suma, ambos habilitan el tránsito de toda la operación jurídica contractual entre los particulares; sin embargo, dicha apariencia jurídica (proveniente del segundo aspecto) es imperceptible de comprobar de manera inmediata, por tal motivo los particulares no advierten que el acto jurídico proviene de la comisión de un hecho punible, por ende, su propio origen es inválido y consecuentemente nulo.

En el ámbito dogmático, JOAQUÍN LLAMBÍAS afirma que la anomalía que afecta la validez puede estar oculto o patente en el mismo, de ser el caso, se necesitará de una investigación para exhibirlo, estas diferencias son las que permitieron originar en nuestro sistema jurídico la codificación de las teorías de las nulidades, clasificándolas en nulidades no manifiestas y manifiestas[139].

El aspecto y formalidad como elementos tangibles del acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible, son características que no pueden omitirse en la presente investigación, toda vez que, éstos al encontrase dentro de un documento público y con una aparente declaración de voluntad legítima, denota sin duda alguna que aquella persona que figura como titular de un derecho real, se encuentra en capacidad de disponer un determinado bien, dado que la apariencia que goza el documento generan confianza para contratar, por ejemplo, la escritura pública donde Juan Pérez figura como propietario de un predio rustico. De la citada casuística, se puede apreciar que dicho contrato fuente cuenta con suficientes características palpables que lo exhiben como un documento legítimo y veraz por estar instrumentalizado en pliego aparentemente revestido de legalidad, situación que conlleva a los particulares en actuar de buena fe para la adquisición de derechos reales que supuestamente contiene el aludido acto jurídico, no siendo así el grado de convicción respecto de los actos jurídicos contenidos

[139] JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Nulidad y anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1997, t. II., p. 505.

en documentos privados, pese que la ley no exige tal formalidad, salvo los *ad solemnitatem.*

Conforme se desarrolla a lo largo de la tesis, el problema se centra en que la nulidad materia de estudio es congénita, abstracta e imperceptible para los particulares, quienes asienten por lícito el citado documento fuente. Resulta absolutamente claro que todo acto jurídico para que produzca honestamente reflejos de amparo legal, ha de ser válido y eficaz, partiendo de una óptica teórica es necesario analizar a la validez desde su aspecto orgánico, que, según ESPINOZA ESPINOZA[140], la validez tiene dos momentos, uno en el cual se analiza su estructura y otro la eficacia, la pauta ordinaria es que un acto válido cause efectos jurídicos, es decir, tenga eficacia.

Ante la efectividad de un acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible revestido de aparente legalidad, los particulares pueden acceder a las ofertas de los agentes delictivos, ya que éstos "demostrarían" ser titulares de derechos reales que contiene el acto jurídico en virtud del supuesto título. Sustancialmente, SALVAT, anota "que el título confiere un derecho a una cosa, pero la propiedad solo se trasmite cuando el modo ha sido cumplido"[141]. A fin de graficar la idea se cita un ejemplo: delito de falsificación de documentos, donde Jaimito por medio de una escritura pública falsificada vendió acciones y derechos a Juan Pérez (agraviado) del inmueble ubicado en el lote 23 (predio rustico) asociación pro vivienda Castrovirreyna, manzana A, Lote 524, distrito, provincia y departamento de Ica. Aquí se verifica que la apariencia que ofreció el referido documento público[142], generó confianza y credibilidad para la celebración del contrato, hoy denominado teóricamente como nulo *ipso iure*, del cual podrá engendrar futuros efectos jurídicos.

---

[140] Cfr. PALACIOS MARTÍNEZ, *Nulidad del negocio jurídico*, cit., p. 30.
[141] SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1927., p. 391.
[142] Cfr. BELAÚNDE BORJA, *Diccionario jurídico*, Lima, 2002., p. 159. "Dícese del documento extendido u otorgado con todas las formalidades establecidas por la ley, por o ante Notario Público o funcionario autorizado en ejercicios de sus atribuciones. Producen fe plena respecto de la realidad del acto a que se contrae".

Al no declararse la nulidad del acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible, este sigue jurídicamente incólume, es decir, no es sancionado por imperio de la ley, pese a que el sujeto activo del delito se le acreditó su autoría. Ante dicha situación se confirma lo sostenido por la presente investigación, esto es, ante la inaplicación de la nulidad judicial este puede ser materia de nuevas transferencias y así extenderse la lesión a terceros, posibilidad que es cierta ya que se debe de tener en cuenta que el acto jurídico es de disposición. Desde una perspectiva en el ámbito del derecho civil, se tiene que los terceros al supuestamente haber adquirido un derecho real por parte del sujeto activo del delito, podrían alegar algún derecho real frente al verdadero titular del bien, pudiendo privar a este de su genuino derecho que adquirió legítimamente desde antes de la perpetración del delito, situación que se verifica en la comisión de los delitos de falsificación de documentos y estelionato.

Finalmente, la verosimilitud alegada se aloja en el documento que origina la problemática, el cual es sometido al fuero jurisdiccional tanto en materia civil como penal, según el tema en concreto, tal como se acredita a continuación:

Casación n. 3207-2016 Arequipa

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

12.- (…) la suplantación de identidad, así como la falsificación de documentación, entre otros, no son eventos ajenos al tráfico jurídico inmobiliario, sino que, por el contrario, son cada vez más frecuentes estos actos fraudulentos vinculados con inmuebles, y es precisamente en atención a ello que se recurre a la figura del notario público a fin de dotar de mayor seguridad al acto jurídico mediante su formalización a escritura pública; apreciándose que en el caso concreto, contrariamente a lo señalado por la Sala Superior, el notario sí tenía motivos atendibles para dudar o presumir de la rectitud del acto jurídico que se pretendía formalizar ante su despacho.

Casación n. 702-2017 Ucayali

Sala Penal Permanente de la Corte de la Suprema de la República

3.11.- Es cierto que –conforme sostuvo el casacionista– en el Decreto Legislativo número mil cuarenta y nueve (Decreto Legislativo del Notariado), (…), existen normas que se orientan a proteger a los notarios en atención a la naturaleza de sus funciones, como sucede con su artículo cincuenta y cinco, que establece que "el notario que diere fe de alguno de los otorgantes inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en ninguna responsabilidad". Sin embargo, ello no constituye patente de corso para declarar, sin más o *a priori,* que no cabe atribuirles responsabilidad penal por un hecho que guarda relación con el ejercicio de sus funciones; eventualmente, pueden responder penalmente (…).

Casación n. 3148-2018 La Libertad

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

4.4. Desde esta perspectiva, existe vínculo evidente entre la acción del registrador y el daño causado que puede ser detallado de la siguiente forma: (i) El demandante obtuvo una sentencia a su favor; (ii) Cuando trató de inscribirla no pudo hacerlo porque se había inscrito una compraventa en la partida respectiva; (iii) Si se hubiera calificado debidamente los documentos presentados, no se hubiera inscrito el acto jurídico; (iv) Una sentencia judicial dejó de ser efectiva por esa omisión; y, (v) Que no haya podido ejecutarse la decisión judicial postergó los derechos del demandante y generó daño. Esa es la ruta seguida en torno a la causalidad y ella vincula el hecho de la demandada (inscripción registral) con el daño producido (derechos no efectivos).

4.3. ANÁLISIS DE ALGUNOS DELITOS TIPIFICADOS EN NUESTRO CÓDIGO PENAL QUE REQUIERE EL USO DE UN ACTO JURÍDICO PARA COMETER UN HECHO PUNIBLE

Se puede anotar que, debido a la naturaleza social del ser humano, este se encuentra sujeto a la interacción desde distintas esferas sociales, surgiendo de ese modo coincidencias, afinidades y correlaciones interpersonales, asimismo, cohabitan los debates, desacuerdos, discrepancias y

contrariedades; sin embargo, la situación cambia cuando determinadas conductas en el ámbito social dañan bienes jurídicos tutelados, dicho escenario pasa a ser regulado por el ámbito del Derecho Penal. Cabe señalar, que las personas estamos sujetas al cumplimiento y sujeción de la ley, más aún, si estas regulan el comportamiento bajo una sanción punible, ejerciéndose de esa manera un control social[143]. Ante dicho razonamiento podemos decir que el Derecho Penal es una parte del ordenamiento jurídico que tiene por objeto estudiar y definir ciertas conductas como criminales, en cuyo caso impone a los transgresores penas o medidas de seguridad, siendo esta rama del derecho un instrumento fundamental para el orden, paz y tranquilidad colectiva, mediante el control social formal ejercido por el carácter punitivo y reformador del derecho penal.

Si bien es cierto que el derecho penal constituye la última *ratio legis*, inserto en el principio de intervención mínima del derecho penal, *principio de última ratio*[144]*,* lo es porque el derecho penal desarrolla una función de protección a favor de la ciudadanía, sancionando las actividades punibles. En segundo lugar, desempeña esa misión por intermedio de la prevención delictiva de posible comisión futura, por lo que tiene naturaleza preventiva. En ambos casos, el derecho penal no es contradictorio, sino que deben concebirse como una unidad. Tal es así que las funciones principales del derecho penal son: **i)** Efectuar el control social, **ii)** Proteger los bienes jurídicos tutelados, y **iii)** Tiene como misión la prevención de la lesión de los derechos protegidos.

De lo expuesto, en el presente acápite se pretende por un lado explicar en líneas generales el ámbito y función del derecho penal en cuanto a la sanción de una conducta delictiva y del deber de proteger al bien jurídico protegido; asimismo, demostrar lo sostenido en la presente investigación, en el sentido de comprobar que en la práctica se elaboran actos jurídicos con el

[143] El control social corresponde a la agrupación de prácticas, valores y actitudes asignados a conservar el orden establecido en las sociedades, siendo sus principales componentes: las religiones, normas sociales, el ordenamiento jurídico.

[144] Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad n. 3004-2012, Cajamarca: “CUARTO. En esta línea argumentativa se tiene que el Derecho Penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad”.

fin de cometer un hecho punible y, que dicho instrumento constituye una herramienta delictiva que genera consecuencias jurídicas perversas para el agraviado y/o titular del derecho lesionado. En consecuencia, mediante el presente acápite se cita y desarrolla de manera elemental los tipos penales que se adhieren al planteamiento propuesto en la presente investigación, delitos que son perpetrados usualmente para el fraude inmobiliario, tales como la estafa y la falsificación de documentos, los cuales suelen emplear al acto jurídico como instrumento del delito.

4.3.1.- Delitos contra el patrimonio

Es la composición de transgresiones sancionables penalmente que transgreden el derecho de propiedad de las personas psico físicas o institucionales quienes tienen el derecho de administrar y poseer derechos reales y demás atributos que origine dicho ejercicio. Se entiende por patrimonio todo bien que promueva apreciación económica.

El bien jurídico protegido, valga la redundancia, es el patrimonio, entendido este como el conjunto de obligaciones y derechos relacionados a bienes de toda índole que tengan valor económico o que sean valorables en dinero. Así pues, se señala que el patrimonio tiene un doble contenido, jurídico y económico; el primero, se coliga al vínculo persona y bien, sobre el cual emanan diversas situaciones de tipo legal, tales como la propiedad, la posesión, etc.; la segunda, se refiere al bien o la cosa propiamente dicha con valor económico cuantificable en dinero, como una joya, un vehículo automotor, un inmueble; caso contrario, sería impensado acusar penalmente a una persona por hurtar una carta de amor.

Conforme se anotó líneas arriba, la finalidad ilícita de dichos delitos es el beneficiarse con patrimonio ajeno. Sobre el particular, SALINAS SICCHA[145], en mención a esta tipología delictiva, explica que el patrimonio comprende los bienes materiales e inmateriales que son cuantificables económicamente,

[145] SALINAS SICCHA, *Derecho penal*. Parte especial, Lima, 2008., p. 849.

además, de la relación entre el objeto y el sujeto, quiere decir, que no se considera patrimonio cuando no exista vínculo entre la cosa y la persona natural o jurídica, frente al derecho.

Dentro de los delitos tipificados, contra el patrimonio, en el Código Penal para efectos del desarrollo de la presente investigación, se han tomado los siguientes tipos:

- **Estafa**

> **Código Penal: Artículo 196**
> El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

Dogmáticamente, el delito de estafa es una forma de defraudación, vale decir, la defraudación es el género y la estafa la especie o modalidad típica. La estafa, en líneas generales consiste en una actitud ilícita embaucadora que persigue un ánimo de lucro como consecuencia de una actividad que tiene como fin inducir a error, actuar con astucia u otra forma fraudulenta contra una determinada víctima, a efectos que el agente se beneficie mediante una ventaja patrimonial. En otras palabras, la estafa lesiona conjuntamente, el patrimonio, la buena fe o las relaciones comerciales pertenecientes al tráfico jurídico.

En el delito materia de comentario, ocurre que por lo general existe un pacto contractual o muchas veces se celebra un contrato en relación con un determinado bien materia de transferencia o servicio, siendo esto así, resulta lógico que existe expectativa al cumplimiento de las obligaciones contraídas; sin embargo, respecto del delito materia de glosa, la conducta delictiva es distinta a un incumplimiento de obligaciones, toda vez que en materia penal existe un propósito delictivo (imputable al deudor), teniendo como diferencia entre el dolo civil y penal en que el primero tiene consecuencias civiles y el

segundo proviene de una ficción que genera consecuencias antijurídicas, por ejemplo, cuando se compra un vehículo de alta gama (cero kilómetros); sin embargo, en la entrega se advierte un motor usado y proveniente de otro tipo. Pero, si la cantidad o sustancia de la cosa comprada no incumbe a lo pactado, se frustra una legítima expectativa que de algún modo debe ser salvaguardada a fin de garantizar un normal tráfico económico.

El bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas, defendiéndose la situación de disponibilidad de los bienes, derecho u otra cualquier prestación de connotación económica. Además, tenemos que el sujeto activo es cualquier persona natural (no existiendo alguna condición especial). Por otro lado, el sujeto pasivo (la víctima) puede ser cualquier persona, solo se requiere acreditar el perjuicio en su patrimonio producto del proceder del agente[146].

Por último, cabe señalar que la tipicidad subjetiva del presente delito es meramente de carácter doloso. En suma, se puede apreciar que la estafa no distingue ningún tipo de bien, por lo que es admisible argumentar que para cometer este tipo penal, es necesario efectuar alguna transferencia con respecto de algún determinado bien, pues bien, fluye de la *praxis* que se viene utilizando entre otras modalidades la celebración de actos jurídicos de disposición, ya que mediante ellos perpetran el ilícito penal materia de comentario, así tenemos, por ejemplo, el acto jurídico que celebró Jaimito con Juan Pérez, en donde el primero le vende un departamento de 120 m2, sin embargo, cuando Juan Pérez va hacer posesión del mismo se da con la sorpresa que el inmueble es ajeno y que le numeración es inexistente.

Sobre el particular, citamos jurisprudencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que mediante Recurso de Nulidad n. 1073-2019-Lima (presupuestos de la estafa): “Undécimo. Debe apreciarse que los principales argumentos de los recurrentes coinciden en que los hechos materia de autos no cumplen los requisitos para la

[146] SALINAS SICCHA, *Derecho penal,* cit., p. 1059.

configuración del delito de estafa, sino que se trataría de simples incumplimientos contractuales".

Asimismo, tenemos al Recurso de Nulidad n. 2181-2019-Lima (Configuración del delito de estafa): "Sexto. Que, ahora bien, la prueba documental es categórica. Se hizo aparecer que el proyecto inmobiliario estaba financiado por Scotiabank, sin ninguna condición, lo que no era cierto – así lo informó el Banco y sus funcionarios, y lo reconocieron los propios imputados –. Ni siquiera consta que Scotiabank "apoyó" a la empresa de los imputados en las preventas. Se trató, pues, desde su inicio de un proyecto sin viabilidad financiera, lo que no era ajeno a los imputados. En tal virtud, se configuró un engaño a los consumidores y, en este caso concreto, a los esposos agraviados – a ellos no les competía superar el déficit de información resultante de la propaganda y ofrecimiento de los imputados –. A los agraviados, por ese medio, los hicieron incurrir en error – y lo mantuvieron a través de varias tratativas ulteriores al primer contrato – para obtener, y consolidar, de ellos un beneficio indebido en su perjuicio. Finalmente, los bienes a futuro ofrecidos, como es obvio, no se concretaron y, además, no se devolvió el dinero obtenido por esa vía delictiva a los agraviados. Se configura la relación engaño, error, disposición patrimonial, beneficio para los agentes y perjuicio para las víctimas, a que hace referencia el artículo 196 del Código Penal. Se está ante lo que doctrinariamente se conoce como una "estafa contractual.

El razonamiento de la sentencia de instancia es jurídicamente correcto. Respondió los puntos objeto de debate. Dio cuenta de las lógicas financieras y movimientos de adquisición y transferencia de bienes, que determinaron la inviabilidad económica del proyecto, pesa que realizaron maniobras para captar a personas que adquirieran predios a futuro indicando que el proyecto era financiado por Scotiabank, lo que no era cierto".

- **Abuso de firma en blanco**

> **Código Penal: Artículo 197**
>
> La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:
>
> 2. Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.

El presente delito se configura cuando el agente haciendo uso de la firma estampada en un papel en blanco por otra persona, sin que medie autorización o consentimiento alguno redacta o extiende sobre dicho documento firmado un determinado acto jurídico, cualquiera sea su objeto. La figura típica consiste en que el autor recibe un documento con firma en blanco de la víctima, pero, el poseedor abusando de dicha situación extiende e insertan declaraciones, reconocimiento de derechos u otras obligaciones de carácter patrimonial que son dañosas para el titular de la firma o algún tercero.

Como se podrá apreciar el presente tipo penal es un acto doloso que tiene como objeto menoscabar el patrimonio del agraviado o de un tercero mediante la elaboración de algún documento, por tanto, dicho documento puede constituirse en algún acto jurídico; piénsese, por ejemplo, que se haya celebrado algún contrato de carácter patrimonial, claro está, a espaldas del titular del derecho afectado. Ejemplo: Valiéndose de la firma se inserta en el papel una minuta de compraventa, lo cual generará un litigio por otorgamiento de escritura pública.

- **Estelionato**

> **Código Penal: Artículo 197**
>
> La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:
>
> 4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

A manera de antecedente, se tiene que, el vocablo estelionato proviene del latín *stellio* o *estelión*, haciendo reseña a una especie de lagarto colorido. Esto motivó a los romanos en denominar *stellionatus* para aquellos crímenes que oscilan entre la falsedad y el hurto.

En líneas generales, la doctrina mayoritaria sostiene que el estelionato es el fraude o engaño para perpetrar fictos contratos con fines embaucadores. Es un tipo de especial de defraudación donde media el timo, engaño, abuso de confianza para producir un daño material, específicamente, el agente vende o transfiere un bien como si fuera de su propiedad.

El estelionato es un delito común, por ello, el sujeto activo puede ser cualquier persona distinta al propietario total del bien. La conducta consiste en vulnerar e incumplir con el deber de informar al comprador respecto de la condición en la que se halla el bien materia de transferencia. Cabe señalar que, en este tipo de delito se acepta todas las formas de participación, complicidad, autoría y coautoría.

El índice delictivo del delito en mención se ha incrementado por el denominado *boom inmobiliario*, generando diversas opiniones a nivel académico, lo cual no ha sido ajeno para la administración de justicia. En cuanto a ello, tenemos la Casación n. 461-2016-Arequipa, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se desarrolló la relación entre el delito de estafa y de estelionato, a saber:

“Decimotercero. Para este Supremo Tribunal, la relación entre el delito de estafa y el de estelionato, es que ambos son especies del género defraudación; regulados en el capítulo V que comprende los artículos 196 (estafa), 196-A (estafa agravada) y 197 (defraudación), bajo la denominación “Estafa y otras defraudaciones”.
“Decimoquinto. Los elementos típicos del delito de estelionato son:

15.1. Acción típica. El estelionato es una forma de defraudación especial. Por defraudación debemos entender el empleo de fraude, entendido como engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño. El sujeto activo vende el bien objeto de contrato haciéndolo pasar como propio.

15.2. Objeto material delito. La acción del agente es un bien ajeno. Los bienes son definidos conforme con lo que establece el Código Civil. En lo que respecta al concepto de ajenidad, Muñoz Conde precisa que “ajeno es todo lo que no pertenece a una persona, en este caso todo lo que no es propiedad del sujeto activo del delito”

15.3. Sujeto activo. Se trata de un delito común, por lo que el sujeto activo puede ser cualquier persona que no sea el propietario total del bien. Este infringe el deber positivo que consiste en informar al comprador la condición en la que se encuentra el bien en reciprocidad al pago que va a recibir. Se admite todas las formas de autoría y participación (autoría directa, mediata, coautoría, instigación y complicidad).

15.4. Sujeto pasivo. En principio es el comprador del bien que participó en la celebración del contrato de compraventa, a quien se le oculta la ajenidad del mismo. No obstante, es posible que en un nivel mediato lo sea también el verdadero propietario que no intervino en el contrato de compraventa, ya que se le ocultó la celebración de dicho contrato. Aquí se sufre el menoscabo del bien jurídico del que es titular: el patrimonio individual.

Lo que si se descarta es que tenga esta calidad el posesionario que no intervino en el contrato de compraventa, pues en este caso, no goza del atributo de la disposición del bien.

El perjuicio es toda pérdida o daño que sufre el sujeto pasivo en su patrimonio económico. Debe ser un perjuicio cuantitativamente valorable, en términos económicos; puede consistir en disminución del activo o aumento del pasivo, o en privación o usurpación del uso. El perjuicio debe referirse a un derecho patrimonial cierto”.

4.3.2.- Delitos contra la fe pública

En principio, fe pública supone confianza, veracidad, emanada de los documentos expedidos por los funcionarios facultados bajo el imperio de la ley. El bien jurídico tutelado es la fe pública, es un valor abstracto que involucra a la sociedad. En particular, CREUS se refiere al daño que genera el presente delito, considerándolo como operador de agresiones a la fe pública, permitiendo que los símbolos o documentos representativos que los describen parezcan auténticos y revelen verdades cuando en realidad no son ciertos o falsean lo que representan[147].

La fe desde un punto de vista semántico simboliza la confianza, aquella creencia fundada en la seguridad y la consideración que alguien o algo inspira; sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la fe pública es la creencia o confianza que cualquier sujeto tiene frente de lo que se entrega o muestra, ya que el propio Estado es quien respalda dicha información. Es indiscutible la necesidad de tutelar la confianza en determinados documentos, actuaciones, actos o símbolos indispensables para el desenvolvimiento en la sociedad.

- **Falsificación de documentos**

Código Penal: Artículo 427

El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa. Si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro trasmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

[147] CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, 1991, t. II., p. 371.

Sobre el tipo penal materia de comentario, se tiene que el bien jurídico protegido de manera sustancial es la fe pública, y sobre todo la función que cumple el documento para el tráfico socio jurídico. Puede ser cualquier persona natural como sujeto activo, y el sujeto pasivo el particular agraviado y/o el Estado. Ahora, en cuanto al actuar delictivo, este radica en lo siguiente: "a) Crear un documento apócrifo; así como distorsionar o sustituir el texto de un documento genuino – preexistencia de un documento verdadero – (falsedad propia) , b) Hacer uso – emplear – de un documento falso o falsificado como si fuese legítimo (falsedad impropia o falsedad de uso.) No se requiere que el sujeto que hace uso del documento falsificado haya participado en su falsificación"[148], sin embargo, si es necesario que el comportamiento efectuado por el sujeto activo cause perjuicio. Así tenemos, por ejemplo, la escritura de compraventa falsa en donde Jaimito aparece como propietario de un departamento, y bajo dicho instrumento vende a Juan Pérez dicho inmueble.

Sobre el particular, se cita una sentencia relevante, referente a la comisión del delito de falsificación de documento, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, mediante Casación n. 1121-2016 Puno, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Sétimo: En el delito de falsificación de documentos se puede identificar los siguientes elementos objetivos: 1) crear un documento falso o adulterar uno verdadero, usar alguno de los citados (segundo párrafo), 2) la idoneidad del engaño; y 3) la posibilidad de un perjuicio; cada uno de los citados elementos es abarcado por el dolo; es decir, el sujeto activo del delito – que puede ser cualquier persona – tendrá conocimiento y voluntad de la realización de cada elemento del tipo penal".

"Octavo: A efectos del presente recurso de casación, es pertinente pronunciarnos respecto al elemento objetivo referido al perjuicio, para poder determinar si el tipo penal en mención refiere un perjuicio concreto o

[148] MOMETHIANO SANTIAGO, *Código penal exegético*, Lima, 2003., p. 823.

potencial. De la redacción típica se puede advertir que tanto el primer como segundo párrafo señalan: “(…) puede resultar algún perjuicio (…)”, “(…) puede resultar algún perjuicio (…)” es decir, refieren a una posibilidad, una potencialidad de peligro, mas no exigen que dicho perjuicio sea concretizado para la configuración del ilícito”.

CAPÍTULO V
NORMATIVIDAD QUE FACULTA AL JUEZ PENAL DECLARAR LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR

5.1. PREEXISTENCIA DE LA COMISIÓN DE UN DELITO

Los escenarios que forman parte de la problemática planteada trascienden y coexisten en la siguiente secuencia: i) Transferencia o disposición ilícita de derechos reales (fraude inmobiliario), ii) Emisión de sentencia condenatoria firme que pena el fraude inmobiliario, y iii) Ausencia de un pronunciamiento judicial de nulidad con relación al acto jurídico, escenario que concibe la expectativa de procreación de sucesivos derechos reales que puedan ser sometidos al tráfico comercial inmobiliario, agravándose la problemática que afronta el legítimo propietario. Esta última situación se encuentra asociada intrínsecamente a la obtención de efectos jurídicos precarios o no negociales, los cuales se pueden trasladar y extender frente a terceros, cuyo ámbito se comentará en el siguiente acápite. De las citadas fases resalta la preexistencia de un hecho ilícito vinculado al rubro inmobiliario sancionado en la vía penal mediante fallo condenatorio firme, plasmándose indiscutiblemente como el antecedente intrínseco del acto jurídico en estudio. En el desenlace del proceso penal se desenvuelven etapas probatorias cuyo resultado es ponderado en el fallo judicial, diagnosticándose indirectamente la nulidad del acto.

La sentencia condenatoria se forja, principalmente, en la legalidad de la prueba obtenida, debido proceso y derecho de defensa. Es importante marcar que, con el nuevo proceso penal, la administración de justicia, se enmarcan los roles y permite amplitud a todos los sujetos involucrados en la investigación (modelo acusatorio), sin que se limite de modo alguno el derecho de defensa del imputado (sea defensa privada o en su defecto, la pública a efecto de defender sus derechos). Por otro lado, tenemos la participación del Ministerio Público como titular de la acción penal,

interviniendo a instancia de la víctima y vía oficiosa, por acción popular o por noticia policial. De esta manera se garantiza en la fase de investigación preliminar, formalizada y juicio la garantía y tutela de los derechos del imputado; además, es menester citar la valoración de pruebas actuadas, oralizadas y sometidas al debate contradictorio, sustancialmente, la pericia, declaraciones, prueba documental, confesión o reconocimiento, entre otras sometidas a debate.

Ciertamente, con la emisión de dicha sentencia, no cesan los efectos precarios del acto delictivo, frente a ello, consideramos que debe elaborarse un criterio judicial que controle la validez del acto jurídico, desde el ámbito penal, con la finalidad que el agraviado o legítimo propietario obtenga tutela frente el suceso punible acontecido en su perjuicio, esto evitará, además, recurrir a la postulación de un proceso civil de cognición de nulidad, que en buena cuenta, significará la ratificación probatoria obtenida en sede penal. Tal validación se ampara en el principio de la legitimidad de la prueba obtenida; máxime, si el escenario fáctico es opuesto al ejercicio de la libertad contractual y de contratar, siendo que el acto jurídico es comprendido como instrumento delictuoso.

Es importante tener en consideración que, en el cuarto y noveno pleno casatorio civil se pronuncian sobre la nulidad oficiosa del acto jurídico; en el primero, mediante Casación n. 2195-2011-Ucayali (materia: desalojo por ocupante precario), se estableció, por mayoría, como doctrina jurisprudencial vinculante (véase fundamento 5.3 - parte resolutiva) que al detectarse un título posesorio manifiestamente inválido ello será analizado en la parte considerativa de la sentencia; sin embargo, a través del noveno pleno, Casación n. 4442-2015-Moquegua (materia: otorgamiento de escritura pública), donde se decidió establecer como precedente judicial vinculante (véase fundamento 2 del segundo de la parte resolutiva), luego de producido el contradictorio de la nulidad y de ampararse se decretará dicha decisión en la parte declarativa de la sentencia.

En ambos plenos cabe la aplicación indistinta de las causales de nulidad comprendidas en el 219 de la norma sustantiva. Dichos veredictos son vinculatorios para la interpretación o aplicación de un caso en concreto frente a la nulidad oficiosa que permite la ley; ergo, para el supuesto citado en el presente trabajo se cumplirá con dicha exigencia de análisis y motivación desde la judicatura penal, en búsqueda de predictibilidad en la administración de justicia, particularmente, en la nulidad del acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible.

5.2. DISPOSITIVOS LEGALES QUE FACULTAN AL JUEZ PENAL PRONUNCIARSE SOBRE TEMAS DE CONTENIDO CIVIL

El tema trascendental materia de la investigación - desarrollo de la hipótesis - radica en sustentar y justificar que en la actualidad existe normativa *lex lata* que faculta expresamente al juez penal pronunciarse sobre temas que van más allá de realizar un análisis en el ámbito meramente punitivo, como lo es determinar o no la responsabilidad penal. Cabe recalcar que, en la presente investigación se desarrolla la causa de la problemática planteada, es decir, el acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible, por ello, es menester en este acápite demostrar la vigencia de parámetros normativos que tutelan expresamente otros hechos jurídicos análogos al tópico materia de análisis.

Siendo que el aspecto problemático se sitúa en el espacio del derecho penal, es importante advertir que desde la vigencia progresiva del Decreto Legislativo N° 957, “Nuevo Código Procesal Penal”, publicado el 29 de julio del 2004 en el diario oficial “El Peruano”, que deja de lado la fuerza del sistema inquisitivo previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940, sistema que regulaba la figura del juez instructor, es decir, el que investiga, solicita y verifica la prueba y condena. Asimismo, la *vacatio legis* y el proceso de implementación de la nueva norma[149], permitió que se maximice los estándares del nuevo sistema acusatorio en materia procesal

[149] Decreto Legislativo N° 958, “Regula el proceso de implementación y transitoriedad del nuevo Código Procesal Penal”, publicado el 29 de julio del 2004 en el diario oficial “El Peruano”.

penal, siendo que, en los distritos judiciales de Lima Sur y Centro, han entrado en vigencia desde el 30 de abril de 2021 y 31 de mayo de 2021 respectivamente, mediante Decreto Supremo N° 013-2020-JUS.

El modelo acusatorio, de acuerdo a la exposición de motivos del nuevo Código Procesal Penal, refiere lo siguiente: "(…) la estructura del nuevo proceso penal, así como sus instituciones allí contenidas, se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; (…) el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. Es de destacar como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad (…)".

Esta nueva dinámica procesal permite que el juez penal conozca y se pronuncie con relación a temas de índole civil, especialmente, para honrar el pago de la reparación civil, siendo a partir de dicha prerrogativa que se gestó la escena materia de investigación, es decir, la atribución que el legislador ha brindado al juez penal en conocer y resolver temas civiles. Así, resulta conveniente citar a los articulados que contemplan la precitada facultad, partiendo desde el Código Penal.

Código Penal: 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.

Código de Procedimientos Penales: Artículo 188-A

1.- En los supuestos del artículo 97 del Código Penal (…) la declaración de nulidad se acordará en el proceso penal al emitirse 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 instará al Juez que forme el cuaderno de nulidad (…).

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 pronuncien acerca del petitorio de nulidad (…).

c) El Juez, absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, abrirá el incidente a prueba por ocho días (…).

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.

Nuevo Código Procesal Penal: Artículo 15

1.- El Ministerio Público o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal (…) solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien.

2.- El procedimiento se sujetará a las siguientes reglas:

a) Una vez identificada una transferencia (…) el Ministerio Público o el actor civil, introducirán motivadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instará al Juez de la Investigación Preparatoria (…).

b) El Juez correrá traslado del requerimiento (…)

c) El Juez, absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, citará a una audiencia dentro del quinto día para la actuación de las pruebas ofrecidas y escuchar los alegatos de los participantes (…)

d) El órgano jurisdiccional competente para dictar sentencia se pronunciará sobre la nulidad demandada (…)

e) Esta pretensión también puede interponerse durante la Etapa Intermedia, en el momento fijado por la Ley.

Decreto Legislativo Nº 1373, "Extinción de dominio": Artículo 32

La sentencia que declara fundada la demanda debe sustentarse en indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al proceso. Debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado (…).

Decreto Supremo Nº 007-2019-JUS, Reglamento de la extinción de dominio": Artículo 5.1

5.1.- Principio de nulidad: Los actos jurídicos que recaigan sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito son contrarios al régimen constitucional y legal, por tanto, son nulos de pleno derecho y en ningún caso constituyen justo título.

TUO de la ley orgánica del Poder Judicial: Artículo 50

Los jueces penales conocer: 1) De los procesos penales de su competencia, con las facultades y trámites señalados por ley (…), 4) De los demás asuntos que le corresponde conforme a ley.

Por otro lado, es importante destacar que a partir del Decreto Legislativo N° 992, "Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio"[150], se tutela el interés público, presunción de ilicitud y objeto de delito, definiéndolo como "bienes muebles o inmuebles sobre los que recae la acción delictiva". Posteriormente, se derogó dicha norma y se emitió el Decreto Legislativo Nº 1373, "Ley de Extinción de Dominio". Con esta nueva normativa se ratifica expresamente la declaratoria de nulidad del acto jurídico de los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico; igualmente, se precisa que los bienes muebles o inmuebles vinculados a la ejecución delictuosa son clasificados como instrumentos del delito o los obtenidos por el delito, esencialmente, tal como se pronuncia en el Acuerdo Plenario n. 5-2010/CJ-116:

[150] Modificado por la Ley N° 29212 y el Decreto Legislativo N° 1104.

Fundamento jurídico 9A: "*Productia scaeleris*: Son los efectos del delito producidos por los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc.".

Fundamento jurídico 9B: "*Instrumenta scaeleris*: Son los instrumentos del delito, los objetos que son puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinaria del falsificador".

La precitada normativa, bajo la interpretación sistemática, es aplicable a la hipótesis desarrollada en la presente investigación (declaración judicial de nulidad), máxime, si las normas no se valoran de manera aislada para resolver un caso en concreto, acreditándose la competencia funcional, la que se funda en el ordenamiento jurídico para el avocamiento de las causas y emisión de sentencias, sea de oficio o a pedido de parte, previo contradictorio[151]. En ese contexto, se puede demostrar plenamente que la soberanía del juez nace y reposa en principios procesales como el de eficacia en la administración de justicia, economía procesal e inmediatez, directrices que son anteriores al ejercicio de la competencia en la materia, dado que en nuestro sistema judicial la competencia viene asignada por la ley y no en estricto cumplimiento de la especialidad, así tenemos por ejemplo, la primera vez que se implementó el Código Procesal Constitucional mediante Ley N° 28237, entró en vigencia el 01 diciembre del 2004, en el Distrito Judicial de Lima, fueron competentes de conocer los procesos constitucionales los Jueces Civiles, hasta la emisión de la Resolución Administrativa N° 319-2008-CE-PJ, mediante el cual se creó la especialidad constitucional en la Corte de Lima; igual situación ocurrió con los temas contenciosos administrativos, comerciales, entre otros. En ese

[151] Es importante señalar que, con la implementación de la extinción de dominio, también cobija la evaluación de la declaratoria de acto jurídico sobre los bienes provenientes de la actividad ilícita, lo cual sostiene la hipótesis planteada.

sentido, un juez penal puede emitir pronunciamientos judiciales distintos a fallos condenatorios o absolutorios, también puede ejercer control social y administrar justicia de modo distinto, en beneficio de la sociedad, del agraviado y de terceros, por ejemplo, determinarla reparación civil, declararla incorporación de un tercero civilmente responsables, evaluar las transacciones extrajudiciales, emitir medidas cautelares.

5.3. DEFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN RESOLVER LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR

La inobservancia al tema materia de estudio conlleva a que el acto jurídico celebrado para delinquir propague efectos jurídicos precarios, exigiéndole tácitamente al agraviado del delito a recurrir a otro proceso judicial y formule su petición de nulidad del acto jurídico, sometiéndose a las formalidades, etapas procesales y coste del proceso que corresponden, advirtiéndose que tanto el Código de Procedimientos Penales como el nuevo Código Procesal Penal contemplan la suspensión del proceso civil cuando aparezcan sospechas razonables de haberse cometido delito.

La deficiencia de impartir justicia en materia penal, sobre la problemática suscitada, se configura en mérito a la inaplicación de la normatividad sustantiva y adjetiva citada precedentemente, donde se acredita que el juez penal está facultado a pronunciarse sobre la validez sin la necesidad que el justiciable (agraviado del delito) recurra a la vía civil, además que, en sede penal es aplicable la gratuidad de la justicia prevista expresamente en el inciso 1 del Artículo I del Decreto Legislativo Nº 957, nuevo Código Procesal Penal: “La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código (…)”, e inciso d), artículo 24 del Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Administración de Justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley”.

Con la vigencia del nuevo modelo de proceso penal, se consolida y mejora la figura sobre declaración de nulidad del acto jurídico en sede penal, así como medidas de coerción procesal de tipo real (secuestro conservativo, medidas cautelares, etc.), regulado concretamente para el resguardo de la reparación civil o cuando existen transferencias maliciosas, mediante disposición o adquisición de obligaciones celebradas de manera ulterior al hecho delictivo, siempre que reduzcan el patrimonio del sentenciado y lo hagan escaso para pagar la condena civil. Bajo dicha premisa, se advierte que la norma contiene explícitamente la facultad que el juez penal a cargo de la causa evalúe actos jurídicos sometidos al común tráfico comercial, siendo aplicable para el caso particular el aforismo *qui potest plis, potest minus* (quien puede lo más, puede lo menos) regulado en el Derecho Romano como principio general del derecho, en virtud que dicha facultad alcanza para sancionar con nulidad al instrumento de la comisión del delito que el sentenciado empleó como un documento proveniente de la autonomía privada de la voluntad.

Estando a lo expuesto en el párrafo anterior, el razonamiento jurídico que pretende aplicar la presente investigación concluye en que existen normas legales y jurisprudencia que facultan expresamente al juez penal para calificar la verisimilitud jurídica del acto celebrado dentro de un contexto de ilicitud, nada impide que el juez penal, al momento de sentenciar casos que versen sobre falsificación de documentos, estelionato y otros, emita sentencia condenatoria - de ser el caso -, decretando la nulidad del acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible, acorde a los fundamentos glosados en el presente trabajo, actividad jurisdiccional que en la actualidad no se ejecuta, quedando expectantes los derechos del agraviado con relación a los efectos jurídicos que surjan.

En la actualidad, es evidente la inaplicación del criterio jurisdiccional desarrollado en la hipótesis, considerando dicha omisión como una chanza a la administración de justicia eficiente y eficaz. Se considera que el juez de la causa cuenta con herramientas legales y teóricas suficientes para cumplir el cometido que aspira la presente investigación, ya que el magistrado en

adición a las normas señaladas puede hacer valer los principios del derecho procesal, los mismos que coadyuvarán a una mejor administración de justicia. Ciertamente, inicialmente se advirtió la independencia y autonomía del derecho procesal; sin embargo, en la actualidad el derecho adjetivo y sustantivo no son ámbitos jurídicos que contradictorios o discordantes. Más bien, deben entenderse como realidades accesorias o suplementarias, cuyo propósito es garantizar una adecuada protección de las situaciones jurídicas subjetivas, dentro de un sistema jurídico del que forma parte el derecho procesal como instrumento integrante del mismo[152].

5.4. NULIDAD EXPRESA DEL ACTO JURÍDICO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO PENAL

El 08 de abril de 1991 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo N° 635 - Código Penal[153], el mismo que en su artículo 97, prescribe: **"**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". Dicho articulado posee como antecedente el artículo 74[154] del derogado Código Penal de 1924, ambos artículos regulan el mismo supuesto de hecho, pero se diferencian porque en la norma derogada reguló la anulabilidad y el actual asigna como sanción a la nulidad del acto.

Dentro de los treinta y tres años de vigencia del citado artículo, no ha registrado mucha casuística sobre su aplicación, es decir, no ha sido invocado con mucha frecuencia para el mundo del derecho procesal penal. El requerimiento a dicho articulado se fijó desde la vigencia del nuevo estatuto adjetivo penal y del proceso de pérdida de dominio (hoy denominado extinción de dominio), invocación a cargo de los abogados

[152] CAMPOS GARCÍA, «Apuntes introductorios a la pretensión de nulidad de negocio jurídico desde la perspectiva civil: análisis crítico de la posición del quinto pleno casatorio civil respecto de la impugnación de negocios colegiales asociativos», en *Revista de derecho Themis*, 2014, n. 66., p.62.
[153] Cabe señalar que desde la promulgación del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635), el artículo 97 no ha sido modificado.
[154] "Todos los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al delito, serán anulados en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hicieran insuficiente para la reparación".

defensores de los agraviados o de fiscalía. Sobre el particular, DELGADO TOVAR[155], en un trabajo de investigación del 2007, lamentó que la norma materia de análisis no haya sido totalmente percibida y aplicada por todos los operadores procesales, esencialmente, los abogados de la defensa de los agraviados, resaltando el valor que ostenta el tenor del articulado para la oportuna resolución de los conflictos generado por la comisión del delito, y como factor de eficacia en la administración de justicia.

Hay que hacer notar que la inaplicación de dicha norma se fundó básicamente en la diversificación de criterios teóricos respecto del propósito del legislador en cuanto a la categoría jurídica que regula como sanción, puesto que un sector de doctrinario sustentaba que el artículo 97 del Código Penal contiene la anulabilidad y otro la inoponibilidad de los actos jurídicos de disposición, argumentando que la sanción de nulidad sería muy drástica y excesiva. Con respecto a dicha divergencia, para el propósito de la investigación, consideramos que la categoría jurídica que se regula es la de nulidad; máxime, si el propio texto está redactado con dicha cláusula de manera expresa, en concordancia con nuestra postura, DELGADO TOVAR[156], desarrolló que es una nulidad expresa, siendo de aplicación el inciso 7) del artículo 219 del Código Civil, descartando otra categoría jurídica, el citado autor hace especial énfasis en la confusión sobre la aplicación de la anulabilidad debido que en el derogado código penal sustantivo (artículo 74) contenía la frase, “serán anulados”.

El precepto del articulado generó un cauce procesal respecto de la nulidad del acto jurídico que abarca dos tópicos en materia penal, el cumplimiento con la indemnización y la consecuencia accesoria de decomisar el bien (cuando no corresponda devolución podría trasladarse el dominio al Estado), cuyo tratamiento procesal se habilitó con la promulgación del Decreto Legislativo N° 959, emitido el 16 de agosto del 2004, en su artículo segundo dispuso la incorporación de nuevos artículos al Código de Procedimientos

[155] DELGADO TOVAR, (2007) *Nulidad de actos jurídicos de disposición y gravamen de bienes en el proceso penal*. Tesis para la obtención del grado de Magister. Universidad Nacional Mayor de San Marcos., p. 53 ss.
[156] Ídem.

Penales[157], desarrollando el procedimiento de nulidad de transferencia que aún se aplican en los juzgados liquidadores. Con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en esencia, ratificó desde el aspecto sustantivo la categoría de nulidad como sanción prevista en el Código Penal, asimismo, fortaleció el aludido procedimiento nulificador instaurándolo en el artículo 15 del acotado código adjetivo, puntualizando como sujetos procesales legitimados para requerir dicha acción al Ministerio Público y al actor civil. El momento procesal para formalizar el requerimiento es en la investigación preparatoria, por escrito, motivadamente la pretensión anulatoria y con el ofrecimiento de pruebas respectivo, lo cual genera el cuaderno de nulidad de transferencia que será sometido al contradictorio respecto de los demás sujetos procesales y partes interesadas, culminado los debates probatorios, alegatos y conclusiones por escrito, luego el juez emitirá la resolución concluyendo dicho incidental, reservándose el fallo para que se resuelva conjuntamente con la sentencia a través del órgano competente (unipersonal o colegiado, según corresponda).

Del citado articulado, se puede establecer claramente que el juez penal, previo proceso y contradictorio, se encuentra plenamente autorizado para decretar la nulidad del acto jurídico de disposición, calificando dicha propuesta como una medida jurisdiccional eficaz y coherente cuyo alcance va más allá a la imposición de una pena. Conforme al tratamiento del artículo materia de acotación, si la norma faculta al juez penal a calificar un acto jurídico existente, nada le impediría calificar un acto jurídico celebrado para delinquir, en aplicación al aforismo jurídico *Qui potest plis, potest minus,* quien puede lo más, puede lo menos.

El supuesto de hecho por el cual fue redactado el artículo en análisis, es indudable la aplicación de la categoría de nulidad del acto jurídico, según la interpretación gramatical del articulado “son nulos”, correspondiendo la causal de nulidad expresa; en cambio, para el hecho jurídico materia de investigación las causales ajustables, según el caso en particular, serían:

[157] Ley N° 9024 promulgado el 23 de noviembre del 1939: “Código de Procedimientos Penales”.

falta de manifestación de voluntad, fin ilícito, nulidad expresa y nulidad virtual, regulados expresamente en el artículo 219 del Código Civil, partiendo del hecho que el sujeto activo del delito, el sentenciado, ejecuta actos dolosos que distan de la naturaleza del acto jurídico y cuyo propósito es delincuencial.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, con relación a la aplicación del artículo 97 de Código Penal emitió pronunciamiento mediante la sentencia (Expediente n. 2494-2005-AA/TC Lima - Caso Bladimiro Huarancco Ayrampo), validando la nulidad del acto jurídico decretada en sede penal. Ergo, cuyo análisis destaca en el sétimo fundamento de la acotada sentencia: “Es verdad que en el presente caso un pulcro tecnicismo jurídico advertiría que el Juez penal, al aplicar el artículo 97 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 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».
(…) ¿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 (…)”.

Con fecha de 09 de marzo del 2022 la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación n. 1788-2019-Huaura[158], emite pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 97 del Código Penal respecto a los terceros civilmente responsables:

“Decimotercero: (…) Cabe precisar que el Código Civil de 1984 si bien […] no establece taxativamente la nulidad del negocio, ello no significa que no

[158] Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación n. 1788-2019-Huaura.

sea de aplicación a negocios jurídicos con vicios originarios, máxime cuando […] la nulidad tácita o virtual es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico, por contravenir el mismo orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas [por lo que] es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad […] la nulidad tácita o virtual".

"Decimoquinto. En este escenario, teniendo en cuenta las normas sustantivas civiles y penales, así como la jurisprudencia civil enunciada, es indudable que las transferencias vehiculares respectivas son nulas ipso iure. La lectura conjunta y sistemática de los artículos 95 y 97 del Código Penal da cuenta de que este último dispositivo legal también es aplicable a los terceros civiles responsables".

Prosiguiendo con el examen normativo y jurisprudencial, es pertinente mencionar que el IX Pleno Casatorio Civil (Casación n. 4442-2015 Moquegua), donde se diseña un nuevo pronunciamiento sobre la oportunidad y posibilidad de declaración oficiosa de nulidad del acto jurídico. De manera que, dicho pleno es aplicable al caso, en tanto que por el origen del acto estudiado conlleva que su eficacia jurídica sea precaria, esto es, si partimos de la regla dogmática que sostiene que hay efectos jurídicos negociales (efectos: pactado por las partes) y no negociales (efectos previstos por ley: acto jurídico en sentido estricto); en consecuencia, la nulidad detectada no es contemplada por ningún supuesto de amparo legal, por el contrario, tiene fuente delictiva.

5.5. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO CIVIL

El derecho comparado ha revelado posiciones legislativas similares a través del ejercicio de la facultad del poder judicial de declarar de oficio la nulidad de actos jurídicos manifiestamente nulos. Hemos encontrado posturas legislativas símiles al mandato discrecional del artículo 220 del Código Civil.

Cuadro N° 5. **La nulidad oficiosa en el derecho comparado**. Fuente: Elaboración propia.

BASE LEGAL	MANDATO	
Código Civil italiano	Artículo 1421, dispone que la nulidad «podrá ser declarada de oficio por el juez».	POTESTAD
Código Civil chileno	Artículo 1683, dispone que «la nulidad absoluta puede ser declarada por el juez, aun sin petición de parte».	
Código Civil colombiano	Artículo 1742, dispone que «la nulidad absoluta puede ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato».	
Código Civil y Comercial argentino	Artículo 387, dispone que «la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia».	
Código Civil uruguayo	Artículo 1561, señala que «la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez de oficio cuando aparece de manifiesto».	DEBER
Código Civil paraguayo	Artículo 359, señala que «cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio».	
Código Civil argentino «de Vélez Sarsfield»	Artículo 1047, dispone que «la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto».	

En esa misma línea, el noveno Pleno Casatorio Civil[159], realiza un desarrollo respecto de los países más influyentes sobre el tema materia de glosa, sosteniendo que en el sistema alemán, aunque su Código Civil no contemple un dispositivo que expresamente atribuya al Juez la facultad en cuestión, se considera que ésta es una consecuencia necesaria de la nulidad; en el sistema francés, cuando el acto nulo haya sido invocado principal o

[159] Corte Suprema de Justicia de la República. IX Pleno Casatorio Civil. Casación n. 4442-2015-Moquegua. Fundamento trigésimo primero al trigésimo cuarto.

incidentalmente por vía de acción o de excepción, tendrá pleno derecho de descubrir la ilicitud y aplicar la nulidad, en el sistema italiano, la prerrogativa en cuestión se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1421 del Códice Civile que a la letra dice: Salvo disposición diversa de ley, la nulidad puede ser hecha valer por quien tenga interés, y puede ser estimada de oficio por el juez, y el sistema español, Los Tribunales de Justicia pueden apreciar 'de oficio' la existencia de la nulidad; es decir, aunque la declaración de nulidad no haya sido pedida por ninguna de las partes contendientes.

A manera de antecedente legislativo peruano de la nulidad oficiosa, que el nuestro inicial catálogo civil no asignó expresamente dicha potestad discrecional al juez, tampoco determinó la legitimidad en cuanto a la innovación de ésta; sin embargo, existieron parámetros normativos conceptuales respecto de los efectos de los actos jurídicos nulos, tal como se grafica a continuación:

Código Civil de 1852: Artículo 2278

Los contratos prohibidos por la ley, sea por su materia o por su forma, y en general todos aquellos en que la nulidad aparece del mismo acto, se reputan no hechos, y no producen efecto alguno.

Código Civil de 1852: Artículo 2279

También se reputan no hechos, y no producen efecto, los contratos celebrados por locos, por fatuos o por pródigos declarados.

Código Civil de 1936: Artículo 1124

La nulidad a que se refiere el artículo anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el Ministerio Público, siempre que le cupiera intervenir. Puede ser declarada de oficio por el Juez, cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.

El Código Civil vigente, mediante el artículo 220, mantiene la sistematización de la alegación de la nulidad de acto jurídico, optimizando la regulación los siguientes aspectos; el primero, refiere a la legitimación de aquellas personas que tengan interés en peticionar judicialmente la nulidad,

considerando a las partes contratantes y a terceros quienes buscan en sede judicial la supresión de cualquier conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, precisado que sin ser parte contratante les corresponde recurrir en por un tema funcional para evitar la producción de efectos jurídicos precarios, en ese marco de legitimidad, se incorpora la participación del Ministerio Público para tutelar el interés público y general, normas imperiosas y valores irrenunciables prestablecidos en el ordenamiento jurídico. Aquí, el interés para obrar que señala el artículo VI del título preliminar tiene que ser legítimo, entendiendo que dicho interés tenga amparo por el reglamento normativo jurídico[160], y el segundo, de contenido normativo, contempla la nulidad de oficio prevista por el juez respecto del acto jurídico manifiestamente nulo, esto es, cuando se encuentra en giro un proceso judicial cuya pretensión es distinta a la nulidad del acto jurídico; sin embargo, al detectarse una situación clara y manifiesta el *ad-quo* puede decretar su nulidad al momento de sentenciar, diferenciando que "en contraposición a la nulidad deducida de parte, la nulidad manifiesta se identifica por claridad y notoriedad del desperfecto invalidante[161].

Es necesario fijar conceptos jurídicos por los cuales el juzgador puede valerse de dicha disposición legal para concluir que un acto es manifiestamente nulo. Se tiene el hecho visiblemente descubierto, es decir, la perceptible materialmente, por ejemplo, el contrato privado de donación de un inmueble (incumplimiento de la formalidad *ad solemnitatem* prevista en el artículo 1625 del Código Civil), la minuta de compraventa donde se ha identificado que la fecha de suscripción es posterior al fallecimiento del vendedor (falta de manifestación de voluntad) aquí el juez puede identificar de manera directa el hecho manifiesto y aplicar la causal de nulidad correspondiente[162], consecuentemente, puede decretar la nulidad en su fallo; por otro lado, se tiene el hecho oculto o encubierto, la que es eventualmente imperceptible materialmente hasta que en el resultado de la actividad

[160] RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad,* 2016, cit., p. 53.
[161] LEÓN HILARIO, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*, Lima, 2019., p. 83.
[162] Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 648-2020-Cusco. Fundamento noveno (*in fine*): "Cabe precisar que la nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219° del Código Civil siempre que la inclusión en alguna causal, cualquiera que esta sea, resulte fácil de advertir conforme a lo expresado en el fundamento 41 del nombrado Noveno Pleno Casatorio Civil".

probatoria se identifica y surge el origen del “acto jurídico”, por ejemplo, el desalojo por ocupante precario, se identificó que la parte demandada quiso justificar su posesión mediante un título emitido por la COFOPRI falsificado, así como, el contrato celebrado para delinquir (conformado de documentos falsificados, abuso de firma en blanco, suplantación, entre otros),

Con relación a la nulidad manifiesta, se parte de la premisa que, el hecho causal se encuentra al descubierto, sin necesidad de realizar mayor examen, basándose en una contundente evidencia inimpugnable de dicha causal y que no amerite comprobación por parte del juez de la causa. En cuanto a ello, LOHMANN LUCA DE TENA[163], acota respecto de la nulidad manifiesta por inobservancia de la formalidad legal regulada de manera expresa, citando como ejemplos al contrato de anticresis y la donación de inmuebles, donde en ambos casos se exige el otorgamiento de escritura pública bajo sanción de nulidad. Asimismo, el citado autor refiere que no se trata de supuestos de manifiesta nulidad – por requerirse de prueba – los asuntos de simulación, objeto indeterminado e imposibilidad física. La nulidad de oficio del acto jurídico, se sustenta en cautelar el orden público, de manera tal que parte de la doctrina nacional considera que su aplicación es una excepción del principio procesal de congruencia entre el petitorio y la decisión, dado que, en mérito de dicho principio, el juez tiene la obligación legal de mantener el nexo causal entre el petitorio y las razones fácticas y jurídicas alegadas, a fin que el contenido de la sentencia guarde armonía con la petición judicial.

Sobre el particular, mediante el noveno pleno casatorio civil[164], se ha definido el marco jurídico de las principales características que debe tener un acto jurídico para que adolece de nulidad manifiesta: (Véase anexo n.5)

---

[163] LOHMANN LUCA DE TENA, «La Nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio», en *Ius et Veritas*, 2002, n. 24., p.60.

[164] Corte Suprema de Justicia de la República. IX Pleno Casatorio Civil. Casación n. 4442-2015-Moquegua. Fundamento cuadragésimo primero. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 648-2020-Cusco. Fundamento noveno: “En tal sentido, los precedentes judiciales invocados por el recurrente, adoptados en el Noveno Pleno Casatorio Civil – Casación N° 4422 – 2015 MOQUEGUA, publicado el dieciocho de enero de dos mil diecisiete, advierten la necesidad de conciliar lo establecido por el referido artículo 220° del Código Civil y los principios que orientan el proceso judicial, como son el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el de doble instancia; estableciendo la forma en que el juez debe ejercer dicho poder de declarar de oficio una nulidad manifiesta, es decir, aquella que sea fácil de detectar, sea que

“41. Para este Supremo Tribunal la nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil siempre que -repetimos - la incursión en alguna causal, cualquiera que ésta sea, resulte fácil de advertir”.

Bajo dicha directiva jurisdiccional, queda establecido que la identificación de la nulidad manifiesta, también alcanza al hecho encubierto, es decir, aquella que es identificada como resultado de la compulsa probatoria, lo cual afianza la propuesta desarrollada en la presente investigación que bajo lo actuado en sede penal el juez de la causa, previo debate, decrete la nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir. Del mismo modo, en el precitado pleno, declaró como precedente vinculante las siguientes reglas, de las cuales destacamos las siguientes:

“(…) 2. el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutiva de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutiva únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

---

se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso; señalando que para dichos efectos debe promoverse previamente contradictorio entre las partes, es decir, darles a estas la oportunidad de debatir la nulidad, con lo cual se remedia en gran medida la posible afectación de los indicados principios y el derecho al debido proceso”.

3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.

4. La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.

7. Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación Nº 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.

8. Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutiva de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Se advierte que el artículo 220 del Código Civil y el pleno comentado son aplicables a la propuesta de nulidad del acto jurídico que plantea la presente investigación, recurriendo a la interpretación sistemática de la norma legal, según la perspectiva de GUASTINI, para determinar el alcance y concepto de una norma, no consideramos la norma en sí por separado, sino el ámbito en el que se ubica, el mismo que puede tener aristas ya sea en el propio cuerpo legislativo como en otra norma, inclusive en las disposiciones que soportan un sistema jurídico[165]. En la misma línea argumentativa, ANCHONDO PAREDES, considera que la razón de dicha interpretación radica en el sentido de la norma, cuya lectura no debe sujetarse únicamente por el tenor expresado y su articulación o sintaxis, sino por su relación con el conjunto normativo vigente[166].

Es necesario instar que tanto el Código de Procedimientos Penales como el nuevo Código Procesal Penal contemplan el procedimiento de nulidad del acto jurídico para garantizar la reparación civil y ejecutar el decomiso (consecuencia accesoria). Así tenemos que el inciso 2 del artículo 15 del nuevo Código Procesal Penal regula los presupuestos y etapas de dicho procedimiento: i) Formular pretensión anulatoria a cargo del Ministerio Público o actor civil (agraviado) ante el Juez de Investigación Preparatoria, formándose un cuaderno de nulidad, ii) Correr traslado de las partes para promover el contradictorio, iii) Llevar a cabo audiencia, donde se actúan las pruebas y se formulan alegatos orales, iv) Formulación de conclusiones escritas, y v) Dictar resolución dando por concluido el procedimiento incidental, quedando expedita para que se resuelva con la sentencia.

Culminado dicho debate, el juzgador tomará certeza de una nulidad congénita manifiesta que ostenta el acto jurídico celebrado para delinquir, sea descubierto o encubierto. Para dicho fin, se parte de la premisa de que el artículo 220 de la norma sustantiva no determina ni puede fijar que la nulidad se haya producido al inicio del proceso judicial, porque la nulidad manifiesta puede aparecer en cualquier momento y a partir de la

[165] GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México DF, 1999., p. 44.
[166] ANCHONDO PAREDES, «Métodos de interpretación jurídica», en *Revista Quid iuris*, 2012, n. 16., p. 42.

interposición de la demanda hasta el pronunciamiento de la sentencia[167], en ese tenor, se ha desarrollado el considerando 35 de la Casación n. 4442-2015-Moquegua, donde se puede resaltar a manera de requisito del pronunciamiento nulificante que, el juzgador tiene que realizar un juicio previo de validez, para cotejar el cumplimiento de requisitos esenciales de ley.

5.6. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Desde una perspectiva histórica y comparatista, elaborada por LEÓN HILARIO, se tiene que desde el derecho civil tradicional francés, existe una distinción entre las nulidades promovidas por acción y las de pleno derecho (automáticas), las primeras comprendidas como la nulidad absoluta y relativa o rescindibilidad. En el derecho alemán, se diferenciaban la nulidad y anulabilidad o impugnabilidad, precisándose que la invalidez forma parte dentro de la categoría de la ineficacia en general. En nuestra codificación se han combinado ambas experiencias[168].

El siguiente punto a considerar es que la celebración de todo acto jurídico contiene un aspecto estructural «validez» y otro funcional «eficacia», que en suma originan la creación de un acto jurídico, estableciéndose resultados jurídicos con tutela jurídica. Para dicho propósito, el artículo 140 del Código Civil, regula los requisitos de validez[169], de ahí que, su inobservancia o la configuración de situaciones contrarias a las normas imperativas acarrean la nulidad. Sobre el tema, LEÓN HILARIO[170], considera que dicho fenómeno jurídico califica el acto como inapto para vincular a las partes, con relación a lo estipulado o pactado, obteniendo como resultado “ninguna mutación del estado de cosas”.

---

[167] TORRES VÁSQUEZ, «Nulidad declarada de oficio IX Pleno Casatorio Civil», en *Revista LEX*, 2017, n. 19., p. 131.
[168] LEÓN HILARIO, *Derecho privado,* cit., p. 82.
[169] Cfr. RÓMULO MORALES Hervías, a través de su tesis denominada «Las Patologías y los Remedios del Contrato» sostiene., p. 158, sostiene que un contrato válido es aquel que cumple con los requisitos de la ley. Contrariamente, la eficacia contractual se refiere a la obtención de sus efectos. De estos diferentes conceptos se puede concluir que validez no significa necesariamente la eficacia del mismo. La acepción de validez no es opuesta al de eficacia. La eficacia presume validez contractual, pero no solamente validez, también, idoneidad de propagar consecuencias legales.
[170] LEÓN HILARIO, *Derecho privado,* cit., p. 82.

El texto sustantivo propone que los contratos sean eficaces, es decir, con idoneidad para engendrar resultados jurídicos, con el objetivo que los particulares satisfagan sus exigencias de cualquier índole. Por otro lado, también considera aquellos supuestos donde los particulares no cumplan con los presupuestos que la ley requiere o, cuando se vulneren normas o disposiciones que no se pueden prescindir. GARIBOTTO refiere que, la autonomía privada no se ejerce de manera imperiosa, sino solo como principio, con las restricciones que aplica la ley con carácter imperativo, porque este albedrío debe concordar con los múltiples intereses con amparo legal[171].

De las causales dictadas en el artículo 219 del Código Civil, en lo que respecta al acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible, son aplicables las siguientes, según el caso en concreto: i) Falta de manifestación de voluntad (Inciso 1 del artículo 219 del Código Civil), en mérito que el principal aspecto volitivo y consustancial se encuentra ausente, ii) Fin ilícito (Inciso 4 del artículo 219 del Código Civil), hecho acreditado con las pruebas valoradas y la propia sentencia condenatoria en sede penal, iii) Nulidad expresa (Inciso 7 del artículo 219 del Código Civil), teniendo especial énfasis en que el artículo 97 del Código Penal sanciona expresamente con nulidad los actos jurídicos de disposición celebrados para obviar el pago de la reparación civil y iv) Nulidad virtual (Inciso 8 del artículo 219 del Código Civil) evaluando la contravención individual o coetánea del orden público, normas imperativas y las buenas costumbres.

Es importante destacar la tutela que brinda la declaración judicial de nulidad mediante la consecuencia restitutoria frente a lo ejecutado, LEÓN HILARIO[172] es de opinión que tanto en el ámbito judicial como arbitral se deben producir efectos restitutorios contra los efectos precarios, explica que, las consecuencias causadas bajo la apariencia de validez deben

[171] GARIBOTTO, *Teoría general del acto jurídico*, cit., p. 22.
[172] LEÓN HILARIO, *Derecho privado,* cit., p. 86.

reconfigurarse a la situación preexistente, inclusive con la devolución de los bienes obtenidos, restitución del equivalente, entre otros.

Se tiene como premisa que, “toda nulidad debe ser verificada por el juez, puesto que se necesita destruir una apariencia”[173], escenario que es sumamente necesario para el acto jurídico materia de investigación, donde además de ser de disposición de derechos reales y al estar contenido en documento público existe alta expectativa que sea sometido al tráfico comercial, en consideración a ello, el alcance y la declaratoria de nulidad tienen que ser oportunos; máxime, cuando hay manifiesta finalidad ilícita. En cuanto al último supuesto, nos enfrentamos a una situación en la que el acto jurídico tiene un objetivo jurídicamente posible, pero su implementación logra resultados incompatibles con la legalidad[174], asimismo, trasgrede el régimen jurídico, como a las buenas costumbres y preservación del orden público.

La tutela que brinda el alcance de la nulidad decretada en el fuero judicial protegerá a todos los que puedan verse afectados por el acto jurídico celebrado para delinquir en mérito del interés general cautelado y el efecto restitutorio que contiene intrínsecamente tal medida, cesando la producción de efectos jurídicos precarios de manera retroactiva. *Contrario sensu*, sería abominable que aún con los antecedentes de manifiesta nulidad existan magistrados que pretendan cobijar tremendo evento delincuencial. Respecto de las consecuencias legales provenientes de actos declarados nulos RUBIO CORREA sostiene dos hipótesis; la primera, no se puede pretender el cumplimiento de la prestación basándose en el acto inválido, porque de otro modo el acto jurídico produciría el efecto impropio, y el segundo, si el acto jurídico ha sido ejecutado, corresponde reponer las cosas al estado precedente, es decir, como si no se hubiese realizado, restando eficacia[175].

[173] RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad,* 2016, cit., p. 24.
[174] NORTHCOTE SANDOVAL, «¿Cuándo se produce la nulidad de un acto jurídico?» en *Revista actualidad empresarial,* 2014, n. 295., p. 4.
[175] RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad,* 2016, cit., p. 23.

5.7. PROPUESTA PARA DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR

En el contexto de la normativa aplicable al acto jurídico materia de estudio, queda señalado de manera indiscutible que la emisión de una sentencia firme es la única vía para cesar los efectos jurídicos, especialmente, teniendo como hecho precedente un proceso penal previo, donde se ha ejecutado un conjunto de medios probatorios que permiten revelar el origen ilícito del acto jurídico, asimismo, del propio incidente procedimental que genera el requerimiento de nulidad dentro del precitado proceso penal.

Se plantea la aplicación de los plenos casatorios civiles, que regulen la aplicación de la nulidad de oficio del acto jurídico, cuyo alcance unificador del pleno casatorio tiene por designio instaurar criterios vinculantes para aplicar o interpretar una determinada norma legal frente a un hecho en particular, conforme lo establece el artículo 400 del Código Procesal Civil y el inciso 4 del artículo 433 del nuevo Código Procesal Penal. Por eso, dentro de las fuentes formales del derecho se encuentra la jurisprudencia como instrumento legal para resolver un determinado conflicto jurídico; máxime, si en el Perú, a mérito de la Corte Suprema de la República del Perú, estamos en una situación similar al derecho anglosajón inglés, dado que en los fallos civiles y penales está primando la interpretación jurisprudencial respecto de los plenos casatorios o acuerdos plenarios, respectivamente. Claro está que dichas decisiones tienen carácter vinculante, salvo debida motivación que explique su apartamiento.

Como parte de la propuesta de nulidad, tenemos como insumo jurídico el principio de interés público en el proceso, el mismo que fortalece la paz social y la certeza judicial. Dicho principio regula el resultado de todo proceso judicial; es común, proyecta un interés general con lo que se resuelva. El principal factor de este instituto es que actúa en el marco del interés público, así el Estado actúa mediante los órganos jurisdiccionales para concretar dicho propósito (interés general o colectivo ante la sociedad),

más allá de la privacidad del derecho sustantivo, no excluye la participación del Estado, resaltando la secuela práctica y beneficiosa que deja en la sociedad haber resuelto una disputa jurídica, por ejemplo, de un derecho de propiedad. Asimismo, a la fecha, se considera que la división del derecho público y el privado es aplicable para fines académicos, no prácticos.

Igualmente, es de aplicación el principio de economía procesal, cuya particularidad comprime factores como tiempo, gastos y esfuerzos, favoreciendo a todos los sujetos procesales. La economía procesal tiene consecuencias transversales, sin distinción por materias del derecho, constituye una suerte de política procesal que lo ubica, sin duda alguna, como una pilastra institucional reconocida por el fuero judicial y constitucional, cuyo espíritu es contrarrestar aquella administración de justicia tardía, lenta o inoportuna en cuanto a la resolución de la litis. Su ámbito no se asigna únicamente en la celeridad procesal, abarca también la oportunidad de la administración de justicia, actuación dentro del plazo razonable, rechazos o encauses innecesarios de demandas[176].

Por otro lado, obsérvese que el artículo 97 del Código Penal, reglamenta claramente la categoría de nulidad, asignada como consecuencia jurídica del supuesto de hecho de emanada de una taimada disposición. Mediante la interpretación literal se verifica que el juez penal puede decretar la nulidad de un acto jurídico, al mismo tiempo, hay soporte probatorio que cimenta el ámbito jurídico conceptual para la calificación de inválido; sin embargo, dicha evaluación no es suficiente para el fin propuesto, siendo que, un acto jurídico es válido conceptualmente y perfecto, pero cuando se torna inválido tiene esa condición desde el momento en que incurre en causal. Contrariamente, la nulidad si bien puede tener su origen en la causal, sólo aparece a partir de su declaración[177]; ergo, la invalidez contiene una ausencia de valor jurídico

[176] Cfr. Tribunal Constitucional, expediente n. 00037-2012-PA/TC (Lima), sentencia del 25 de enero del 2012. Caso: Scotiabank Perú S.A.A (sesión de pleno). Fundamento jurídico duodécimo: “En lo que respecta al principio de economía procesal, este Colegiado ha establecido que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes”.
[177] LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, cit., p. 520.

(noción abstracta), cuyas consecuencias jurídicas no fluyen de sí misma, se materializan mediante la declaratoria judicial de nulidad.

El Tribunal Constitucional, en sesión de pleno, mediante el Expediente n. 2494-2005-AA-Lima (Caso: Bladimiro Huarancca Ayrampo), con relación al ejercicio competencia aludido, sostuvo lo siguiente: “7.- Es verdad que en el presente caso un pulcro tecnicismo jurídico advertiría que el Juez penal, al aplicar el artículo 97 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 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”.

Finalmente, y a manera de recomendación, a fin de no adquirir inmuebles en un escenario irregular, es útil que el comprador realice, desde la etapa de tratativa precontractual, una inspección al inmueble para constatar in situ si el ofertante ejerce dominio (posesión y propiedad); adicionalmente, acceder a los documentos sucedáneos de propiedad y posesión, tales como pagos de servicios públicos, autovalúo ante la municipalidad, entre otros. Esta modesta recomendación surge a partir de lo que corre en la práctica y bajo el análisis de casos ya resuelto por el supremo tribunal mediante el considerando décimo de la Casación n. 3187-2013 - Cajamarca, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República y el considerando sexto de la Casación n. 1589-2016 - Lima Norte, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se le imputó al comprador realizar diligencias previas, sin perjuicio de que la parte vendedora tenga título de propiedad.

CAPÍTULO VI
DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO DELINQUIR

6.1. COMENTARIOS SOBRE LA COMPETENCIA EN LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS

La competencia debe conceptualizarse como el desarrollo de la jurisdicción. Cada juez tiene como función conocer determinados procesos en función de la ley. Se vale de los órganos de administración de justicia, según el grado o materia o especialidad y dentro de cada espacio geográfico. Dichas reglas de competencia tienen como rol establecer cuál va a ser el órgano jurisdiccional que conocerá determinado conflicto de intereses o incertidumbres jurídicas.

La jurisdicción regula la aplicación del derecho y la competencia, la aptitud legal para ejercer la función jurisdiccional; ergo, no es admisible conjugar a manera de sinonimia la jurisdicción y la competencia, esta última se asocia al ámbito sobre el cual se ejercerá el derecho, es decir, es la aptitud requerida para que un juez pueda avocarse a una causa y ejercer la potestad jurisdiccional prevista en la Constitución y en la ley, siendo esta la que finalmente la instituya o faculte. Dentro de las características de la competencia, tenemos que estar basada en el orden público, donde los criterios para fijarla se respaldan en razones de interés general; además, de la legalidad como otra característica de la competencia.

Ahora bien, tenemos en cuenta que en el Perú hay más de una veintena de distritos judiciales, en el mundo ideal y bajo la premisa de la competencia especializada, deberían existir juzgados y salas por cada materia del derecho; sin embargo, dicha idea resulta a todas luces una quimera, lo cierto es que en la mayoría de los distritos judiciales del Perú los jueces vienen conociendo y resolviendo conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas sin que sean expresamente órganos especializados, por ejemplo, casos

contenciosos administrativos, constitucionales, tributarios, extinción de dominio, entre otros, que son asumidos muchas veces por los jueces mixtos; salvo, la Corte Superior de Justicia de Lima, en donde si se han creado juzgados especializados, conforme se detalla a manera de ejemplo en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 6. **Resoluciones administrativas que crearon nuevas subespecialidades**. Fuente: Elaboración propia.

NORMA	FECHA DE EMISIÓN	DISPOSICIÓN
Resolución Administrativa N° 176-2002-CE-PJ	19 de noviembre del 2002	Se creó el 1° y 2° Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima.
Resolución Administrativa N° 123-2004-CE-PJ	16 de junio del 2004	Se creó el 3° y 4° Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima.
Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS	30 de setiembre del 2004	Creación de la subespecialidad comercial en la Corte de Lima
Resolución Administrativa N° 157-2008-CE-PJ	10 de junio del 2008	Creación de la especialidad previsional en la Corte de Lima
Resolución Administrativa N° 319-2008-CE-PJ	17 de diciembre del 2008	Creación de la especialidad constitucional en la Corte de Lima
Resolución Administrativa N° 206-2012-CE-PJ	24 de octubre de 2012	Se crearon los Juzgados Contencioso Administrativos con subespecialidad en temas tributarios y aduaneros
Resolución Administrativa N° 122-2019-CE-PJ	20 de marzo del 2019	Se constituye el subsistema nacional especializado en extinción de dominio con sede en Lima, en cumplimiento del Decreto Legislativo 1373; asimismo, se dispuso la creación de juzgados especializados que conformarán el sub sistema especializado a partir del 10 de mayo del 2019, se instauró 21 juzgados y 3 salas; entre otras disposiciones.
Resolución Administrativa N° 327-2019-CE-PJ	14 de agosto del 2019	Se dispone la distribución de expedientes por parte de los juzgados unipersonales: de investigación preparatoria y sala de apelaciones especializada en delitos de corrupción, hacia los juzgados y salas especializadas en extinción de dominio a nivel nacional; asimismo, establecer la ampliación de la competencia funcional; entre otras disposiciones.

Con anterioridad a la emisión de las precitadas resoluciones administrativas, se carecía de judicaturas con competencia especializada en el distrito judicial de Lima; sin embargo, tal especialidad no se aplica en estricto en los distritos judiciales del interior del país, situación que no enerva a la majestad del poder judicial en ejercer sus funciones. Asimismo, la creación de dichos juzgados se implementó, además, por un tema de descongestionamiento de la carga procesal proveniente de normas específicas, llámese Código Procesal Constitucional o Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, mas no, por un rigor estricto de la llamada competencia especializada.

Siguiendo la perspectiva descrita, los juzgados civiles de Lima conocían los procesos constitucionales, situación que se veía con total normalidad; sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley N° 28237 “Código Procesal Constitucional” publicado en el diario oficial “El Peruano” el 31 de mayo del 2004, la Corte Superior de Justicia de Lima realizó cambios para regular la competencia para la aplicación de dicha ley, rigiendo la Resolución Administrativa Nº 319-2008-CE-PJ. Respecto a los temas contencioso-administrativos hasta antes del año 2002, estos eran conocidos también por los juzgados civiles hasta la emisión de la Resolución Administrativa N° 176-2002-CE-PJ, creando los primeros juzgados especializados en lo contencioso administrativo de Lima.

Además, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales, no fija una competencia taxativa, siendo que el artículo 50 desarrolla la competencia penal: «Los jueces penales conocen de los procesos penales de su competencia, con las facultades y los trámites señalados por ley y de los demás asuntos que le correspondan conforme a ley», por ello, deja abierto el ejercicio de la competencia indicando expresamente la remisión de la ley, más no por una estricta especialidad en la materia.

Finalmente, se puede colegir que la competencia por razón de la materia no es absoluta, debido a que obedece a un propósito de comprender órganos jurisdiccionales por especialidades mediante una implementación progresiva por parte de los órganos políticos del poder judicial, siendo que en los distritos judiciales del interior del país no existen a plenitud los juzgados especializados que están instaurados en la ciudad de Lima; por otro lado, tenemos a la competencia funcional, la misma que es adaptable al caso materia de análisis dado que su aplicación se circunscribe en las funciones entabladas por el marco jurídico para jueces de diferente jerarquía dentro del proceso. Es así que ORTELLS RAMOS[178] considera a la competencia funcional como facultad que adquiere cada órgano para desplegar sus funciones en un determinado proceso judicial con las demás prerrogativas que puedan corresponder.

6.2. LOS EFECTOS JURÍDICOS PRECARIOS DEL ACTO MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Como premisa se debe advertir que, ordinariamente, los actos jurídicos que ostentan y/o celebran los particulares deben y/o tienen la aptitud para producir efectos jurídicos buscados por las partes, es decir, deben tener eficacia; sin embargo, existen varias situaciones generadas por motivos de diversa naturaleza que hace que ocasionalmente los actos jurídicos sean o deban ser ineficaces. La ineficacia supone, por el contrario, la incapacidad para producir los efectos buscados para quienes lo celebran, y dicha ineficacia puede deberse a causas intrínsecas relacionadas con los elementos de su estructura del acto jurídico o por causas extrínsecas que impiden el despliegue de eficacia.

Una de las causas de ineficacia se relaciona con la invalidez, institución del derecho que alberga la figura de la nulidad del acto jurídico, que es la expresión más grave de la invalidez y se configura cuando se presentan defectos o deficiencias en la estructura o elementos esenciales del acto

[178] Citado por PRIORI POSADA, «La competencia en el proceso civil peruano», cit., p. 44.

jurídico, en dichos casos, el Código Civil peruano sanciona con la nulidad conforme se advierte del artículo 219 del citado código sustantivo.

El fondo de investigación constituye un híbrido existente la praxis jurídica, mal que reposa en el documento que soporta al acto jurídico de disposición celebrado para cometer hecho punible. Téngase presente que, al tratarse de un acto jurídico de disposición, este puede ser materia de futura transferencia y desplegar efectos jurídicos precarios, sin perjuicio de que el acto jurídico sea nulo. Esta situación surge en razón a que el acto jurídico materia del delito no recibe pronunciamiento que determine su licitud, así también, cabe acotar que estos actos jurídicos por su contenido patrimonial no son nada inocuos frente al verdadero titular del derecho materia de disposición y frente a terceros de seguir indemne judicialmente.

Conforme se tiene de la denominación asignada a la presente investigación, esta se circunscribe en analizar la posibilidad de producción de efectos jurídicos de un acto manifiestamente nulo, como lo son los actos jurídicos celebrados para cometer un hecho punible, los cuales cumplen un rol trascendental como instrumento para la ejecución del delito. Siendo esto así, se fija como presupuesto a determinados procesos penales sumarios, hoy denominados comunes - principalmente estelionato y falsificación de documentos - que sean meritorias de una sentencia condenatoria firme, ya que de este modo se establece de manera probatoria el actuar punible del sujeto activo del delito al “celebrar” un acto jurídico de disposición para cometer un hecho punible, asimismo, se añade como presupuesto que la conducta ilícita se encuentre contenida en un fabricado documento público que puede ser a su vez un instrumento público notarial[179], esto es, para valerse de su aparente existencia y validez a fin de consumar su propósito delictivo frente a su víctima y terceros.

Claramente, se puede apreciar que el punto medular de la presente investigación se centra en la identificación de un problema que proviene de

[179] Son aquellos que los notarios extienden o autorizan por mandato de ley, respetando las formalidades establecidas legalmente, por lo tanto, merecen fe *erga onmes* sobre la realización del acto jurídico celebrado.

un delito y que genera severas consecuencias civiles - como lo es la propagación de efectos jurídicos emitidos por el instrumento del delito - situación que no es observada por el propio juez de la causa e inclusive por las propias partes del proceso. Sobre el particular, CAVERO FARFÁN[180], considera que el problema fundamental son las secuelas materiales que acarrean los efectos del acto jurídico germinado en un marco antijurídico, en vista de que la teoría es insuficiente pretender cesarlo mediante la locución de nulidad *ipso iure*, siendo de imperiosa necesidad el pronunciamiento jurisdiccional. Dicho adagio resulta inútil para alcanzar la justicia que esperan los particulares, lo cierto es que se necesita de una resolución judicial que expresamente califique la nulidad del acto jurídico para cometer un hecho punible como remedio y suspensión a la procreación de efectos jurídicos precarios.

Asimismo, la aplicación de la nulidad *ipso iure* en nuestra codificación civil no es aplicable como regla general, en principio, porque fue concebido en el entorno de la inexistencia. A su turno, SAVIGNY ante la opinión general que circula sobre el caso en que una persona que causa daño por medio de un acto nulo fluye el derecho de reclamo contra este, ejerciéndose una acción especial denominada *querela mullitatis* (denuncia impugnatoria contra decisiones judiciales declarativas de nulidad) sostiene que es incensario e inverosímil dirigir una acción contra un acto nulo, porque no existe jurídicamente[181]. Igualmente, nuestro catálogo sustantivo mediante el inciso 1) del artículo 2001 asigna un plazo de prescripción de diez años a la pretensión de nulidad del acto jurídico, por tanto, podemos afirmar que la misma norma al fijar plazo de prescripción está reconociendo de manera explícita que sí es permitido y válido accionar la pretensión de la nulidad del acto jurídico, superado el término se convalidará un acto nulo.

Una de las características principales del fenómeno materia de investigación es que el acto jurídico sea de disposición y además se encuentre inserto en

[180] CAVERO FARFÁN, «Propuesta para cesar los efectos jurídicos del contrato inmobiliario celebrado para delinquir desde el ámbito jurisdiccional», cit., p. 165.
[181] Citado por RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad,* 2016, cit., p. 24.

un documento público, ante ello se puede evidenciar que la existencia de una sentencia condenatoria no exime que dicho instrumento vuelva a ser empleado frente a terceras personas, más aún, el citado documento ofrece externa y formalmente presunción de legalidad, en cambio, con la emisión de una resolución que declare expresamente la nulidad del referido acto jurídico se remedia cualquier tipo de generación de efectos jurídicos consecutivos, con el alcance del efecto restitutorio y retroactivo que produce la nulidad absoluta, es decir, como si el acto nunca se hubiese celebrado.

Finalmente, se puede concluir notablemente que el acto jurídico materia de investigación puede producir efectos legales precarios, pese a que en teoría se considera que el acto nulo lo es de pleno derecho, sin la exigencia de una resolución judicial que se pronuncie en ese sentido. Medianamente, se pueden identificar dos tipos de efectos jurídicos que genera el acto nulo; el primero, entre celebrantes o *inter partes*, en donde un acto jurídico contiene obligaciones y/o derechos y que pese a que este fuese nulo, la relación obligacional primigenia permanecerá existiendo y vigente; el segundo, se pueden concebir a los efectos jurídicos ulteriores a favor de terceros; ergo, en ambos supuestos se afectan derechos mediante la transferencia de derechos reales, dejando abierta la posibilidad de realizar otro análisis jurídico procedente de la transferencia.

“Para resolver casos de esta naturaleza se debe partir de la premisa que los efectos jurídicos originados por el contrato materia de análisis no deben ser amparados por el ordenamiento jurídico; ergo, por la administración de justicia. El juzgador debe analizar los hechos desde la misión del artículo 70 de la Constitución Política”[182], sin perjuicio de la controvertida figura del principio de la buena fe registral, la cual resulta un círculo vicioso, puesto que, el tercero más adelante también podría verse despojado de su propiedad por la incursión del acto jurídico en cuestión. Como se podrá apreciar, el agravio al derecho de propiedad se aloja en las raíces legales,

[182] CAVERO FARFÁN, «Propuesta para cesar los efectos jurídicos del contrato inmobiliario celebrado para delinquir desde el ámbito jurisdiccional», cit., p. 169.

pues es necesario erradicarlos a fin de eliminar toda presunción de validez, en este caso propuesto, no debemos olvidar que contamos con una sentencia condenatoria firme que revela la existencia inequívoca de ilicitud del acto jurídico, garantizado por el derecho de defensa y el irrestricto cumplimiento al debido proceso.

Un último comentario, en la actualidad, a mérito de los propios operadores del derecho, los procesos sobre fraude inmobiliario se han convertido en un combate judicial que vienen postergando la consagración de la decisión judicial sobre el fondo, esto es, haciendo reñir el derecho de propiedad frente a la fe pública registral. Como consecuencia de ello, la magistratura deja de lado el propósito del Derecho y el interés social, resolviendo sobre cuestiones de forma y en muchas ocasiones decreta nulidades procesales y/o encausa procesos conceptualmente en otros contextos, lo cual, sin lugar a duda, mella al legítimo propietario (agraviado del delito) quién acepta sin reclamo alguno someterse al peregrinaje jurisdiccional en busca de cesar los efectos jurídicos precarios que les son adversos y salvaguardar su derecho de propiedad.

6.3. LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD MANIFIESTA DEL ACTO JURÍDICO

Corresponde analizar el tema probatorio en función de la acreditación de la nulidad manifiesta del acto jurídico, sin perjuicio de que el derecho a la prueba no se encuentre consagrado explícitamente en la Constitución Política del Perú[183]. Es ineludible identificar si existen las pruebas idóneas que acrediten la existencia de una o más causales de nulidad del acto jurídico materia de estudio. Bajo esa misión legal en materia probatoria, se encuentra la denominada eficacia jurídica de la prueba, aplicable a lo

[183] Cfr. Tribunal Constitucional, expediente n. 6712-2005-HC/TC (Lima), sentencia del 17 de octubre del 2005. Caso: Magaly Medina Vela (sesión de pleno). Fundamento jurídico decimocuarto: "(…) Aun así, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconocer, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor", y decimoquinto: "Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa (…)".

actuado en el juicio penal. “No se piensa el establecimiento de la prueba judicial sin la garantía reconocida por la ley, sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso que se aborde, de ahí que la eficacia jurídica de la prueba no simboliza que regule grado de persuasión, sino que el juez, ceñido a la norma o bajo su convicción, debe considerar la prueba como el instrumento admitido por el legislador a fin de arribar a la inexistencia o existencia de los versiones y argumentos afirmados o investigados”[184].

Las pruebas se producen y/o valoran en sus respectivas fases del proceso penal, tanto del antiguo (inquisitivo) como de nuevo modelo procesal (acusatorio), donde ambas decantan en la sentencia judicial que condena el actuar antijurídico por parte del sujeto activo del delito. Por tanto, dichas pruebas son homogéneas, y develan que el acto jurídico materia de investigación es un instrumento delictivo. Habría que añadir que, tanto en la instrucción del proceso penal como en la investigación preparatoria, según corresponda, reúne un conjunto de elementos de convicción (cargo y descargo), posteriormente, medios de prueba de cara al juicio oral, a saber: pericias, órganos de prueba, informes de instituciones, documentales, entre otras actuaciones probatorias practicadas con absoluta legalidad, sometidas a la oralidad y contradictorio de todas las partes procesales involucradas; no obstante, no hay que perder de vista que la hipótesis del presente trabajo postula a que la nulidad sea sometida al procedimiento de nulidad previsto en la norma procesal penal, generándose de manera independiente un cuaderno de debate donde también se ofrecen medios de prueba para dicho fin, cuyo resultado se plasma en la sentencia.

Señala, GARCÍA VALENCIA[185], que hay tres aspectos relevantes acerca de la importancia de la prueba actuada en el proceso penal; la primera, señala que la prueba es el fundamento de la justicia; la segunda, faculta la aplicación de la norma jurídica pertinente; y, la tercera, la valoración de la prueba admite el derecho de defensa respecto de lo esgrimido fácticamente.

[184] DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., p. 110.
[185] GARCÍA VALENCIA, *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 42.

Ciertamente, el objeto de todo proceso judicial es determinar la verdad, es por ello que en juicio se actúan diversos medios probatorios que previamente han sido admitidos por el juez, provenientes muchas veces de la investigación preparatoria. SAN MARTÍN CASTRO plantea que “el proceso penal, como se sabe, es el marco formal que permite explicar la aplicación del *ius puniendi* y solo a través de él se descubre la verdad respecto de la imputación penal”[186], siendo que bajo dicha verdad obtenida bajos los estándares de prueba y del debate de la pretensión de nulidad se estima procedente que en sentencia condenatoria se emita pronunciamiento de la nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir.

Contrastando el marco teórico del acto jurídico con lo actuado en la instrucción del proceso penal o en la investigación preparatoria, según corresponda y la motivación de la sentencia, se puede bosquejar las causales de nulidad del acto jurídico materia de investigación que serían aplicables, teniendo en consideración que los medios de prueba, es decir, los actos formales para introducir información proveniente de una fuente de prueba hacia el juzgador ya se encuentran ofrecidos; no obstante, en el incidente de nulidad también habrá oportunidad de ofrecer pruebas y debatir sobre dicha pretensión de carácter civil, siendo que, “puede distinguirse la prueba y los medios de prueba o instrumentos que la suministran; aquella la forman entonces «las razones que sirven para llevarle al juez la certeza sobre el hecho», y los medios de prueba son «instrumentos utilizados por las partes y el juez, que proveen esas razones»”[187].

A lo ya indicado, el acto jurídico celebrado para delinquir carece de manifestación de voluntad, ya que, al ser un acto creado en un contexto de transgresión a la norma penal, omite además la verdadera voluntad del otorgante, al misma que el núcleo del acto jurídico, cuya manifestación imperiosamente debe hacerse conocer. Existe entonces un sólido enlace entre la voluntad y su manifestación, teniendo como correspondencia la materialización de lo subjetivo a lo objetivo, del pensamiento a lo

[186] SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, Lima, 2001, volumen II., p. 581 ss.
[187] DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., p. 25.

instrumentalizado, ese juicio es el denominado como manifestación de voluntad[188]. Atendiendo al citado tenor, se puede subrayar que dicho fenómeno es el eje de la teoría general del acto jurídico, es decir, va más allá de ser un elemento para validez del mismo, y ante la ausencia de manifestación de voluntad del agente simplemente el acto no existe para el mundo del Derecho; sin embargo, deja ramalazos legales. Así, LEÓN BARANDIARÁN[189], dice que el acto jurídico es causado por el factor denominado voluntad privada, dirigida conscientemente en producir efectos jurídicos, siendo una finalidad calificante y determinante del acto.

Como se podrá apreciar de la problemática detectada, existe una notoria ausencia de manifestación de voluntad, ya que, como resulta lógico, el verdadero titular es el llamado para disponer o transferir el bien de su propiedad con el agente que este convenga. Regla común y práctica que usualmente se infringe por cuestiones delictivas, donde los agentes delictivos suplanten firmas, falsifiquen documentos, aparentan ser propietarios de bienes ajenos, u otro accionar que tenga como objeto la disposición de un determinado derecho real bajo una gestión delictiva.

Se configura un manifiesto e incuestionable fin ilícito, por lo que, conceptualizando dicho requisito legal de validez, TABOADA CÓRDOVA[190], colige que de manera casi unánime la doctrina moderna acepta, como componentes insustituibles del supuesto de hecho que migrará a ser un acto jurídico, son la declaración de voluntad y la causa, según el autor, la causa tiene un sector doctrinario cada vez más amplio, que la define como la función que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como acto jurídico, capaz de procurar resultados jurídicos. La causal de ilicitud es de aplicación genérica para todos los actos jurídicos que fueron celebrados para cometer un hecho punible[191], dado que dicho instrumento amenaza a los derechos reales del legítimo titular del derecho, en ese

[188] VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico,* 2002, cit., p. 90.
[189] LEÓN BARANDIARÁN, *Acto jurídico*, 1999, cit., p. 37.
[190] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 329.
[191] Cfr. VIDAL RAMÍREZ, El acto jurídico, 2002, cit., p. 502. “La ilicitud de la finalidad se determina, entonces, cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención está evidenciada del o los celebrantes del acto jurídico es antijurídica”.

sentido, se puede suponer que los actos jurídicos materia de estudio serían nulos y que no habría norma que ampare tal actuación ilícita; sin embargo, se deja constancia que al no declararse la nulidad del acto jurídico en sede judicial, este podría gozar de impunidad en mérito de la prescripción de la acción o por invocación de otras categorías jurídicas.

Por otra parte, se tiene nulidad expresa, invocando vía interpretación sistemática al artículo 97 del Código Penal que califica a la nulidad como sanción en función de lo expuesto a lo largo del presente trabajo. Del mismo modo, cabe la nulidad virtual en contravención a las buenas costumbres o al orden público, causal, que es denominada nulidad tácita o virtual, es decir, aquella, supuesto que no está comprendido literalmente en el supuesto de hecho de la norma jurídica; sin embargo, su alcance es deducible en el mandato normativo"[192]. Entonces, podemos decir que la nulidad virtual es aquella que se encuentra implícitamente, es decir, incluida dentro del ordenamiento jurídico sin que esta lo exprese de manera textual. Dicha peculiaridad interpretativa se rige por los parámetros normativos de carácter imperativo, la misma que debe ser comprendida como aquella disposición positiva que es inalterable por la voluntad de los particulares, independientemente se trate de una obligación o prohibición, paráfrasis que muchas veces no resulta una tarea sencilla, ya que según fluye de la *praxis,* la problemática es identificar cual es esta conducta contraria a dichos principios, y establecer sobre cuál de estos tres le es aplicable a la conducta identificada. Dicha causal sería aplicable, por la razón de que el acto jurídico materia de tesis contribuye es un instrumento del delito, evaluación que es tomada de lo actuado en la instrucción penal y de la motivación de la sentencia condenatoria firme, entonces, no cabrían dudas u oposiciones en que el acto jurídico elaborado con manifiesto fin ilícito contraviene manifiestamente la buena convivencia social y la armonía en la sociedad.

Efectivamente, el orden público en líneas generales está anexado con el orden interno de la sociedad, la misma que debe mantener una

[192] TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, cit., p. 326.

inquebrantable estabilidad, por ello el acto jurídico materia de investigación contraviene dicho precepto, recordemos que las causales de nulidad están fundadas en tutelar el interés público[193].

En suma, se puede advertir que existen varias causales de nulidad que pueden ser aplicables al acto jurídico celebrados para delinquir, la causal aplicable se determinará a partir de la evaluación de los medio de prueba que se actúen en todas las etapas del proceso penal y de la motivación de la sentencia condenatoria, todo ello dependerá de la modalidad delictiva; por otro lado, es preciso reiterar que el objeto de la presente investigación es establecer un criterio jurisdiccional de nulidad del acto jurídico en sede penal bajo principios procesales con el intento de generar una administración de justicia oportuna y eficaz, y no acudir vanamente a la judicatura civil a plantear una demanda de nulidad de acto jurídico en vía del proceso de conocimiento que terminará muchas veces resolviéndose en la Corte Suprema, dejando en estado de incertidumbre y agonía al titular de los derechos reales que contiene ilícitamente el acto jurídico.

6.4. EMISIÓN DE RESOLUCIÓN JUDICIAL DECRETANDO NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO DICTADA EN SEDE PENAL

Dogmáticamente, se sostiene que el acto jurídico nulo se configura así desde su nacimiento; no obstante, conforme al planteamiento del problema de la presente investigación, existe la necesidad que dicha situación sea declarada mediante resolución judicial; asimismo, la doctrina sostiene que el acto nulo lo es *erga omnes* y consecuentemente la sentencia declarativa afectará a todo aquel que pretenda ejercer un derecho patrimonial proveniente de aquel.

Ahora bien, la importancia de dicha sentencia radica en su eficacia para el mundo del derecho, dicho fallo escinde toda perturbación y se echan abajo

[193] Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 1657-2006-Lima. Fundamento sétimo: "(…) El orden público, en consecuencia, está constituido por el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar principios fundamentales de la sociedad o las garantías de su existencia. En forzoso concluir que toda conducta que incurre en un ilícito penal, afecta el orden público".

todas las secuelas amparadas en el acto nulo, como secuencia restitutiva la situación se torna al estado anterior a la fabricación del acto, generando que las partes se repongan recíprocamente las prestaciones[194]. En efecto, el rol transcendental de la resolución judicial es el desvanecimiento de los efectos jurídicos precarios que haya generado de manera retroactiva y colateral en caso se reutilice el citado instrumento del delito, ello quiere decir que el fallo declaratorio se ceñirá en certificar la configuración de una o más causales de nulidad, según el caso en concreto.

La hipótesis planteada no es aplicada en la *praxis,* ante ello, la parte agraviada luego de haber vencido en sede penal tiene que recurrir, vía del proceso de conocimiento, para demandar la nulidad, es decir, el sujeto pasivo o la víctima del delito tendrá que esperar por lo menos cinco años para conseguir un pronunciamiento jurisdiccional de carácter declarativo. Conviene subrayar que, en el hipotético caso que primero se haya demandado la nulidad del acto jurídico en la vía civil, existen altas posibilidades que el proceso sea suspendido cuando el juez tome conocimiento del contexto punible del hecho jurídico, siendo de aplicación lo regulado en la norma adjetiva penal que corresponda, a saber:

Artículo 3 del Código de Procedimientos Penales

Cuando en la sustantación de un procedimiento civil aparezcan indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el juez dará conocimiento al representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente. En este caso, el juez suspenderá la tramitación civil, siempre juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. El acto que suspende un juicio civil, es susceptible de apelación en ambos casos y de recurso de nulidad.

Artículo 10 del nuevo Código Procesal Penal

1. Cuando en la sustanciación de un proceso extra - penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública el Juez de oficio o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes.
2. Si el Fiscal luego de las primeras diligencias decide continuar con la Investigación Preparatoria lo comunicará al Juez extra penal, quien suspenderá el proceso, siempre que considere que la sentencia penal puede influir en la resolución que le corresponde dictar.

[194] TORRES VÁSQUEZ, «Nulidad declarada de oficio IX Pleno Casatorio Civil», cit., p. 146.

Como se puede apreciar, la norma procesal de manera tácita prescribe una suerte de preferencia en el avocamiento del juez penal ante un hecho sometido a la calificación de punibilidad, claro está, cuando el evento guarde estrecha relación frente al resultado del proceso. De ahí que, el tema materia de investigación forma parte de dicha presunción de punibilidad, donde primará la evaluación de los hechos sometidos a la persecución penal antes de la calificación civil del acto jurídico. Obsérvese que el ámbito de investigación abarca aquellos eventos que se encuentran judicializados únicamente en sede penal; máxime, si la propuesta es obtener una administración de justicia eficaz y oportuna, prescindiendo de acudir a la vía civil.

En la sustentación de obtener un pronunciamiento jurisdiccional, vía doctrina jurisprudencial, que resuelva la situación problemática del acto jurídico materia de investigación, se parte del objetivo de conseguir una administración de justicia eficaz para tutelar el derecho de propiedad del legítimo titular del inmueble afectado con la disposición ilícita con la cesación de los efectos jurídicos precarios previos, paralelos o ulteriores a la sentencia penal condenatoria. Se recurre a diversos fundamentos, tales como los principios procesales de economía procesal - que incluye economía de gastos y de esfuerzos -, principio de inmediación, y principio de interés público en el proceso; también, los parámetros del octavo pleno casatorio civil (Casación n. 3006-2015-Junín), y noveno pleno casatorio civil (Casación n. 4442-2015-Moquegua); finalmente, bajo interpretación sistemática del artículo 220 del Código Civil, artículo 97 del Código Penal y articulo 11.2 y 15 del nuevo Código Procesal Penal.

Para la implementación de la hipótesis no es necesario realizar una reforma legislativa, en principio, existe base legal que faculta al juez penal para conocer y resolver temas relativos al derecho civil (aprobar transacciones extrajudiciales, determinar reparación civil, emitir medidas cautelares reales, determinar la incorporación de terceros civiles, declarar nulidad de acto

jurídico de disposición celebrado para eludir la reparación civil o cuando se trate de bienes decomisados). En definitiva, actualmente el juez penal tiene herramientas legales que están por encima de decretar la nulidad de un acto jurídico manifiestamente nulo, calificación que fluye de las pruebas actuadas en juicio oral y del debate incidental por el requerimiento de nulidad que formule fiscalía o el actor civil; en consecuencia, es aplicable el aforismo romano *qui potest plis, potest minus.*

Tal como se indicó, existen pruebas actuadas que dan lugar a determinar a ciencia cierta que el acto jurídico materia de investigación constituyó un instrumento para cometer el ilícito penal materia del proceso, y que por estar instrumentalizado en un documento público y ser disposición, puede ser sometido a una futura transferencia frente a terceros, siendo vital valorar la instancia probatoria que emplea el proceso penal, dado que este contiene manifestaciones y/o declaraciones, medios probatorios actuados (pericias y/o informes técnicos) y lo más importante, la *ratio decidendi* sobre la cual se motiva la sentencia condenatoria donde el juez de la causa valora el aspecto fáctico y el derecho. En mérito de lo expuesto, se puede determinar, de manera fehaciente, que el acto en investigación no contiene de manera coetánea los requisitos esenciales de validez del artículo 140 del Código Civil, al contrario, es un acto jurídico concebido en el marco de la punibilidad "manifiestamente nulo" habilitando al juez de la causa a pronunciarse vía resolución judicial de nulidad del acto jurídico en aplicación supletoria del artículo 220 del Código Civil. En mención al aludido articulado, TORRES VÁSQUEZ[195], afirma que es una nulidad *ex oficio* que se emplea ante una nulidad manifiesta que lesiona frontalmente el orden público, la moral, las buenas costumbres, valores que componen la razón de ser de toda sociedad civilizada; LOHMANN LUCA DE TENA[196], destaca que hay dos formas de entender la nulidad manifiesta regulada en el 220; la primera, aquella situación que resulte visible a la luz que proporcionen las pruebas sobre circunstancias contingentes al acto jurídico y la segunda, obedece a lo

[195] TORRES VÁSQUEZ, «Nulidad declarada de oficio IX Pleno Casatorio Civil», cit., p. 133.
[196] LOHMANN LUCA DE TENA, «La Nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio», en *Ius et Veritas*, 2002, n. 24., p.59.

patente, ostensible, aquello que revela y evidencia lo fallido (no requiere de prueba extrínseca para su demostración); finalmente, es importante señalar que ARIANO DEHO en su ponencia como *amicus curiae* para el noveno pleno casatorio civil expuso que el articulado en mención contiene una declaración oficiosa y como tal, todo ejercicio de poder oficioso tiene que ejercerse con previo contradictorio de las partes procesales, nueva posición que asume la aludida autora debido a que en el año 2003 publicó un artículo con criterio distinto al de la ponencia[197].

La importancia de la hipótesis planteada en la presente investigación radica en contribuir con una medida jurisdiccional eficaz que ataque directamente el despliegue de efectos jurídicos precarios que pueda desarrollar el acto jurídico celebrado para delinquir. Además, busca cautelar el derecho real del titular del bien materia de desposesión, toda vez que, a la fecha, únicamente se sanciona la conducta del sujeto activo del delito y el acto jurídico queda jurídicamente indemne, es decir, sin calificación legal sobre su ficta celebración y formalización.

En consecuencia, la competencia del juez penal es legítima y no es ajeno desarrollar instituciones y categorías jurídicas en materia civil[198]. La propuesta busca complementar dentro del mismo fallo judicial la fundamentación y el pronunciamiento para erradicar la apariencia valedera que posee el acto jurídico celebrado para delinquir (instrumento del delito), se está eligiendo la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y protección de valores de orden público como pilares para la emisión de una sentencia que cuenta con un respaldo de todo un proceso judicial culminado. La acción judicial de nulidad, a criterio de TORRES VÁSQUEZ[199], no está diseñada para borrar ni atacar al acto o sus efectos (teóricamente porque no existen desde su concepción), la acción está instituida a desconfigurar la

[197] ARIANO DEHO, Eugenia, «Sobre el poder del juez de «declarar» de oficio la nulidad ex art. 220 CC», en Diálogo con la Jurisprudencia. 2003, n. 52. En este trabajo la autora postulaba por el principio dispositivo antes que la nulidad oficiosa como facultad discrecional del juez.
[198] Actualmente la judicatura penal viene fundamentando los conceptos por indemnización citando casaciones emitidas por la sala civil permanente de la Corte Suprema. Cfr. Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso Casación n. 923-2019, Lambayeque.
[199] TORRES VÁSQUEZ, *Código civil*, Lima, 1993, t. I., p. 444.

aparente validez del acto, en busca de una declaración de certeza, siendo que la acción como el fallo son declarativos, no constitutivos.

6.5. OPORTUNIDAD Y PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR LA NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO CELEBRADO PARA DELINQUIR

En líneas generales, se parte de la premisa de que un acto nulo no debería extinguir, modificar, regular, ni crear relaciones jurídicas, cuando la declaración exteriorizada se encuentre inmersa de alguna causal de nulidad absoluta[200]. Del planteamiento del problema se observa que dicha conjetura dogmática no es beneficiosa para los intereses de los particulares que ven afectados sus bienes en actividades delictuosas. Ante dicha casuística, resulta pertinente recurrir al órgano judicial para alcanzar tutela jurisdiccional efectiva, mediante la emisión oportuna de una resolución judicial que decrete su invalidación.

A manera de preludio, se encuentra justificada y legitimada la competencia funcional del entorno procesal penal. Concretamente, corresponde explicar el ámbito de la investigación preparatoria en función del agraviado o la víctima del delito, siendo que bajo dicha etapa procesal se les permite constituirse como actor civil[201], para que luego de admitida dicha solicitud se obtengan las potestades que la ley confiere (artículo 104 del nuevo Código Procesal Penal), destacando el ofrecimiento de medios de prueba e intervención permanente en todas las diligencias.

Desarrollando el tema de la oportunidad para la emisión del pronunciamiento judicial de nulidad del acto jurídico, este debe decretarse conjuntamente con la sentencia penal condenatoria, puesto que es el acto procesal que condensa la compulsa de la prueba y su debate oral en el juicio. Visto el tema de fondo, se tiene que, el catálogo sustantivo civil guarda la lógica

---

[200] Cfr. MASSIMO PARADISO, *Hechos, actos y negocios jurídicos*, Nápoles, 2004 (Traducción: AGURTO GONZÁLES, Carlos y QUEQUEJANA MAMANI, Sonia Lidia). Para que un acto jurídico genere efectos negociales conforme a su cometido, es imprescindible que este cumpla con estar perfectamente conformado.

[201] Perjudicado que ejerce su derecho civil dentro del proceso penal, previa postulación escrita, cumpliendo con la formalidad y requisitos exigidos en el artículo 100 del nuevo Código Procesal Penal.

jurídica que, sanciona con nulidad a la enfermedad más grave del acto jurídico, y luego de realizado el diagnostico se le aplica una causa de nulidad, lesionando directamente los intereses generales, dicha razón faculta al juzgador la declaración oficiosa de nulidad antes mencionada. Por otro lado, corresponde explicar que el mecanismo para obtener dicho fallo judicial lo regula el nuevo Código Procesal Penal, obteniendo una hipótesis armonizada con el ordenamiento jurídico y los conceptos esgrimidos en la presente tesis.

Tanto el proceso penal inquisitivo (Código de Procedimientos Penales) como el acusatorio garantista (nuevo Código Procesal Penal), como se explicó anteriormente, regulan el procedimiento de nulidad del acto jurídico con la mira de respaldar el cumplimiento de la reparación civil y ejecutar el decomiso (consecuencia accesoria). Para el desarrollo del mecanismo de la declaratoria de nulidad propuesto se acude ante el juez de Investigación Preparatoria o quien haga sus veces, conforme a los lineamientos del inciso 2 del artículo 15 del nuevo Código Procesal Penal, conforme se detalla:

1. Formular pretensión civil de nulidad a cargo del actor civil o Ministerio Público;
2. Formación del cuaderno de nulidad;
3. Correr traslado de las partes para promover el contradictorio de la pretensión y de las pruebas;
4. Llevar a cabo audiencia, donde se actúan las pruebas y se formulan alegatos orales;
5. Formulación de conclusiones escritas;
6. Dictar resolución dando por concluido el procedimiento incidental (la sentencia queda a cargo del juez que corresponda).

Evidentemente, el requerimiento se formula durante la investigación preparatoria y se podrán motivar los fundamentos respecto de los artículos 219 y 220 del Código Civil, los plenos casatorios pertinentes, y demás conceptos descritos en la presente investigación. Cabe complementar que,

dicho trámite incidental genera una garantía jurisdiccional al derecho de defensa y debido proceso, atendiendo que el Código Procesal Penal (inciso 2 del artículo 11 del Código Procesal Penal) contempla el trámite judicial para la disposición de los bienes objeto del delito, “de los bienes sobre los que ha recaído la acción delictiva, por ejemplo, el bien hurtado o el que ha sido materia de apropiación ilícita”[202], siendo que en dicho incidente, de manera obligatoria, el juez de la causa corre traslado al imputado y terceros (poseedores del bien y/o terceros adquirientes) sobre dicha pretensión nulificante, tales sujetos procesales, “no solo están autorizados en participar en el incidental sobre la nulidad y otras diligencias que puedan perturbar su derecho, incluso en el juicio oral”[203].

Se trata aquí de una nulidad de oficio sometida a todas las garantías jurisdiccionales que prevé el ordenamiento jurídico y los plenos casatorios aplicables al caso en particular. En opinión de, TORRES VÁSQUEZ[204], respecto del extremo de declaración de nulidad de oficio, realiza un análisis de las principales conclusiones del IX Pleno Casatorio Civil (Casación n. 4442-2015-Moquegua): “1) La facultad del juez para dictar de oficio la nulidad manifiesta está prescrita por la ley, de manera que nadie puede proscribirla, salvo que el legislador modifique la ley; de *lege data* el problema está resuelto, 2) No hay violación del principio dispositivo, porque la nulidad de oficio siempre será pronunciada dentro de un proceso judicial, con independencia de que en él se debata o no la nulidad, es decir, no se requiere que las pretensiones de las partes se refieran necesariamente a la validez o invalidez del acto jurídico o a otras materias (resolución, rescisión, divorcio, etc.), 3) En cuanto al principio de congruencia, según el cual el juez no puede pronunciarse sobre hechos no alegados por las partes, como todos los principios, no es absoluto, sino que, por disposición de la ley, cede ante otro principio superior, el del interés general, que se persigue tutelar con la declaración de oficio de la nulidad manifiesta.(…)”.

---

[202] PALPA CÁRDENAS, Código procesal penal comentado, Lima, 2021, t. I., p. 2013.
[203] Ídem.
[204] TORRES VÁSQUEZ, «Nulidad declarada de oficio IX Pleno Casatorio Civil», cit., p. 137.

El hecho que la declaratoria de nulidad se emita juntamente con el fallo condenatorio, en ningún caso, transgrede derechos de ningún tipo. Respecto al aspecto procesal - competencia - CARRIÓN LUGO, detalla una secuencia jurídica en materia civil, en el que evidentemente la litis se resuelve con la aplicación de la norma sustantiva, lo cual no excluye que se dirima la controversia con la aplicación de otros cuerpos legales que regulen el tema de fondo. Por otro lado, por imperio del derecho constitucional de defensa, nada impide ni limita a la parte procesal que se conciba afectada con lo resuelto en la sentencia a interponer el recurso de apelación respectivo. En suma, por un criterio de justicia y legalidad, resulta pertinente que se decrete la nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir conjuntamente con la emisión del fallo condenatorio, previa motivación razonada y justificada. Caso contrario, todo intento sería inútil y extemporáneo, para mitigar los efectos precarios que produjese dicho acto nulo; máxime, si por la naturaleza y aparente contenido que tiene este, puede engendrar futuras transferencias ilícitas, dejando la expectativa que prosiga las transferencias ilícitas y en perjuicio del verdadero titular del derecho.

CAPÍTULO VII
DESARROLLO DE CASOS QUE SUSTENTAN LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN SEDE PENAL

7.1. ESCENARIO Y PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN

Ante la ola de criminalidad que afecta la propiedad inmueble, para efectos de la presente investigación se han elegido los delitos de falsificación de documentos y estelionato como indicadores de aquellos actos delictivos que para su consumación se requiere de algún documento de contenido civil (instrumento del delito) donde los delincuentes puedan someter a sus víctimas a una serie de martingalas y artificios con el fin de sacar ventaja patrimonial.

En la praxis, lo cierto es que luego de culminado el proceso penal con la emisión de una sentencia condenatoria, el acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible se mantiene indemne jurídicamente, generando una serie de consecuencias perjudiciales al verdadero titular del bien afectado de ilicitud, más aún si en la actualidad luego de culminado el proceso penal o paralelamente a este, se acude a la vía civil para solicitar se decrete en sede judicial la nulidad de un acto jurídico manifiestamente nulo; sin embargo, como ya se indicó tanto el Código de Procedimientos Penales (artículo 3), el nuevo Código Procesal Penal (artículo 10) y el Código Procesal Civil (artículo 320), regula la posibilidad que el hecho materia de estudio sea suspendido a pedido de parte o de oficio por los indicios delictivos que ostenta el acto jurídico, teniendo como regla que el juez detendrá el proceso civil tan pronto como vea y considere que la pena tendrá consecuencias para el fondo del litigio.

Conforme se explicó, lo que pretende la presente investigación es que, en los casos punibles, referidos líneas arriba, sea el propio juez penal el que decrete la nulidad del acto jurídico celebrado para cometer un hecho punible,

teniendo como insumo probatorio las pruebas que sirvieron para sostener la condena, que guardan especial conexión con el hecho de haber gestado un instrumento birria que contiene un acto jurídico. Una de las razones por las que no se viene desarrollando esta propuesta es que, en la práctica jurisdiccional, se evidencia una disociación entre las normas procesales y sustantivas del derecho penal y civil, excluyendo recíprocamente la aplicación de normas para resolver controversias, y no se ha concebido la solución del problema desde la perspectiva de la hipótesis planteada.

En cuanto a ello, se sostiene que las normas que rigen el derecho deben de armonizarse por el operador y aplicarse para la resolución razonable de conflictos y controversias, sin necesidad de contraponerlas o desplazarlas, para lo cual es función del magistrado la correcta interpretación y aplicación de estas, con miras a obtener una sensata administración de justicia con perspectiva integral del Ordenamiento o Sistema Jurídico.

7.2. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LAS PRINCIPALES INSTITUCIONES QUE EJERCEN CONTROL DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO INMOBILIARIO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Entre las instituciones que juegan un papel más importante en el control de la validez del acto jurídico de venta de inmuebles se encuentran las notarías públicas. Evidentemente, la labor notarial y responsabilidad recae sobre el notario, quien actúa por delegación del Estado que lleva a cabo las funciones oficiales de recibir y dar forma a las intenciones de las partes, redactando y confiriendo autenticidad, y da fe de los actos jurídicos que se celebran ante él, pero también verificar los hechos y privilegios jurídicos que se controlan en el marco de la ley en cuestión, encontrándose facultado a no recibir o rechazar aquella documentación que pretende formalizarse sin cumplir con el filtro legal.

Respecto de las obligaciones del notario, tenemos el artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 1049, “Decreto Legislativo del Notariado”, donde destacamos

las siguientes: 1) "d) Requerir a los intervinientes la presentación del documento nacional de identidad - D.N.I. y los documentos de identidad o de viaje determinados para la identificación de extranjeros en el territorio nacional, además de la respectiva calidad migratoria vigente conforme a la normativa sobre la materia (…); así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extraprotocolares". 2) "i) Contar con una infraestructura tecnológica mínima que permita la interconexión con su colegio de notarios, la informatización que facilite la prestación de servicios notariales de intercambio comercial nacional e internacional y de gobierno electrónico seguro". En esa misma línea, el Decreto Supremo N° 010-2010-JUS, "TUO del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado", regula la calificación de la legalidad del acto contractual, correspondiéndole al Notario, el deber de verificar la identidad de los otorgantes y brindar infraestructura física y tecnológica mínima, esta última, comprende un sistema de protección electrónico, software con información centralizada, uso de base de datos, acceso a internet, lectora de huellas biométricas, tecnología digital, acceso a la base de datos del RENIEC, entre otros soportes que tienen como misión controlar la formalización y legalidad de todo acto jurídico.

Asimismo, tenemos al artículo 4 de la Ley N° 26662, "Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos", donde se establece: "El notario en el ejercicio de la función debe abstenerse de autorizar instrumentos públicos contrarios a normas de orden público". Del mismo modo, el inciso 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 27157, "Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común", con relación a la función del notario, prescribe lo siguiente: "El Notario, además de lo estipulado en el artículo precedente, para los fines de la legalización, certifica y verifica la documentación que se adjunta al Formulario Registral, bajo responsabilidad; y tramita los procesos a que se refiere la presente Ley", y el inciso a) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, "TUO del Reglamento de la Ley N° 27157", señalando: "El

notario cumple las siguientes funciones: Comprueba, bajo responsabilidad, la validez legal de los títulos o documentos de fecha cierta que sustentan los derechos, actos o contratos objeto de inscripción".

A manera de colofón, respecto de la fe pública que proviene de la gestión notarial, GONZÁLEZ BARRÓN considera que la escritura pública, por excelencia, el instrumento notarial insigne en sede notarial donde la fe pública se materializa permanentemente; sin embargo, no es admisible creer la situación de certificar cualquier hecho sin un previo tamiz jurídico, pues se supone que el notario es un jurista especialmente cualificado, le asiste el deber de explorar sumariamente a las partes y su propósito en el marco de la legalidad, supervisión que debe desarrollar el Consejo del Notariado[205].

Mediante Ley Nº 26366 se creó el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos con el fin de preservar y mantener la unidad del ejercicio en la función registral del Perú, encauzado a la modernización, simplificación y especialización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo componen. Siendo que a través de la Resolución Suprema Nº 139-2002-JUS (hoy derogada), se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de la SUNARP, donde se le define como un organismo del sector justicia, autónomo y descentralizado, ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos, con personería jurídica de derecho público, autonomía funcional y con patrimonio propio. En ese marco legal, la SUNARP también tiene la facultad de confrontar el valor de los actos jurídicos. Esto significa que este órgano representa el filtro final del órgano administrativo que controla la validez de los actos jurídicos antes de su registro y publicación.

Al ser así, se evidencia una serie de funciones que asume dicha institución, entonces, cabe la pregunta: ¿Qué ocurre si en el ejercicio de las funciones el registrador comete un error? Al respecto, la respuesta nos las brinda el

[205] GONZÁLES BARRÓN, «Tecnología y seguridad jurídica en las modificaciones recientes de la ley peruana», cit., p. 253.

inciso d), artículo 3 de la Ley N° 26366, Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos, según se cita a continuación: “Son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos: […] d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley”. Lo cierto es que el legítimo propietario, más allá que lo resarzan económicamente, su prioridad es no ser despojado de su propiedad, sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil y administrativa aplicable a los responsables.

En los últimos tiempos, lamentablemente, como parte de la problemática de la propiedad inmueble no inscrita[206], se han gestado conflictos de interés e irregularidad jurídica de la inicialmente denominada “Comisión de Formalización de la Propiedad Informal” (COFOPRI), creada el 1996 en mediante Decreto Legislativo N° 803, Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad, como el máximo organismo rector para el diseño, ejecución integral, comprehensiva y rápida la programación de formalización de la propiedad, promoviendo la formalidad a nivel nacional. Mediante Ley N° 28923, Ley que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios, COFOPRI asumió competencia en la realización del saneamiento físico legal y titulación respecto de posesiones informales a nivel nacional; también se estableció que COFOPRI llevaría a cabo, por encargo de las municipalidades provinciales, los procedimientos de tracto sucesivo y prescripción adquisitiva de dominio. De acuerdo con la segunda disposición complementaria de la mencionada norma, se modificó la denominación inicial de la Entidad, por la de "Organismo de Formalización de la Propiedad Informal", manteniendo la abreviatura de COFOPRI, emitiéndose una serie de modificaciones en el ámbito orgánico sin que ello minimice su capacidad misional prevista inicialmente.

[206] Cfr. CAVERO FARFÁN, «Propuesta para cesar los efectos jurídicos del contrato inmobiliario celebrado para delinquir desde el ámbito jurisdiccional», cit., p. 171. “No hay que perder de vista que, en nuestro sistema registral, también regulado en el Código Civil, la inscripción del título no es obligatorio ni constitutivo de derechos, es decir, la función del registro con relación al hecho adquisitivo de propiedad es declarativo, cuya protección deviene con la oponibilidad”.

Más allá de la buena propuesta funcional que hoy asume dicha entidad, y en el rigor del Decreto Supremo N.º 025-2007-VIVIENDA, Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI, esta no ha sido ajena a los malhechores respecto del empleo de documentos falsos o adulterados, logrando que estos sean inscritos en el registro, situación que es conocida por los legítimos propietarios después de culminado el procedimiento administrativo o de inscrito el título, sin que la entidad pueda hacer algo al respecto con relación a la inscripción, dejando a salvo el derecho del afectado a recurrir a la vía judicial.

Finalmente, el poder judicial, que de acuerdo con la Constitución Política del Estado Peruano, ejercita la función exclusiva de administrar justicia, con excepción de la justicia militar y el arbitraje. En cuanto a la competencia para controlar la validez del acto, se materializa por el proceso de nulidad del acto jurídico (proceso cognitivo), por la indiscutible presencia de controversias y disputas sobre los hechos fácticos y jurídicos en su entorno. En mérito de dicha función jurisdiccional y en virtud del artículo 400 del Código Procesal Civil, la Sala Civil, en pleno, de la Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido importantes precedentes aplicables a la presente investigación, siendo los más relevantes los siguientes: i) Octavo Pleno Casatorio Civil (Casación n. 3006-2015-Junín), materia: nulidad de acto jurídico, donde la suprema corte, advirtiendo contradicciones en otros fallos referentes a la postulación de nulidad del acto jurídico de disposición de bienes sociales donde participó un solo cónyuge, es así que en búsqueda de la consolidación jurídica y por medio del ejercicio de la actividad uniformadora de congruencia jurisprudencial se fijó como precedente vinculante, aspectos del derecho de propiedad asociándolo como límite al ejercicio abusivo del mismo, entre otras consideraciones, que determinan la nulidad del caso en concreto, específicamente, por trasgredir el carácter imperativo previsto en el orden público, conforme al inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, y ii) Noveno Pleno Casatorio Civil (Casación n. 4442-2015-Moquegua), materia: otorgamiento de escritura pública, reglamenta el procedimiento para decretar

la nulidad oficiosa, observando el ejercicio de la previa contradicción entre los sujetos procesales, cuyo resultado debe declararse en la parte resolutiva de la sentencia.

En cuanto al control de validez dentro de un proceso judicial cuya pretensión no sea la declaración de nulidad del acto jurídico, el citado pleno refiere lo siguiente: “29. La nulidad busca tutelar intereses generales, “valores fundamentales, colectivos e irrenunciables que un sistema jurídico preestablece (aunque sea implícitamente) y que podríamos calificar como trascendentes de la esfera individual [...] la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes, es de orden público”, es esto lo que explica que el legislador haya previsto, en el precitado artículo 220 del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aprecie de oficio la nulidad - es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado - y funde en dicha apreciación su decisión. En efecto, al comprometer la nulidad, intereses generales, su declaración no solo puede ser instada por las partes que celebraron el negocio jurídico, sino también por cualquier tercero que tenga algún interés en ello y por el Ministerio Público y, además, el Juez puede apreciarla de oficio. En este mismo sentido se ha sostenido que “la nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez, lo que se explica porque la nulidad es la sanción típica a que recurre el legislador para garantizar el respeto de la norma imperativa, en atención a un interés general”.

7.3. PRONUNCIAMIENTO VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso que se expone a continuación, se evidencia que, en el Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, al resolver el caso “Bladimiro Huarannca Yrampo”, se pronunció expresa y específicamente la declaratoria de nulidad de un acto jurídico elaborado para disminuir el patrimonio del condenado y con ello evadir su responsabilidad del pago de la reparación civil. Así, según el caso, mediante la celebración de un anticipo de legítima, lo cual fue interpretado por el actor como “un exceso de

competencia legalmente asignada a un juez penal". Sobre el particular, se cita un extracto de la sentencia, la misma que obra íntegramente como anexo n. 1.

> 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, es evidente el propósito de incumplir lo dispuesto en ella, lo que debe ser analizado en primer término en el presente caso (…).
>
> 8.- (…) 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 (…).

7.4. PRONUNCIAMIENTOS DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL ÁMBITO MATERIA DE INVESTIGACIÓN

El presente caso, José Enrique CROUSILLAT LÓPEZ TORRES, fue novedoso, relevante e importante en la comunidad jurídica. La Segunda Sala Penal Especial de Lima, integrada por los jueces superiores: BARANDIARÁN DEMPWOLF, BROUSSET SALAS y FARFÁN OSORIO (Expediente n. 011 – 2001), al resolver un caso de peculado por apropiación, mediante sentencia condenatoria, de oficio, dispuso la nulidad de un acto jurídico celebrado por el condenado para disminuir su patrimonio y con ello evadir su responsabilidad sobre la obligación pecuniaria proveniente de la reparación civil. Al respecto, se cita un resumen de la sentencia, la misma que obra íntegramente como anexo n. 2.

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 – "E1", 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 establecida 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:

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo noventisiete 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.

Asimismo, el 15 de julio de 2008 la Corte Superior de Justicia de Piura emitió el pleno jurisdiccional distrital en materia penal, resolviendo en el tercer punto el siguiente tema: "3. Nulidad de actos jurídicos sobre venta de bienes del imputado, a propósito del artículo 97° del Código Penal". En ese sentido, se reproduce una síntesis de la sentencia **(véase anexo n. 3).**

> "Se somete a consideración, algunos problemas relativos en los casos de aplicación del artículo 97 del Código Penal. ¿Es nulo el acto jurídico sobre venta de los bienes del imputado efectuada antes que se le haya notificado la apertura del proceso penal en su contra o necesariamente se requiere que este haya tenido conocimiento cierto sobre la apertura de dicho proceso?"
> CONCLUSIÓN: POR UNANIMIDAD
> "No es necesario que el imputado tenga conocimiento cierto de la apertura del proceso penal instaurado en su contra, puesto que para que se dé la nulidad de la transferencia del bien, basta que ésta haya sido efectuada con posterioridad a la comisión del hecho punible; siempre y cuando la transferencia signifique disminución de su patrimonio que lo haga insuficiente para cubrir el pago de una posible reparación civil."

Finalmente, se cita un caso de homicidio, donde se cuestionó el haber aplicado el artículo 97 del Código Penal respecto de la nulidad de disposición de transferencia de bienes muebles frente al tercero civilmente responsable. Ante ello, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación n. 1788-2019 Huaura, (**véase anexo n. 4**) se pronunció:

> "Decimoquinto. En este escenario, teniendo en cuenta las normas sustantivas civiles y penales, así como la jurisprudencia civil enunciada [Quinto Pleno Civil – fundamentos 59 y 167], es indudable que las transferencias vehiculares respectivas son nulas *ipso iure*.
> La lectura conjunta y sistemática de los artículos 95 y 97 del Código Penal da cuenta de que este último dispositivo legal también es aplicable a los terceros civiles responsables (…)
> Sin duda, la acción descrita se erige como un acto de mala fe, pues, en el proceso penal, se demostró que las empresas TJ Corporation Levisa SRL y P&M Corporation Arcali SRL tuvieron similares representantes; además, respecto de los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero), se puso de relieve una situación comercial con la que se pretendió dificultar el pago de las reparaciones civiles.

7.5. PROTECCIÓN LEGAL QUE BRINDA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO EN SEDE PENAL

De la casuística expuesta, se puede observar que la finalidad de los pronunciamientos jurisdiccionales radicó en la necesidad de emitir una medida jurídica y jurisdiccional eficaz de carácter preventivo, protegiendo el despliegue de efectos jurídicos precarios que pueda desarrollar el acto jurídico celebrado ilícito[207]. Acción inmediata que proviene del pedido de tutela jurisdiccional efectiva invocado por los ciudadanos, que lejos de acusar una conducta delictiva, buscan el amparo y protección jurídica de sus derechos, la misma que se puede materializarse mediante un pronunciamiento declarativo dentro de la sentencia condenatoria.

Por otro lado, en la presente investigación se describió la base jurídica que posibilita la aplicación de la hipótesis planteada abordando el aspecto normativo, procedimental y doctrinario, tomando en cuenta las disposiciones del Código Civil, Código Penal y Código Procesal Penal que permiten la intervención del juez penal para conocer temas de contenido civil, como lo es la calificación de un acto jurídico. Se destaca la importancia de los medios probatorios actuados, la oportuna invocación de la aplicación de los principios procesales de la teoría general del proceso. Cabe reiterar que el ámbito de la nulidad se dirige a proscribir los efectos jurídicos precarios que origine el instrumento del delito contenido en un ficto acto jurídico, por ejemplo, una escritura pública falsificada.

El criterio jurisdiccional propuesto en la presente investigación contempla la defensa de la propiedad, en tanto que el acto jurídico celebrado para delinquir riñe directamente a la ley y al orden público frente al interés de los particulares; además, el objetivo de la nulidad es eliminar la apariencia de validez, calificándola como un ejercicio de mera declaración de certeza (acto nacido muerto), igual característica declaratoria tendrá la sentencia. Por lo cual, nada limita ni restringe por imperio del derecho que el sujeto procesal

[207] Se parte de la premisa que un acto nulo no debería establecer relaciones jurídicas, cuando la declaración exteriorizada se encuentre inmersa en alguna causal de nulidad.

que se sienta lesionado con lo resuelto en la sentencia formule el medio de impugnación que crea pertinente.

Conforme se ha podido demostrar la importancia y necesidad que se requiere al término de un proceso penal por delitos de falsificación de documentos, estelionato y otros, en los cuales se evidencie un acto jurídico nulo *ipso iure*, resulta conveniente y oportuno decretar su nulidad juntamente con la emisión de la sentencia condenatoria, conforme a los parámetros establecidos que sustenten un fallo razonado y justificado. Caso contrario, todo intento sería extemporáneo para mitigar los efectos precarios que produjese dicho acto nulo.

Finalmente, resulta bienvenida la protección jurídica que se otorgue a través del juez penal para evitar, mediante la declaración de nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir, la proliferación de efectos jurídicos precarios que en buena cuenta constituye un riesgo agraviante para la sociedad, principalmente si se trata de bienes inscribibles.

CONCLUSIONES

1.- Se determinó el impacto[208] que generan los efectos del acto jurídico provenientes de la comisión de los delitos de falsificación de documentos y estelionato. Se parte de la premisa que en tanto no se declare la nulidad del acto jurídico materia de estudio, este surtirá efectos precarios en perjuicio del derecho de propiedad o derechos reales del titular (sujeto pasivo del delito), de manera anterior, colateral o posterior del proceso penal, lo cual se agravará con la convalidación mediante la prescripción de la acción de nulidad regulada en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil.

2.- Se describieron las características del acto jurídico materia de estudio, con la finalidad de circunscribir el ámbito de la problemática planteada, identificando como características del acto jurídico celebrado para delinquir los siguientes: i) que el objeto del acto jurídico sea materia de controversia mediante proceso penal, ii) que la prestación recaiga sobre bienes inmuebles, iii) que el acto jurídico sea de disposición, iv) que la concesión sea a título oneroso o patrimonial y v) que se encuentre insertado en documento público.

3.- Se identificaron casuísticas que develan cierta deficiencia por parte de las principales instituciones encargadas de ejercer control de validez del acto jurídico materia de estudio, tales como, la Notaría, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal. Omisión que contribuye en la producción de los efectos jurídicos precarios, debido que el acto está alojado en instrumento o documento público.

4.- Se determinó el marco teórico de la nulidad del acto jurídico y de la competencia según la teoría general del proceso, aplicable para el tratamiento de la hipótesis. Se destaca la configuración uniforme de las siguientes causales de nulidad previstas en el Código Civil: Falta de

[208] Término empleado desde su concepción lingüística y no metodológica. Según la Real Academia Española, impacto significa: “Conjunto de efectos causados por un hecho u otra causa sobre algo”.

manifestación de voluntad, fin ilícito, nulidad expresa y la nulidad virtual o tácita. Asimismo, en cuanto a la declaratoria de nulidad en sede penal se desarrolló la aplicación del principio de economía procesal, principio de interés público en el proceso y principio de inmediación.

5.- Se determinó la existencia de parámetros normativos que permiten al juez penal declarar la nulidad del acto jurídico celebrado para delinquir. Dicho desarrollo se efectuó en mérito de la *lege lata* prevista especialmente en el Código Penal, Código Procesal Penal y el Código Civil, destacando la importancia del nuevo modelo procesal penal acusatorio y garantista donde el Ministerio Público y Poder Judicial conocen y resuelven temas de índole civil. Accesoriamente, para el propósito nulificante, se recurrió a los principales plenos casatorios supremos en materia civil que versan sobre nulidad de oficio del acto jurídico cuando resulte manifiesta, según el artículo 220 del Código Civil.

En mérito de la tesis propuesta se logra: i) Tutelar el derecho de propiedad del legítimo titular respecto del inmueble afectado con la transferencia ilícita y ii) Decretar judicialmente la nulidad del acto jurídico de disposición celebrado para delinquir, estableciendo un instrumento que puede ser aplicado desde el ámbito jurisdiccional como doctrina jurisprudencial, resolviendo de manera solvente los conflictos de intereses o concluyendo la perturbación expectante del derecho de propiedad afectado, empleando los medios probatorios obtenidos en el proceso penal.

RECOMENDACIONES

1.- Para cesar los efectos del acto jurídico celebrado para delinquir (delitos de falsificación de documentos y estelionato), específicamente, el conflicto de intereses generado según el caso en concreto, se recomienda, que desde el ámbito de la administración de justicia, vía requerimiento, el juez penal de la causa comprenda al acto jurídico materia de investigación como instrumento del delito *(instrumenta scaeleris)* y emita la declaratoria de nulidad del acto jurídico en dicha sede, cumpliendo con los parámetros normativos desarrollados en el presente estudio, principalmente, garantizando el debido proceso y derecho de defensa de las partes procesales.

2.- Para la prosecución científica de la descripción de la realidad y problemática formulada, se recomienda que, desde el ámbito académico, se prosiga con la investigación ateniendo a las diversas materias, temas y categorías jurídicas identificadas con miras de tutelar el derecho de propiedad del legítimo titular afectado con la transferencia ilícita.

FIGURAS

Figura n. 1. **Sinopsis del acto jurídico**. (Pág. 32).
Fuente: Elaboración propia.

Figura n. 2. **Clasificación del hecho jurídico**. (Pág. 34).
Fuente: Datos tomados de Juan Carlos Gariboto (1991), «Teoría general del acto jurídico».

*Figura n. 3***. Estructura moderna del acto jurídico**. (Pág. 37).
Fuente: Datos tomados de Lizardo Taboada Córdova (2002), «Nulidad del acto jurídico».

Figura n. 4. **Sinopsis de la Causa**. (Pág. 43).
Fuente: Datos tomados de Aníbal Torres Vásquez (2008), «Acto jurídico».

CUADROS

Cuadro n. 1. **Implementación del acto jurídico en el Código Civil de 1936**. (Pág. 31).
Fuente: Elaboración propia.

Cuadro n. 2. **La nulidad absoluta y relativa en el derecho comparado**. (Pág. 50).
Fuente: Elaboración propia.

Cuadro n. 3. **Comparativo entre la Nulidad y la Anulabilidad**. (Pág. 52).
Fuente: Datos tomados de Lizardo Taboada Córdova (2002), «Nulidad del acto jurídico».

Cuadro n. 4. **Comparativo sobre la regulación del documento y acto jurídico**. (Pág. 71).
Fuente: Elaboración propia.

Cuadro n. 5. **La nulidad oficiosa en el derecho comparado**. (Pág. 132).
Fuente: Elaboración propia.

Cuadro n. 6. **Resoluciones administrativas que crearon nuevas subespecialidades**. (Pág. 146).
Fuente: Elaboración propia.

ANEXOS

Anexo n. 1. **Sentencia del Tribunal Constitucional.** Expediente n. 2494-2005-AA/TC (Lima), emitida el 21 de noviembre del 2006. Caso: Bladimiro Huarancca Ayrampo (sesión de pleno).

Anexo n. 2. **Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de Lima.** Expediente n. 011-2001, emitida el 08 de agosto del 2006. Caso: José Enrique CROUSILLAT.

Anexo n. 3. **Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Penal.** Corte Superior de Justicia de Piura, emitido el 15 de julio del 2008. Tema n. 3, «Nulidad de actos jurídicos sobre venta de bienes del imputado, a propósito del artículo 97° del Código Penal».

Anexo n. 4. **Casación n. 1788-2019-Huaura**. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitida el 09 de marzo del 2022.

Anexo n. 5. **Casación n. 4442-2015-Moquegua.** Noveno Pleno Casatorio Civil, emitido el 09 de agosto del 2016.

BIBLIOGRAFÍA

✷ LIBROS CITADOS Y CONSULTADOS

- ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- BAENA PAZ, Guillermina, *Metodología de la investigación*, Grupo Editorial Patria, «E-Book», México DF, 2007.
- BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, EJEA, Buenos Aires, 1967, tomo I.
- BARRETO MUGA, Augusto, *Derecho notarial y competencia notarial en asuntos no contenciosos*, Fecat, Lima, 1997.
- BAVARESCO DE PRIETO, Aura, *Las técnicas de la investigación*, Scott Foresman, Scott, 1988.
- BELAÚNDE BORJA, Giuliano y otros, *Diccionario jurídico*, San Marcos, Lima, 2002.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, Cárdenas, México DF, 1969, tomo I.
- CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de derecho procesal civil*, Grijley, Lima, 2007, tomo I.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1991, tomo II.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Conocimientos básicos de la constitución*, Jurista Editores, Lima, 2004.
- DELGADO TOVAR Walther Javier y GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino, *Nulidad de actos jurídicos de disposición de bienes en el proceso penal*, Jurista Editores, Lima, 2007.
- DELGADO TOVAR Walther Javier y GÁLVEZ VILLEGAS Tomás Aladino, *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*. *Análisis crítico de la Ley Nº 29212,* Jurista Editores, Lima, 2009.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, ABC, Bogotá, 1982.

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 2004.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Themis, Bogotá, 2022, tomo I.
- ENCINAS RAMÍREZ, Irma, *Teoría y técnicas en la investigación educacional,* Ave S.A, Lima, 1988.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *El acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica. Lima. 2010.
- FERRI, Giovanni Battista, El negocio jurídico, Ara editores, Lima, 2002, (Traducción de LEÓN HILARIO, Leysser).
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.
- GARIBOTTO, Juan Carlos, *Teoría general del acto jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., *Elementos del derecho procesal civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México DF, 1999, (traducción de GASCÓN ABELLÁN, Marina y CARBONELL, Miguel).
- GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código civil*, Científica SRL, Lima, 1989, tomo I.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, *Metodología de la investigación*, McGraw-Hill, México DF, 2014.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, *Derecho procesal civil*, Jurista Editores, Lima, 2010, tomo I.
- IDROGO DELGADO, Teófilo, *Teoría del acto jurídico*, Idemsa, Lima, 2004.
- JOAQUÍN LLAMBÍAS, Jorge, *Nulidad y anulación de los actos jurídicos*, en Joaquín Llambías, Tratado de derecho civil. Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, tomo II.

- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código procesal civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, tomo I.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al código civil peruano*, Imprenta Gil S.A, Lima, 1938, tomo I.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al código civil peruano*. Derecho de Obligaciones, Ediar S.A, Buenos Aires, 1954, tomo I.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, *Manual del acto jurídico,* Imprenta de la UNMSM, Lima, 1965.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, *Tratado de derecho civil,* WG Editor, Lima, 1991, tomo II.
- LEÓN BARANDIARÁN, José, *Acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Colección «lo esencial del derecho N° 45», Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2019.
- LEYVA SAAVEDRA, José, *Contratos en general*, en LEYVA SAAVEDRA (dir.), Tratado de contratos, Unilaw, Lima, 2023, volumen I.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El negocio jurídico*, Grijley, Lima, 1994.
- MILLAR. Robert W., *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1945.
- MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Israel, *Código penal exegético*, San Marcos, Lima, 2003.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil, Temis, Bogotá, 1996, Tomo I.
- MORALES HERVIAS, Rómulo, *Inexistencia e invalidez del contrato en el código civil peruano de 1984*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo, *Manual de derecho civil*, Huallaga EIRL, Lima, 1985, tomo I.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, *Nulidad del negocio jurídico*. Principios Generales y su aplicación práctica, Jurista Editores, Lima, 2002.
- PETIT, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, Nacional, México DF, 1969.

- RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- RAMOS SUYO, Juan, *Elabore su tesis en derecho. Pre y post grado*, San Marcos, Lima, 2004.
- RIVAS, Adolfo A., *Teoría general del derecho procesal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1983, tomo II.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1989.
- RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico,* Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2016.
- RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo, *El negocio jurídico,* Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal*. Parte especial, Grijley, Lima, 2008.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1927.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2001, volumen II.
- SAVIGNY, M.F.C, *Sistema del derecho romano actual*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1930, tomo III.
- SILVA VALLEJO, José, *La ciencia del derecho procesal*, Fecat EIRL, Lima, 1991.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Metodología de la investigación jurídico social*, Princeliness E.I.R.L, Lima, 1991.
- STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- SUMARRIVA GONZÁLES, Víctor, *Metodología de la investigación jurídica*, Grijley, Lima, 2006.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*, Grijley, Lima, 2002.

- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Nulidad del acto jurídico,* Grijley, Lima, 2002.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *La causa fin del acto jurídico*, Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, Lima, 1992.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Código civil*, Idemsa, Lima, 1993, tomo I.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Idemsa, Lima, 2008.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría general del acto jurídico*, Cultural Cuzco S.A, Lima, 1985.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico en el código civil peruano*, Cultural Cuzco S.A, Lima, 1990.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico,* Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- WITKER, Jorge, *La investigación jurídica,* McGraw-Hill, México D.F, 1995.
- ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder, *Código procesal civil*, Rodhas, Lima, 2007, tomo I.

✷TESIS CITADAS

- DELGADO TOVAR, Walther Javier (2007) *Nulidad de actos jurídicos de disposición y gravamen de bienes en el proceso penal*. Tesis para la obtención del grado de magister en ciencias penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- MORALES HERVIAS, Rómulo Martín (2010) *Las patologías y los remedios del contrato.* Tesis para optar el grado de doctor en derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.

✷REVISTAS CITADAS

- CAMPOS GARCÍA, Héctor, «Apuntes introductorios a la pretensión de nulidad de negocio jurídico desde la perspectiva civil: análisis crítico de la posición del quinto pleno casatorio civil respecto de la impugnación de

negocios colegiales asociativos», en *Revista de derecho Themis*. Pucp. Lima, 2014, n. 66.

- CAVERO FARFÁN, Ricardo Iván, «Propuesta para cesar los efectos jurídicos del contrato inmobiliario celebrado para delinquir desde el ámbito jurisdiccional», en *Actualidad Civil. Al día con el Derecho*. Instituto Pacífico. Lima, 2021, n. 81.
- ESPINOZA ESPINOZA, juan, «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia nacional», en *Ius et Veritas*. PUCP. Lima, 2002, n. 24.
- GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán, «Tecnología y seguridad jurídica en las modificaciones recientes de la ley peruana», en *IUS Revista* del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Puebla, 2015, n. 36.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, «La Nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio», en *Ius et Veritas*. PUCP. Lima, 2002, n. 24.
- NORTHCOTE SANDOVAL, Cristhian, «¿Cuándo se produce la nulidad de un acto jurídico?» en *Revista actualidad empresarial*. Instituto Pacífico. Lima, 2014, n. 295.
- PRIORI POSADA, Giovanni, «La competencia en el proceso civil peruano» en *Derecho & Sociedad.* Pucp. Lima, 2004, n. 22.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, «*Causales de nulidad del acto jurídico*», en *Revista de derecho Themis*. Pucp. Lima, 1988, n. 11.
- TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, «Tipología de las investigaciones jurídicas», en *Revista derecho y cambio social*. Lima, 2016, n. 43.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, «Nulidad declarada de oficio IX Pleno Casatorio Civil», en *Revista LEX.* Universidad Alas Peruanas. Lima, 2017, n. 19.

✷SENTENCIAS CITADAS

- Tribunal Constitucional, expediente n. 4587-2004-AA/TC (Lima), sentencia del 29 de noviembre del 2005. Caso: Santiago Martín Rivas (sesión de pleno).

- Tribunal Constitucional, expediente n. 2494-2005-AA/TC (Lima), sentencia del 21 de noviembre del 2006. Caso: Bladimiro Huarancca Ayrampo (sesión de pleno).
- Tribunal Constitucional, expediente n. 00037-2012-PA/TC (Lima), sentencia del 25 de enero del 2012. Caso: Scotiabank Perú S.A.A (sesión de pleno).
- Tribunal Constitucional, expediente n. 02738-2014-PHC/TC (Ica), sentencia del 30 de julio del 2015. Caso: Carlos Mauro Peña Solís (sesión de pleno).
- Tribunal Constitucional, expediente n. 00427-2021-PHC/TC (Junín), sentencia del 17 de agosto del 2021. Caso: Rubén Antonio Baltazar Pacheco (sesión de pleno).
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 1657-2006-Lima, del 20 de julio del 2006.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Cuarto Pleno Casatorio Civil. (Casación n. 2195-2011-Ucayali), del 13 de agosto del 2012. Materia: desalojo por ocupación precaria.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Octavo Pleno Casatorio Civil (Casación n. 3006-2015-Junín), del 12 de marzo del 2019. Materia: Nulidad de acto jurídico.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Noveno Pleno Casatorio Civil (Casación n. 4442-2015-Moquegua), del 09 de agosto del 2016. Materia: Otorgamiento de escritura pública.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria. Casación n. 2978-2011-Lima, del 02 de julio del 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria. Casación n. 3434-2012-Lima, del 18 de enero del 2014.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria. Casación n. 3187-2013-Cajamarca, del 22 de octubre del 2014.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Casación n. 461-2016-Arequipa, del 15 de mayo del 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 1589-2016-Lima Norte, del 09 de mayo del 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación n. 1121-2016-Puno, del 12 de julio del 2017.

- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 1822-2016-Huánuco, del 09 de agosto del 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 3207-2016-Arequipa, del 09 de agosto del 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala penal Permanente. Casación n. 702-2017-Ucayali, del 06 de diciembre del 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 1438-2017-Lima Norte, del 07 de setiembre del 2017.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 3148-2018-La Libertad, del 15 de junio del 2021.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación n. 1788-2019-Huaura, del 09 de marzo del 2022.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación n. 648-2020-Cusco, del 29 de marzo del 2022.



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; Gonzáles Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Bladimiro Huarancca 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 Gumercinda 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.° 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.° 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 Hurancca 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.° 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.° 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.° 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 Huarancca 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 "dado 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.° 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.° 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.

III) Los límites procesales al pronunciamiento sobre el fondo: la prescripción como presupuesto para una sentencia sobre el fondo

10. Hasta aquí la decisión que habría dado este Colegiado ingresando al fondo de la cuestión resulta obvia. Sin embargo, las instituciones procesales son también un límite para este Colegiado. Tal como lo estableciera Calamandrei:

> (...) que para vencer una causa, no basta tener razón en el mérito; sino que es necesario también hacerla valer en los modos prescritos por el derecho procesal [...][1].

11. Los presupuestos procesales constituyen en este sentido

> [...] las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito: así, [...] los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda [2].

12. En el ámbito de los procesos constitucionales, entre otros presupuestos procesales, se encuentra el que el plazo de prescripción establecido no haya vencido. Inicialmente, durante la vigencia de la Ley 23506, se consideró que el plazo para la interposición de la demanda era el de caducidad. Sin embargo, en la STC 1049-2003-AA/TC, este Tribunal interpretó que la denominación de la referida ley no era adecuada, estableciendo que la correcta interpretación consistía en considerarlo como un plazo de naturaleza prescriptiva, lo cual permitía dejar a salvo el derecho del demandante para que éste pudiera hacerlo valer en un proceso ordinario.

13. Esta precisión contribuye, además, en la consolidación del actual rol subsidiario que el amparo tiene en nuestro ordenamiento, instituido por el Código Procesal Constitucional a través del inciso 2 de su artículo 5.°. Así pues, en el supuesto de que no existiese plazo alguno para la interposición de la demanda de amparo, ya sea de prescripción o de caducidad, el análisis para su procedencia tendría que hacerse solamente evaluando si

---

[1] Calamandrei, Piero, *Instituciones del Derecho Procesal Civil según el nuevo Código,* EJEA, Buenos Aires, 1962 Vol. I, p. 348.
[2] *Ibid.* P. 351

existen, o no, otras vías igualmente satisfactorias; sin embargo, como existe un plazo establecido, es fácil imaginar el supuesto en que, a pesar de que la causa sea constitucionalmente amparable, no podrá ser vista en un proceso de amparo cuando el plazo haya vencido.

14. Ahora bien, como en nuestro ordenamiento el plazo es de prescripción y no de caducidad, la pretensión del recurrente no dejará de estar protegida y podría ser encauzada a un proceso ordinario. Con lo cual se puede afirmar válidamente que la existencia de un plazo de prescripción para la procedencia del amparo ayuda a "hacer más residual lo residual". Ello es así toda vez que hay que desmitificar la idea de que los procesos constitucionales son los únicos procesos capaces de proteger los derechos constitucionales y/o fundamentales de las personas, ya que en el Estado Constitucional todo juez es, en principio, juez para la tutela de los derechos fundamentales.

III.1. Situación actual del plazo de prescripción

15. A la luz de la práctica jurídica generalizada, es posible advertir que este es uno de los presupuestos procesales menos respetados por nuestros operadores jurídicos, en especial por los abogados, pues, en su afán por eludirlo, han llegado a hacer uso pernicioso de los medios impugnatorios que la ley prevé. Así, queda comprobado en nuestra realidad que se utiliza cualquier tipo de medioo impugnatorio con la finalidad de obtener hasta el último pronunciamiento judicial que permita contar, recién a partir de ese momento, el plazo para la interposición de la demanda. Esto ha generado –y sigue generando–, graves problemas a la administración de justicia y, en especial, a la constitucional, pues cuando los recurrentes advierten que no tienen más posibilidad de revertir el fallo de los jueces, acuden a la jurisdicción constitucional con la finalidad de que se revisen los criterios adoptados por los jueces ordinarios, intentando convertirla en una *suprainstancia*, posibilidad que ha sido reiteradamente negada por la jurisprudencia de este Colegiado.

16. A juicio de este Tribunal, una de las causas que producen la grave situación reseñada en el punto anterior se debe a que, en nuestro ordenamiento, no se tiene un concepto uniforme de lo que debe entenderse por resolución judicial firme. Así, es posible advertir que existen hasta dos tipos de conceptos: uno formal y otro material.

La concepción formal establece que la firmeza de una resolución se adquiere simplemente con el agotamiento de todos los recursos que la ley prevé para el cuestionamiento del acto con el cual se está en desacuerdo.

Por su parte, la concepción material complementa la postura anterior señalando que la calidad de firmeza de una resolución se adquiere cuando se han agotado todos lo medios impugnatorios legalmente previstos, pero siempre que estos tengan la

posibilidad real de revertir los efectos de la resolución que se impugna. Es decir, que si lo que se impugna es un auto y contra este se interpone un recurso de nulidad alegando causales imaginarias, el pronunciamiento denegatorio que el juez emita sobre dicho asunto no podrá entenderse como generador de la firmeza del referido auto, puesto que al no haber sido correctamente impugnado se debe entender que el plazo se cuenta desde que fue emitido, y no desde el pronunciamiento judicial que resuelve el supuesto "acto impugnatorio". Entender lo contrario no hace más que contribuir a un uso negligente de las instituciones jurídicas.

17. El mismo sentido ha sido esbozado en el fundamento 1 de la STC 9598-2005-PHC/TC, Caso Jaime Mur Campoverde

> [...] La resolución judicial se convierte en firme cuando ha sido impugnada y el superior jerárquico ha emitido decisión final confirmándola (ejecutoriada); también se convierte en firme cuando dicha resolución es consentida, es decir, cuando el justiciable presuntamente agraviado con ella no la impugna, significando esta conducta el reconocimiento de las bondades de tal decisión o cualquiera otra expresión de aceptación de la facultad jurisdiccional. Es menester considerar también que el sentido de "*resolución judicial firme*" no puede medirse sólo por la posibilidad legal del cuestionamiento directo e inmediato a través de remedios o recursos (impugnatorios) [...].

IV. Análisis del caso concreto

a) Alegaciones del demandante

18. El demandante solicita que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de fecha 25 de julio de 2002, emitida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cusco. Considera que la referida Sala ha transgredido manifiestamente la tutela procesal efectiva. Para ello, el demandante utilizó los distintos medios impugnatorios que la ley establece, todo con la finalidad de revocar la decisión de la Sala Penal en cuanto ordena el embargo sobre el inmueble de su propiedad. Así, de autos se observa que el demandante, con fecha 17 de diciembre de 2002, interpuso recurso de nulidad contra la resolución de fecha 6 de diciembre del mismo año, el cual fue denegado. Luego, con fecha 31 de diciembre de 2002, presentó recurso de reposición contra la resolución denegatoria anteriormente señalada. Este recurso también le fue denegado. Posteriormente, el 16 de enero de 2003, la Sala Penal emitió el Acta de Embargo. De igual forma, contra dicho acto procesal interpuso recurso de apelación, el cual fue declarado improcedente mediante la resolución expedida el 6 de mayo de 2003. A partir de esta fecha el demandante computa el plazo para la interposición de su demanda.

b) Alegaciones del demandado

19. El vocal ponente del Sexto Juzgado Penal de Cusco, Andrés Quinte Villegas, haciendo uso de su defensa directa, dedujo la excepción de caducidad, argumentando que el plazo para la interposición de la demanda de amparo debía ser computado desde la resolución de fecha 25 de julio de 2002, pues, a su juicio, esta era la resolución firme que generaba la pretendida afectación constitucional. En ese sentido, habiendo transcurrido más de 60 días, desde el 25 de julio de 2002 hasta el 6 de junio de 2003, fecha de interposición de la demanda, esta debe ser declarada improcedente conforme al artículo 37.° de la Ley 23506.

c) Consideraciones de la jurisdicción ordinaria

20. Con fecha 20 de diciembre de 2004, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco declara infundada la excepción de caducidad alegada por el vocal Andrés Quinte Villegas, sosteniendo que

> [...] el demandante no ha sido parte en el proceso penal en el que se dicta la resolución cuestionada. Como tal no fue notificado con la Resolución de Vista. En ese sentido, es lógico deducir la existencia de una imposibilidad jurídica para el ejercicio de la Acción de Amparo y por tanto declarar improcedente la caducidad deducida por el demandado[3].

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, al momento de resolver, no se pronunció sobre este extremo.

d) Consideraciones del Tribunal Constitucional

21. Este Colegiado advierte que, como lo ha expresado el vocal Andrés Quinte Villegas, la afectación del derecho constitucional alegado se produce con la resolución emitida el 25 de julio de 2002; sin embargo, la calidad de firme de dicha resolución se adquiere cuando se han agotado los medios impugnatorios capaces de revertir los efectos de la decisión judicial que se cuestiona. En el caso se observa que el recurrente, el 17 de diciembre de 2002, presentó un recurso de nulidad contra la resolución de embargo, de fecha 6 diciembre de 2002 (resolución que fue dictada conforme a la resolución generadora de la alegada afectación constitucional; es decir, la de fecha 25 de julio de 2002), el cual le fue denegado mediante resolución de fecha 19 de diciembre de 2002.

22. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, es desde esa fecha que debe computarse el plazo para la interposición de la demanda, pues los recursos posteriores no hacen más

[3] Sentencia de la primera Sala Civil de Cusco, de fojas 322 del primer cuaderno.

que dilatar innecesariamente el proceso. Así pues el recurso de reposición que se presenta contra la resolución denegatoria del recurso de nulidad, no tiene posibilidad alguna de revertir los efectos de la decisión judicial cuestionada, ya que, en principio, la reposición sólo procede contra decretos, es decir contra actos de mero trámite y no contra resoluciones decisiorias como es el caso de este auto denegatorio.

23. Por lo tanto, habiendo trascurrido más de 60 días desde la emisión de la resolución denegatoria del recurso de nulidad. (19 de diciembre de 2002), hasta la fecha en que se interpuso la demanda (6 de junio de 2003), en aplicación del artículo 37.° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, N.° 23506, hoy regulado en el artículo 47.° del Código Procesal Constitucional, se comprueba que el plazo para la interposición de la demanda ha vencido en exceso.

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.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA PENAL ESPECIAL

D.D. DR. BARANDIARÁN DEMPWOLF

EXP. N°. 011 – 2001

(Juzgamiento Reservado – Reo Contumaz)

S E N T E N C I A

Lima, ocho de agosto
del año dos mil seis.-

VISTA: En Audiencia Pública, el proceso Penal RESERVADO, seguido contra **JOSÉ ENRIQUE CROUSILLAT LÓPEZ 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

I.RESULTA DE AUTOS

1. Se aprecia en autos que mediante resolución fiscal del veintitrés de febrero de dos mil uno (fojas doce mil ciento diez a doce mil ciento doce), la Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios dispuso abrir investigación fiscal contra José Francisco Crousillat Carreño y otros, por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias y Asociación Ilícita para Delinquir en agravio del Estado.
2. Culminada la Investigación Preliminar, con fecha veinte de marzo de dos mil uno (fojas doce mil trescientos veinticinco a doce mil trescientos veintinueve), la Fiscalía Provincial Penal Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, formaliza denuncia penal contra Vladimiro Montesinos Torres, como presunto autor de los delitos contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias y contra la Tranquilidad Pública – Asociación Ilícita para Delinquir, ambos en agravio del Estado, contra José Francisco Crousillat Carreño y **José Enrique Crousillat López Torres** como presuntos AUTORES del delito contra la Tranquilidad Pública –

Asociación Ilícita para Delinquir en agravio del Estado y contra Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez, como presunta cómplice del delito contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias en agravio del Estado.

3. Es así que mediante auto del treinta de marzo de dos mil uno (fojas doce mil cuatrocientos tres a doce mil cuatrocientos seis), el Cuarto Juzgado Penal Especial ordenó se abra instrucción en la vía ordinaria contra Vladimiro Montesinos Torres, como presunto autor de los delitos contra la Tranquilidad Pública – Asociación Ilícita para Delinquir y contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias, en agravio del Estado; contra José Francisco Crousillat Carreño y **JOSÉ FRANCISCO CROUSILLAT LÓPEZ TORRES** como presuntos **AUTORES** del delito contra la Tranquilidad Pública – **Asociación Ilícita para Delinquir**, en agravio del Estado; y contra Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez, como presunta cómplice del delito contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias en agravio del Estado, habiéndose aclarado, posteriormente dicho auto, a efectos de corregir el nombre del procesado José Enrique Crousillat López Torres, para tenerlo por su nombre correcto.

4. Posteriormente, con fecha diez de abril del dos mil uno (fojas doce mil seiscientos ochentiséis a doce mil seiscientos ochentinueve), la Fiscalía Provincial formula denuncia ampliatoria, por lo que el Juzgado, mediante auto del diecisiete de abril de dos mil uno (fojas doce mil ochocientos nueve a doce mil ochocientos doce), dispuso ampliar el auto de apertura de instrucción para comprender a Vladimiro Montesinos Torres, en calidad de autor, a José Francisco Crousillat Carreño y a **JOSÉ ENRIQUE CROUSILLAT LÓPEZ TORRES** en calidad de **CÓMPLICES**, del delito contra la Administración Pública – **Peculado**, en agravio del Estado.

5. Posteriormente, la Fiscalía Provincial Penal Especial, formula denuncia penal ampliatoria y el A quo emite auto ampliatorio de instrucción con fecha veintiuno de junio del dos mil uno (fojas 15756), para comprender a César Chávez Jones como presunto autor del delito contra la Tranquilidad Pública – Asociación ilícita para Delinquir en agravio del Estado; luego de ello el Fiscal Provincial, emite su dictamen fiscal, y el Juez expide su informe final, disponiéndose que nuevamente los autos se eleven a la Sala Penal Especial.

6. Es así que mediante resolución de fecha veinte de agosto del dos mil dos (fojas 20586), se dispone la acumulación de las causas número ***veinticinco – dos mil uno***, seguido contra Vladimiro Montesinos Torres, José Francisco Crousillat Carreño, José Enrique Crousillat López Torres, César Humberto Chávez Jones y Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Alvarez por delito de Peculado y otro en agravio del Estado, la número ***diecisiete – dos mil uno***, seguida contra Vladimiro Montesinos Torres, Julio César Vera Abad y Daniel Borobio Guede por delito contra la Administración Pública – Peculado en agravio del Estado, y el expediente ***veintidós – dos mil uno*** seguido contra Vladimiro Montesinos Torres, Samuel Rubén Winter Zuzunaga y Mendel Percy Winter Zuzunaga por delito de Peculado en agravio del Estado y contra Samuel Rubén Winter Zuzunaga y Mendel Percy Winter Zuzunaga por delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas en agravio de Baruch Ivcher Bronstein y Remigio Morales Bermúdez, por lo que, igualmente, mediante resolución de la misma fecha se declaró el proceso complejo.

7. Posteriormente, la Sala Penal Especial, mediante resolución del ocho de agosto de dos mil tres, recaída en el incidente once – dos mil uno – "J", dispuso la acumulación de las instrucciones números ocho mil doscientos sesentidós – dos mil, dieciséis – dos mil uno, quince – dos mil uno, diecinueve – dos mil uno, veinticinco – dos mil uno, diecisiete – dos mil uno y veintidós – dos mil uno, de igual modo, el Juez Penal dispuso admitir la acumulación con la instrucción treinta y cuatro – dos mil dos, luego de lo cual fue elevado el expediente ya acumulado a la Sala Penal Especial, que a su vez los remite a la Fiscalía Superior Penal Especializada, la misma que mediante acusación escrita obrante de fojas treintiun mil trescientos tres a treintiún mil trescientos cuarentiuno formula su acusación escrita respecto a las causas acumuladas opinando no hay mérito para pasar a Juicio Oral contra César Humberto Chávez Jones por el delito de Asociación ilícita para Delinquir en agravio del Estado; Vladimiro Lenin Montesinos Torres o Vladimiro Montesinos Torres como autor y Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Alvarez como cómplice por el delito contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias en agravio del Estado y haber mérito para pasar a juicio oral respecto de los demás procesados; remitidos los autos a la Sala Penal, ésta dicta Auto Superior de Enjuiciamiento a fojas treintidós mil doscientos treintitrés con fecha dos de marzo del dos mil cuatro declarando no haber mérito para pasar a juicio oral contra César Humberto Chávez Jones por el delito contra la Tranquilidad Pública – Asociación ilícita para Delinquir en agravio del Estado y contra Vladimiro Lenin Montesinos Torres y Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Alvarez por el delito contra la Administración Pública – Tráfico de Influencias en agravio del Estado, archivándose definitivamente la causa en estos extremos y declarando Haber Mérito para Pasar a Juicio Oral contra los otros procesados y por los otros delitos, resolución mediante la cual se señaló fecha para el inicio del Juicio Oral el mismo que se llevó a cabo conforme es de verse de las actas de su propósito entre el veintinueve de marzo de dos mil cuatro hasta el veintiocho de junio de dos mil cuatro, terminando con la expedición de sentencia en la cual, respecto al acusado **José Enrique Crousillat López Torres**, se ordenó: "**RESERVARLE** el proceso, **REITERÁNDOSE** las órdenes de ubicación y captura a nivel internacional a fin de que sea puesto a disposición de la justicia peruana."

8. Es del caso indicar que el acusado José Enrique Crousillat López Torres estuvo sometido a un procedimiento de extradición, seguido por el Estado Peruano ante las autoridades judiciales de Argentina, desde el veinticuatro de abril de dos mil dos hasta el diez de mayo de dos mil seis, fecha en la cual fue puesto a disposición de las autoridades peruanas al haber sido amparada su extradición únicamente en el extremo del delito contra la Administración Pública – Peculado, habiéndose denegado la extradición por el delito contra la Tranquilidad Pública – Asociación Ilícita para Delinquir por lo que dicho extremo está al margen del pronunciamiento por este órgano Colegiado hasta que sea habilitado. Esta situación motivó el reinicio de la causa que se encontraba reservada en el extremo referido al acusado José Enrique Crousillat López Torres, por lo que tramitada la misma conforme lo dispone nuestro ordenamiento Constitucional y legal vigentes, se renovaron algunos estadíos procesales a efectos de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso, para el acusado Crousillat López Torres, pese a que su conducta procesal durante el decurso del proceso, denota un profundo desdén hacia la justicia.

9. Ahora bien, oída la Requisitoria Oral realizada por la representante del Ministerio Público, oídos los alegatos de la Parte Civil, del abogado defensor del acusado Crousillat López Torres, así como del Tercero Civil, y recibidas sus respectivas conclusiones escritas las mismas que obran en pliegos separados; planteadas, discutidas y votadas las Cuestiones de Hecho de conformidad con el artículo doscientos ochentiuno del Código de Procedimientos Penales ha llegado la oportunidad procesal de pronunciar Sentencia; y,

A.CUESTIONES PRELIMINARES

10. Previamente a realizar el análisis sobre el fondo, corresponde señalar que durante el decurso del juzgamiento reservado contra José Enrique Crousillat López Torres, este Colegiado dispuso que dicho juzgamiento se produzca de modo tal que se garantice el pleno ejercicio del derecho de defensa y de acusación, en observancia del principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva y garantizando el derecho al Debido Proceso Legal, por lo cual se permitió la actuación de prueba por parte del acusado como del Tercero Civilmente Responsable.

11. De otro lado, la defensa técnica del acusado Crousillat López Torres durante las sesiones de juzgamiento ejercitó diversas articulaciones procesales según sus intereses, entre ellas una **excepción de Prescripción de la Acción Penal**, la misma que fue declara infundada por éste Colegiado Superior, al considerar que en el presente caso se produjo la ***suspensión de la acción penal*** en razón de que contra dicho acusado se tuvo que seguir procedimiento de extradición activa ante las autoridades judiciales de la Nación Argentina, habiendo operado dicha suspensión entre el *veinticuatro de abril de dos mil dos*, fecha en la que se inició dicho procedimiento, *hasta el diez de mayo de dos mil seis* en que fueron entregados a las autoridades nacionales, oportunidad desde la cual el proceso penal en su contra pudo seguir con normalidad; ante esta resolución la defensa del acusado dedujo recurso de Nulidad el mismo que fue concedido *sin efecto suspensivo y con la calidad de diferido*.

    11.1. Posteriormente en la sesión del tres de agosto de dos mil seis, la defensa de José Enrique Crousillat López Torres volvió a plantear la excepción de Prescripción de la acción penal, la misma que fue declarada inadmisible, lo que fue recurrido vía Recurso de Nulidad, *concedido sin efecto suspensivo y con calidad de diferido*.

12. De igual modo la Parte Civil (Procuraduría Pública Ad Hoc) solicitó se interrumpa la prescripción de la acción penal dado que el acusado José Enrique Crousillat López Torres fue declarado reo contumaz en la presente causa; dicha solicitud fue declarada improcedente, al considerar, nuestro Colegiado, que en el presente caso antes que la interrupción de la acción penal, ha operado la suspensión de la misma conforme se explicó en el apartado anterior, resolución que fuera recurrida por el abogado defensor del acusado José Enrique Crousillat López Torres vía recurso de queja.

II.DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y ANÁLISIS DE LA PRUEBA:

A.HECHOS

13. Que de la revisión de lo actuado durante el decurso del presente proceso penal se ha llegado a corroborar el acaecimiento de los siguientes hechos:

14. Que el acusado José Enrique Crousillat López Torres, juntamente con su hijo el reo sentenciado José Francisco Crousillat Carreño, concertaron voluntades con Vladimiro Montesinos Torres, ex Asesor Presidencial y ex Asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, sentenciado en la presente causa, asumiendo el compromiso de efectuarse mutuas prestaciones, teniendo dicho acuerdo en esencia contenido ilícito, habiendo pactado ello desde **setiembre de 1998**, comenzando la ejecución de dicho contrato desde el mes de octubre de dicho año, posteriormente, el **07 de noviembre de 1999**, José Francisco Crousillat Carreño suscribió un "contrato de Locación de Servicios" como representante de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, actuando en procuración oficiosa respecto a su padre quien era el accionista principal de la empresa.

15. Que por parte del ahora sentenciado Vladimiro Montesinos Torres existió el compromiso de entregar mensualmente grandes sumas de dinero a José Enrique Crousillat López Torres y a José Francisco Crousillat Carreño, éste último sentenciado en esta causa judicial vía Terminación Anticipada de los debates orales, disponiendo, para ello de caudales estatales que se encontraban bajo su administración de facto (de Montesinos Torres) en el Servicio de Inteligencia Nacional.

    15.1. Que estas entregas mensuales de dinero se pactaron inicialmente en seiscientos diecinueve mil dólares americanos, monto que en su primera entrega se abonó al cambio en nuevos soles, equivaliendo a un millón ochocientos cincuentisiete mil nuevos soles, el catorce de octubre de mil novecientos noventiocho.

    15.2. Posteriormente, en octubre de mil novecientos noventinueve a raíz de la decisión adoptada por el ex Presidente Alberto Fujimori de postular por tercera vez a la Presidencia de la República, se reajustó dicho monto a la suma de dos millones de dólares americanos, entregándose este monto de dinero en noviembre y diciembre de mil novecientos noventinueve y en enero, febrero y marzo de dos mil, extendiéndose hasta abril y mayo, en vista de la segunda vuelta electoral, luego de lo cual continuaron recibiendo el monto pactado inicialmente.

16. Que, por parte de José Enrique Crousillat López Torres, a la sazón dueño del noventinueve por ciento del accionariado de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, además de ostentar otros cargos al interior de dicha persona jurídica, existió el compromiso –materializado por cierto– de permitir, solamente a cambio del dinero estatal que le era entregado, el manejo de la línea editorial de su medio de comunicación conforme a los intereses del gobierno de turno (entiéndase del ex Presidente Alberto Fujimori) habiendo Montesinos Torres actuado en procuración de dicho régimen y no a titulo personal; asimismo, accedió a que dicho medio de comunicación masiva se convirtiese en una tribuna para el vituperio, la ofensa gratuita y el escarnio de diversos personajes relevantes de la sociedad por el solo hecho de ser opositores al régimen de turno; habiendo utilizado parte de dicho dinero en su empresa Compañía Peruana de Radiodifusión - Canal cuatro, que atravesaba una difícil situación financiera, habiendo destinado otra parte de tal dinero para su uso particular.

17. Que, una de estas entregas de dinero, la primera, se realizó el catorce de octubre de mil novecientos noventiocho, entre los ahora sentenciados Vladimiro Montesinos Torres y José Francisco Crousillat Carreño en la ahora famosa "Salita del SIN"; mientras que otra reunión fue la acaecida el veintiséis de febrero de mil novecientos noventinueve, donde participaron Vladimiro Montesinos Torres, José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres en la misma Sala del SIN, luego de que se realizara la reunión entre Vladimiro Montesinos Torres, José Francisco Crousillat Carreño y la conductora de televisión Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez.

B.ELEMENTOS PROBATORIOS AL RESPECTO

1.Sobre la condición de administrador de facto de caudales públicos por parte de Vladimiro Montesinos Torres

18. La situación de administrador de facto, respecto de caudales públicos por parte de Vladimiro Montesinos Torres ha sido objeto de pronunciamiento en el Juzgamiento realizado en esta misma causa, contra los reos que en ese momento estaban presentes, oportunidad en la cual quedó comprobado más allá de cualquier duda que Montesinos Torres no solo ostentaba un cargo de asesor al interior del Servicio de Inteligencia Nacional, sino que era en los hechos el Jefe máximo de dicha entidad, y quien manejaba el dinero estatal que llegaba al Servicio de Inteligencia Nacional, ya sea como parte del presupuesto asignado a dicha entidad para sus funciones propias o por desviación de dinero proveniente de las Fuerzas Armadas para supuestas operaciones de inteligencia.

18.1. Que, desde aquella oportunidad aparecen en autos, además de la declaración de Montesinos Torres, los siguientes elementos probatorios, que pasaremos a citar puntualmente:

18.2. La declaración testimonial de **José Villalobos Candela** corriente a folios mil ciento tres del cuaderno "B" corroborado en el juicio oral, como consta de las actas de fecha veintiséis de abril del dos mil cuatro, quien fuera Director Técnico de la Oficina Técnica de Administración del SIN, desde marzo del ochentinueve hasta el quince de enero de dos mil uno; refiriendo que desde noviembre del año mil novecientos noventiocho recibió la orden de entregar dinero mensualmente a Montesinos Torres provenientes del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional, bajo la denominación de **P/O Reserva uno** y **P/O reserva dos**, en un monto aproximado de un millón de dólares americanos. Todo ese dinero llegaba al SIN en moneda nacional proveniente del tesoro público y luego era cambiado a dólares americanos. Para mayor detalle indica que a Montesinos Torres *"le entregaba mensualmente dos paquetes uno de dos millones quinientos mil soles y el otro de setecientos veinticinco mil soles, firmando el señor Montesinos dos recibos"*, agrega, que en algunas ocasiones por indicación de Montesinos Torres el dinero se lo entregaba a Matilde Pinchi Pinchi y luego que hacía firmar los recibos se los entregaba a Rosas Bonuccelli quedando establecido de esta manera que el dinero del cual disponía a voluntad Montesinos Torres provenía de la Hacienda Pública.

18.3. En este mismo orden de ideas es pertinente referir que en autos aparece el informe, obrante de folios mil sesentiséis a mil ciento once, donde detalladamente se establece la procedencia del dinero a través de los siguientes rubros: ***a) dinero aportado con oficio y cheque por el Ministerio de Defensa*** (años mil novecientos noventidós – hasta setiembre del dos mil), ***b) dinero aportado en efectivo por el Ministerio del Interior*** (años mil novecientos noventitrés hasta setiembre del dos mil), ***c) Dinero aportado por el Ministerio de Defensa – Oficina General de Administración*** (MD-OGA) por cuenta del Ejército Peruano, Armada Peruana y Fuerza Aérea del Perú – alicuotas (año mil novecientos noventicuatro) y ***d) Consolidado del dinero aportado al Servicio de Inteligencia Nacional de otras entidades del Estado*** (años mil novecientos noventidós hasta setiembre del dos mil), todo lo cual hace un total de doscientos cincuentiocho millones seiscientos noventitrés mil nuevos soles y también se incluye los cuadros estadísticos del incremento del presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional, que de doscientos cincuentidós mil quinientos dieciséis soles que era en mil novecientos noventa, sube hasta sesentidós millones ciento ochenta mil ciento seis nuevos soles en su pico más alto el año mil novecientos noventiocho. Igualmente se adjunta una tabla del detalle de gastos por partidas del presupuesto del Servicio de Inteligencia desde mil novecientos noventa hasta el año dos mil y aparece claramente de este cuadro estadístico que la mayor cantidad de dinero ha sido destinado al rubro acciones reservadas que es donde no se justificaba el gasto o su justificación era secreta, lo cual nos permite descartar definitivamente que los caudales administrados por Vladimiro Montesinos Torres en el Servicio de Inteligencia Nacional, fueran de procedencia privada.

18.4. Asimismo aparece en autos el Consolidado del dinero aportado al Servicio de Inteligencia Nacional proveniente de otras entidades del Estado (Años mil novecientos noventidós, hasta el mes de setiembre del año dos mil), obrante a folios once mil cincuentiocho del Cuaderno "R", aportado por el testigo José Villalobos Candela, apreciándose de dicho documento que el aporte dinerario realizado por el Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, Ejército Peruano, Fuerza Aérea del Perú y otras dependencias al Servicio de Inteligencia Nacional por el período antes señalado, ascendió a la suma de doscientos cincuentiocho millones seiscientos noventitrés mil nuevos soles, entonces el dinero que se utilizaba para los pagos que se hacía en el Servicio de Inteligencia Nacional, eran pertenecientes a la hacienda pública.

18.5. De otro lado se tiene la declaración testimonial de ***Humberto Rosas Bonuccelli,*** Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional en la época en que se producen estos hechos corriente a folios once mil treintidós del cuaderno "C", reiterada a folios dieciséis mil quinientos noventicinco del cuaderno "Y", corroborado en el juicio oral como consta en el acta de fecha tres de mayo del año dos mil cuatro, quien refiere que el presupuesto del Servicio de Inteligencia Nacional era aprobado anualmente y contenía dos partes, la primera esta referida a los gastos corrientes donde se incluye haberes de todo el personal, bienes y servicios, racionamiento, combustibles, pago de servicios públicos y la segunda parte referida a las "acciones reservadas de carácter

secreto", desdobladas en tres partes a) acciones reservadas uno cuyo monto oscilaba entre dos y dos punto cinco millones de soles, b) acciones reservadas dos cuyo monto oscilaba entre quinientos y setecientos mil soles, ambos entregados por el Jefe la Oficina Técnica de Administración Coronel Villalobos Candela a Montesinos Torres quien firmaba los recibos respectivos y c) que consistía en el saldo de los rubros anteriores de carácter secreto que era manejado por el declarante para los gastos de inteligencia y contra inteligencia, agrega que la sustentación y aprobación de dichos gastos eran remitidos al Presidente Fujimori para su visto bueno y para la firma de la Resolución Suprema de carácter secreto, la misma que era enviada al Presidente del Consejo de Ministros para su refrendo.

18.6. Para mayor precisión la declaración de este testigo refiere que durante su gestión diversas instituciones públicas y las Fuerzas Armadas hacían entregas periódicas de dinero al Servicio de Inteligencia Nacional a razón de los siguientes montos: ***Ministerio de Defensa*** setecientos cincuenta mil soles mensuales y ciento veinte mil dólares; ***Ministerio del Interior*** a través de la Dirección General de Migraciones quinientos mil soles mensuales; ***Fuerza Aérea*** aproximadamente doscientos cincuentisiete mi dólares mensuales al igual que la ***Marina de Guerra***, desconociendo el monto entregado por el Ejército, estos dineros eran recibidos directamente por Montesinos Torres a través del Comandante Fuerza Aérea Peruana, de apellido Infantes y Comandante Armada Peruana, de apellido Aponte, De todo lo cual se pudo concluir sin lugar a dudas que el dinero del que disponía Montesinos Torres era proveniente del Presupuesto de la República.

2.Del acuerdo delictivo entre Vladimiro Montesinos Torres y José Enrique Crousillat López Torres

19. En primer lugar, cabe indicar, de manera preliminar, que el acuerdo o concierto de voluntades entre Vladimiro Montesinos Torres y José Enrique Crousillat López Torres, comenzó en setiembre de mil novecientos noventiocho, fecha a la que se remonta el inicio de su relación o vinculación ilícita, pues es en dicha oportunidad, según lo ha declarado Montesinos Torres que arriba a un acuerdo respecto a la entrega de dinero de procedencia estatal para poder contar con el total apoyo del Canal cuatro, de cara a una pretendida reelección presidencial del entonces Presidente de la República Alberto Fujimori.

19.1. Pero, dadas las características marginales de dicho acuerdo, no existen vestigios materiales directos, existiendo en todo caso una gran cantidad de elementos probatorios relacionados o circunstanciales que deben ser considerados de manera conjunta y bajo criterios lógico racionales, pues ello permitirá aclarar y determinar que los hechos han sucedido como se ha expuesto anteriormente, pues desde ya decimos, un solo dicho o afirmación aislada no puede fundamentar o determinar la veracidad o falsedad de los hechos, sino que esto tiene que sustentarse con otros elementos que lo fortalezcan, corroboren, cuestionen o incluso descarten.

19.2. Dicho lo anterior queremos señalar que la existencia del acuerdo antes aludido se logra corroborar de diversas maneras, pues además de la versión de Montesinos Torres, es de conocimiento público que desde el año 1998

cuando estaba bajo la directa administración de José Enrique Crousillat López Torres y de José Francisco Crousillat Carreño, el canal cuatro, manejaba su programación, en lo que se refiere a la propalación de noticias de política nacional e internacional, o sus comentarios editoriales e incluso sus reportajes, en función a los mandatos que recibía del gobierno de turno.

19.3. Viene a la memoria, la oportunidad en la que precisamente el periodista César Hildebrant, en uno de sus programas periodísticos, propaló un reportaje en el que se podía escuchar una conversación telefónica grabada entre Daniel Borobio y José Francisco Crousillat Carreño donde se pautaba la manera en que debía manejarse el noticiero del canal cuatro, los temas que debían ser "levantados" y aquellos que debían "bajarse", habiéndose verificado que ello sucedió en la realidad, esta es una muestra de cómo dicho acuerdo se llevó a la práctica, mas adelante nos vamos a referir puntualmente a cómo establecemos que José Enrique Crousillat López Torres no era ajeno a éstos asuntos, pero antes de ello, debemos plantear claramente un concepto.

20. Los ciudadanos que viven en democracia tienen el derecho de actuar con absoluta libertad, dentro de los causes que la Constitución y las leyes en ella amparadas, lo establecen. No hay otro límite que pueda ser impuesto por el Estado al goce de dicho derecho, pues en su base se encuentra la dignidad humana como elemento fundante. La libertad como derecho reconocido por el Estado al ser humano tiene diversos ámbitos y aspectos en los que se manifiesta o realiza, por eso se habla de que hay libertad de expresión, de pensamiento, de creencia, de opinión, de conciencia, etcétera, y tan vasta es la posibilidad de goce de este derecho que inunda todo el sistema democrático, sosteniéndolo y enriqueciéndolo.

20.1. Es por ello que la intervención del Estado frente a la libertad del individuo es solamente excepcional, cuando en el ejercicio de esa libertad se vulnera el derecho ajeno, se transgrede el orden público o se vulnera algún bien jurídico relevante y protegido por el ordenamiento jurídico.

20.2. Dicho ello, cabe precisar que en el caso objeto de pronunciamiento se aprecia que el comportamiento del acusado José Enrique Crousillat López Torres respecto a éste concierto de voluntades, no puede adecuarse validamente al ejercicio regular o normal de la libertad de conciencia, de opinión o de ideología política, pues todos los indicios y pruebas muestran que su apoyo al gobierno no obedeció al ejercicio regular de este derecho (o estos derechos) sino que, lo determinante al momento de fijar su posición política fue la entrega de dinero estatal por parte de Vladimiro Montesinos Torres.

21. Ahora bien, retomando el hilo argumental, cabe indicar que el acuerdo o concierto de voluntades o más precisamente de fines, que inicialmente fue acordado, fue replanteado en función de nuevas circunstancias surgidas con posterioridad, por lo cual terminaron, ambas "partes" en un entendimiento que plasmaron en un documento, que evidencia de manera más concreta la existencia de este acuerdo, lo que a su vez brinda mayor certeza a lo vertido por Montesinos Torres a éste respecto, nos referimos al documento denominado "Contrato de Locación de Servicios", por lo que vamos a ingresar a analizar este documento.

22. Se tiene en autos, que de fojas doce mil setecientos cuarenticinco a doce mil setecientos cuarentisiete aparece en copia simple un documento intitulado "contrato de Locación de Servicios" , del ***siete de noviembre de mil novecientos noventinueve***, suscrito entre José Francisco Crousillat Carreño quien interviene como supuesto "Gerente General" del Canal cuatro – América Televisión (entiéndase Compañía Peruana de Radiodifusión - Canal cuatro) y de la otra parte "el contratante" que no consigna sus datos de identidad, argumentando razones estrictamente de confidencialidad, pero que se trataba de Vladimiro Montesinos Torres, apreciándose que las obligaciones contenidas en dicho documento eran; de un lado, por parte de "El contratante" entregar mensualmente a "El Canal" la suma de un millón y medio de dólares americanos, precisando que dicho contrato debía ejecutarse entre el siete de noviembre de mil novecientos noventinueve y el nueve de abril de dos mil.

22.1. Las obligaciones asumidas por "El Canal" en virtud a dicho contrato eran: *"a) no admitir ni pasar ninguna propaganda política directa o indirectamente a menos que sea dispuesta por "El Contratante"; b) No pasar avisos políticos de ninguna índole de los candidatos a la Presidencia de la República, al Congreso de la República o a cualquier cargo público en la Campaña electoral para el año dos mil, a menos que "El Contratante" lo solicite explícitamente; c) No promover directa o indirectamente la imagen de ninguna agrupación política, partido o movimiento político ni de sus dirigentes o representantes sin la aprobación por escrito de "El Contratante"; d) no hacer ni pasar entrevistas, debate ni reportajes a candidatos a la Presidencia y/o al Congreso de la República sin la aprobación escrita de "El Contratante"; e) No emitir ningún otro programa con contenidos que refieran explícita o implícitamente a temas políticos sin que éstos sean aceptados y/o aprobados por "El Contratante"; f) Propalar noticieros en sus horarios habituales de lunes a sábados y sacar al aire un programa político los días domingos en el horario de las veinte horas, empezando la primera quincena del mes de enero del año dos mil, cuyo contenido y titulares serán coordinados y aprobador por "El Contratante"; g) Revisar diariamente con "El Contratante" el contenido de todos los titulares y todos programas noticiosos antes de que estos sean propalados a nivel nacional, debiendo incorporar las observaciones que "El Contratante" considere necesarias así como incluir los temas que éste decida en dichos noticieros; h) Durante cada emisión el Programa "Laura en América", "El Contratante" dispondrá del tiempo que sea necesario para desarrollar los contenidos que estime conveniente; i) Responder por las declaraciones que emita su personal a través de otros medios informativos, televisivos o radiales que no sigan los lineamientos del presente Contrato; j) Reunirse con "El Contratante" las veces que sean necesarias a efecto de hacer las coordinaciones pertinentes para el mejor cumplimiento de lo establecido en el presente contrato."*

22.2. Por su parte "El Contratante" se comprometía a: *"a) cumplir puntualmente con el pago de las mensualidades acordadas; b) coordinar oportunamente con "El Canal" la revisión de los programas noticiosos y el Programa político dominical y c) Realizar las demás acciones que sean menester",* acordando además que como garantía del cumplimiento de sus obligaciones, "El Canal"

firmará una letra de cambio al portador por el monto que mensualmente recibe y luego de transcurrido dicho término, esta sería incinerada y renovada por un nuevo título valor en las mismas condiciones hasta la conclusión del contrato; de igual modo se pactaron penalidades por incumplimiento.

22.3. Finalmente se pactó que: *"El Contratante" podrá ejercer durante la vigencia* (del contrato) *el derecho de veto sobre la participación de cualquier comentarista o periodista de "El Canal"*, declarando haber suscrito dicho contrato en un solo ejemplar que quedó en manos de "El Contratante".

23. Este "Contrato de Locación de Servicios" como lo han señalado en su oportunidad la Parte Civil, al igual que los abogados defensores, tanto del imputado José Enrique Crousillat López Torres como del Tercero Civilmente Responsable, no refleja un acto jurídico válido, por distintas circunstancias que inciden en consideraciones formales, es decir, que quien interviene en representación de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, no tenía las facultades de representación o que dicho contrato no ha observado la forma estipulada en el estatuto social para su validez, etc., pero mas allá de estas circunstancias, que resultarían extremadamente relevantes si nos encontráramos frente a una contienda de contenido netamente patrimonial o de tipo eminentemente societario, en el contexto de un proceso penal como el presente tienen una relevancia relativa, pues lo que esta en discusión en esta causa nos impone trascender en el análisis jurídico, para incidir en el concierto de voluntades que subyace, que subsiste, bajo el "ropaje" aparente del mentado "contrato de Locación de Servicios".

24. Es innegable que dicho documento no refleja un acto jurídico en los términos regulados en el artículo 140° de nuestro Código Civil, pero ello se debe a que dicho documento fue redactado de modo *ex profeso* para aparentar una circunstancia "regular", un contrato de Locación de Servicios, pero quienes aparecen como pseudo "contratantes" en realidad estaban pactando, bajo dicha apariencia, la prestación mutua de conductas ilícitas, las mismas que comprendían, por un lado el pago de dinero de procedencia estatal por parte de Montesinos Torres, denominado en el contrato como "El Contratante", y de otro lado la puesta a disposición de la línea editorial del Canal cuatro, por parte de su propietario, el acusado Crousillat López Torres, lo que aun cuando no aparece en dicho documento, se llega a determinar en función de otras pruebas que analizadas en su conjunto nos permite arribar a dicha conclusión, conforme pasaremos a señalar:

25. Cabe reiterar una vez más, que no es ilícito que un broadcaster tenga afiliación política determinada y que en función a ello dirija u oriente a su medio de comunicación en esa línea, pero la ilicitud surge cuando es el funcionario público que maneja fondos o caudales estatales le hace entrega de estos para que dicho broadcaster asuma una línea editorial en su medio.

25.1. Esto podría incluso llevarnos a una reflexión mayor, pues es importante señalar que como cualquier ciudadano, un dueño de medio de comunicación, puede tener las convicciones ideológicas, políticas, religiosas, etc., que quiera, y es libre de expresarlas del modo que lo crea pertinente dentro de los márgenes de la ley. Lo que resulta delictivo es que reciba dinero estatal, proveniente de los impuestos ciudadanos, de manera ilegítima, es decir no se

reprocha penalmente su ideología o el ejercicio de su libertad, ni aun la manera en que se comporta posteriormente a la entrega de dinero, respecto a lo que se puede discrepar democráticamente, pero no condenar por ese mero hecho; siendo en todo caso considerado, esto último, al momento de determinar el merecimiento de pena o el quantum de la misma.

26. Ahora bien, a partir de lo señalado por el sentenciado **Vladimiro Montesinos Torres**, quien respecto a éstos hechos admitió su responsabilidad penal, conforme aparece en su declaración a fojas quince mil setecientos sesentidós, y continuada a folios quince mil ochocientos cincuenticinco y folios quince mil novecientos cuarentiuno, donde indica que la entrega de dinero a los directivos del canal cuatro fue una decisión de Fujimori Fujimori a fin de que este medio de comunicación se ponga al servicio del gobierno y se acordó que desde el mes de Octubre de mil novecientos noventiocho se les hiciera una entrega mensual de seiscientos diecinueve mil dólares americanos, debiendo reajustarse dicho monto cuando empiece formalmente la campaña electoral, habiendo indicado detalladamente lo siguiente:

26.1. "Luego en reunión sostenida en las oficinas del Presidente en Palacio de Gobierno en el mes de setiembre de mil novecientos noventiocho, conversando sobre éste tema de los Crousillat, decidió acceder a su pretensión, esto es que se entregara a partir del mes de Octubre la suma de seiscientos diecinueve mil dólares americanos y que éste rubro se reajustaría cuando se ingresara a la fase electoral. Para este efecto dispuso que el Ministro de Economía de ese entonces el Ingeniero Víctor Joy Way conjuntamente con el Vice ministro de Economía, Alfredo Jalilie Awapara y con el actual Vice ministro de Economía, Reynaldo Bringas, dispusieran la remisión de una partida ampliatoria y adicional al Ministerio de Defensa para que dicho portafolio a su vez la derive al Servicio de Inteligencia Nacional y éste recepcione dichos fondos para que el instruyente luego de recibirlos, es decir los fondos del Estado, lo entregue a los inculpados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres. Es decir la decisión de transferir fondos del Estado para un uso indebido partió del propio Presidente Alberto Fujimori Fujimori, (…) para lo cual incluso los señores Alfredo Jalilie Awapara y Reynaldo Bringas le pidieron al deponente que viniera el General Eduardo Muente Scwartz quien era el Jefe de la OGA del Ministerio de Defensa y en las propias instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional coordinó con éstos la forma como el Ministerio de Defensa debía efectuar por escrito el pedido de fondos al Ministerio de Economía para los fines antes mencionados y en ese sentido Defensa remitía un oficio a Economía, y Economía le calendarizaba esa ampliación trimestralmente y así sucesivamente y luego de este procedimiento administrativo con aparente visos de legalidad y formalidad siguiendo las órdenes del Ingeniero Fujimori con conocimiento de todos los funcionarios públicos antes mencionados, lo que incluye a los Ministros de Defensa Carlos Bergamino Cruz y si mal no recuerdo César Saucedo Sánchez y posteriormente venía el General Muente y los entregaba al Coronel Villalobos, en efectivo y en moneda nacional y luego éste último por orden del Presidente procedía a realizar el cambio a moneda extranjera. La primera entrega que se materializa el catorce de Octubre de mil novecientos noventiocho y que

aparece en el vídeo donde el declarante entrega la suma de un millón ochocientos cincuentisiete mil nuevos soles, que equivalía en moneda extranjera en esa época, la suma de seiscientos diecinueve mil dólares americanos y que fueron entregados a los coprocesados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, en esa primera ocasión y como ellos estaban requeridos urgentemente de dinero, me presionaron para que la entrega se la hiciera en moneda nacional y que a partir del siguiente mes fuera en dólares americanos como que efectivamente sucedió. Igualmente debo de manifestar (…) que los referidos coinculpados hicieron una oferta al instruyente para conversar ellos con Genero Delgado Parker a efectos de impedir la salida de un programa periodístico que dirigía el periodista César Hildebrant y que por ese concepto según refirieron ellos, con cuatro millones de dólares americanos se arreglaba el problema del señor Genaro Delgado Parker; ésta información la transmitió el declarante al Ingeniero Víctor Joy Way Rojas Ministro e Economía y Presidente del Consejo de Ministros quien habló con el señor Andrés Marsano Porras, dueño del diario "El Sol", quien donó esos cuatro millones de dólares americanos y que fueron entregados en las propias instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional por éste al declarante, quien a su vez entregó a los Crousillat en presencia del Presidente del Consejo de Ministros, Víctor Joy Way Rojas, quienes se comprometieron con ese dinero pagarle al señor Genaro Delgado Parker para que no saliera al aire César Hildebrant, como así sucedió, en el mes de Noviembre de mil novecientos noventiocho, no constándome que ese dinero le hayan entregado a Genaro Delgado Parker, pero si hay un hecho real de que Hildebrant no salió al aire y según el dicho de éstos co—inculpados fue por el pago que ellos habrían entregado al referido Delgado Parker. Es decir, el Primer Ministro Joy Way Rojas supo de este hecho, del cual le informamos ambos al Presidente Fujimori, quien permanentemente insistía que no saliera al aire el citado señor Hildebrant porque venía haciendo difusión criticando el acuerdo de Paz con el Ecuador, concretamente en el tema de Tiwinza, responsabilizando al Jefe de Estado como un acto de claudicación histórica al ceder un espacio de territorio al Ecuador en una especie de enclave territorial en nuestro propio territorio. Independientemente de este hecho puntual son testigos de la presencia de Andrés Marsano y de su entonces secretaria Doña Milagros Huamán Lu en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, es el entonces Sub – Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, General el Ejército Roger Burgos León, quien lo recibía y atendía en sus oficinas hasta que llegara el declarante para conversar en las diversas oportunidades que ha venido a visitarme al Servicio de Inteligencia Nacional, igualmente son testigos de la reunión de los inculpados Crousillat padre e hijo con el Ingeniero Joy Way Rojas y el declarante, los Capitanes Mario Ruíz Agüero y Wilber Ramos Viera, quienes incluso ayudaban a los señores Crousillat a bajar las bolsas o maletines que contenían los cuatro millones de dólares y cada vez que no venía, José Francisco Crousillat Carreño recepcionaba la cuota mensual solo, porque su papá se encontraba constantemente de viaje en el extranjero. Posteriormente luego de cumplirse con éstas entregas mensuales en el mes de Octubre de mil novecientos noventinueve sabiendo ya por anticipado que Fujimori iba a candidatear en el proceso electoral del año dos mil y conforme

se acordara el año mil novecientos noventiocho, cuando se iniciaran las entregas, ellos exigieron reajustar el monto asignado, incrementándolo a la suma de dos millones de dólares americanos, vale decir ala cantidad que recibían mensual, debía agregarle un millón y medio pero quedamos cerrando todo el concepto en dos millones, por este motivo transmití nuevamente el pedido al Presidente Fujimori de que los inculpados Crousillat Carreño y Crousillat López Torres exigían que se les pagara durante los meses de noviembre y diciembre del noventinueve, enero, febrero y marzo del dos mil, la suma de un millón y medio de dólares adicionales a la que ya se le venía dando, por lo que nuevamente, éste dispuso al señor Alfredo Jalillie Awapara y al señor Reynaldo Bringas que incrementaran las transferencias de fondos al Ministerio de Defensa utilizando la misa modalidad anterior, es decir la concurrencia del General Muente y todo el trámite administrativo, sabiendo éstos que ese dinero era para pagar al canal cuatro. En esta oportunidad el Presidente Fujimori le exigió al declarante de que José Francisco Crousillat Carreño firmar un contrato asumiendo obligaciones para que en base a ello pudiera cumplir con las exigencias del Gobierno, lo que efectivamente se hizo y adicionalmente cada vez que se les entregaba el dinero en las propias instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, José Francisco Crousillat Carreño me firmaba una letra de cambio en garantía por el dinero que recibía y que era canjeada al mes siguiente cuando se le entregaba la nueva cuota. Vale decir que a partir del mes de Noviembre de mil novecientos noventinueve a hasta el mes de Abril del año dos mil, canal cuatro recibió dos millones de dólares mensuales, lo que hace un total en ese lapso de diez millones de dólares con fondos provenientes del Estado, entregados por el declarante por orden del Presidente Fujimori, para favorecer su reelección presidencial, con conocimiento Alfredo Jalilie Awapara y Reynaldo Bringas y del Ministro de Defensa Carlos Bergamino Cruz, pero como quiera que en el mes de Abril no se ganó en primera vuelta y las elecciones se prologaron al mes de Mayo, los Crousillat insistieron que se le volviera a pagar la misma cuota para el mes de Mayo o sea ya no fueron diez sino doce millones, lo que efectivamente se volvió a ser la gestión y en el mes de Mayo se les entregó dos millones de dólares y en el mes de Junio y Julio del dos mil, después de haberse ganado las elecciones se bajó la cuota a la misma cantidad que inicialmente se les entregara, haciendo el mismo procedimiento administrativo"

26.2. Contribuye a establecer la certeza de estas afirmaciones y la voluntad manifiesta del gobierno, que se ejecutaba a través de Montesinos Torres, de asumir el control de los canales de televisión, el hecho de que en la realidad se verificó el cumplimiento del acuerdo, lo que en si mismo no es delito, pero lo que si constituye un ilícito penal es la manera en que se consiguió dicho control, es decir, disponiendo y entregando dinero estatal, que ordinariamente debería ser encaminado a cumplir los fines propios de la función pública, pero que en este caso fueron distraídos para atender requerimientos ajenos a la función propia a la que estaban destinados, siendo aplicados a conseguir los intereses individuales de quienes en ese instante se encontraban en ejercicio del poder.

26.3. Es importante indicar que ésta declaración por si misma, no es asumida en su integridad, pues en su interior hay elementos que por diversos motivos son imprecisos o falsos, por lo cual, a efectos de asignar veracidad a lo sostenido por Montesinos Torres es necesario, como lo señalamos desde un principio, confrontar esto con otros elementos probatorios que existen en autos, a efectos de arribar a conclusiones adecuadas respecto a la veracidad de estos dichos, reiterando que la sola sindicación de una persona no es suficiente para determinar la veracidad o falsedad de lo imputado, sino que ello debe estar además sustentado en otros elementos probatorios que lo certifiquen o le den verosimilitud.

27. Es así que tenemos, de la observación de los **videos**, marcados con los números ***mil doscientos y mil doscientos uno***, rotulados **"reunión Dr. - Crousillat"** de fecha catorce de octubre de mil novecientos noventiocho, cuya trascripción corre a folios doce mil noventicuatro de Tomo "T", y que fueran visualizados en el juzgamiento anterior, seguido contra los reos presentes en ese momento, de donde se desprende con absoluta claridad la concertación que había entre los diferentes dueños de los medios de comunicación en apoyar a toda costa el proyecto de permanencia en el poder hasta el año dos mil cinco, del ex Presidente Fujimori, para cuyo propósito el procesado José Francisco Crousillat Carreño, actuando en su calidad de miembro del Directorio de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, Canal cuatro, y razonablemente en representación de su padre el acusado José Enrique Crousillat López Torres, recibió como contraprestación de su sometimiento a los designios del poder la suma de un millón ochocientos cincuentisiete mil nuevos soles como parte de pago de una primera cuota que obedecía a un calendario de pagos preestablecido, debiendo considerarse ello conjuntamente con el hecho de la admisión de los cargos imputados formulada por José Francisco Crousillat Carreño al consentir la acusación que le formuló el Ministerio Público, al someterse a la Terminación Anticipada de los Debates Orales, en este juzgamiento oral, luego de su extradición.

27.1. Para mayor claridad, es pertinente indicar que en el mencionado vídeo, se observaba a Crousillat Carreño esperando en la famosa salita del Servicio de Inteligencia Nacional, y junto a un árbol artificial se aprecian dos bolsas de polietileno blancas, al ingresar Montesinos Torres tienen un trato amical bastante estrecho y luego de una conversación introductoria sobre algunos programas de televisión y especialmente sobre la forma como anularían al que denominan "enano" de la Televisión, (en referencia probablemente a Cesar Hildebrant y su programa de televisión) Montesinos Torres inicia el siguiente dialogo: ***"el otro tema que quería hablarte es sobre mejorar el esquema del trabajo"*** en ese mismo instante abre un fólder Manila lo pone sobre la mesa y dice lo siguiente: ***"estamos tratando el mes de octubre, noviembre y diciembre y todo el año mil novecientos noventinueve, me he equivocado es julio y la suma de todo esto va hasta julio dividido y al cambio, no he tenido tiempo para cambiarlo"*** al mismo tiempo que va hablando extrae de las bolsas un total de seis paquetes de billetes y los coloca encima de la mesa y luego de contarlas indica que hay un millón, luego toma la otra bolsa y repite la misma operación ***"el dinero lo he***

traído así, trabajando bien vamos a llegar a nuestro objetivo el de llegar hasta el dos mil cinco y en cinco años vamos a tener más capacidad de manejo económico por eso tenemos que ponernos de acuerdo todos" y procede a contar el total del dinero ***"es un millón ochocientos cincuentisiete, que hacen los seiscientos diecinueve mil dólares"*** es de esta manera como se produce objetivamente el diálogo y la entrega de dinero.

28. Es del caso indicar que si bien en éste video no aparece el acusado José Enrique Crousillat López Torres, del contenido de la conversación entre los dos personajes que intervienen se puede deducir, que el acusado José Enrique Crousillat López Torres conocía de dicho acuerdo y que su no participación se explica en, como lo ha sostenido en las audiencias del juicio oral realizado en esta oportunidad, que gran parte del tiempo no se encontraba presente en el país, razón por la cual, colige éste Colegiado, intervino su hijo como representante. Lo que es totalmente racional, pues es lógico que Montesinos Torres al querer tener el control sobre la línea editorial (entiéndase sobre los temas de política nacional) de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión - Canal cuatro, requería que el acuerdo sobre tal aspecto sea realizado con quien tenía el poder real en la empresa, es decir el propietario del canal o su socio mayoritario, que en el presente caso era el acusado José Enrique Crousillat López Torres, y ello porque cualquier acuerdo con un socio minoritario o con alguien de menor poder al interior de la empresa podía ser desconocido o simplemente no ejecutado por un eventual veto del socio mayoritario.

28.1. Lo anteriormente expuesto, es también sostenido en parte por el propio acusado José Enrique Crousillat López Torres, al sostener: ***"(...) el señor Vladimiro Montesinos Torres, no me hizo firmar a mí, que soy el dueño del canal, y lo hizo firmar a mi hijo que es dueño del uno por ciento, no entiendo, o sea que esta mintiendo el señor Vladimiro Montesinos Torres, porqué no me hizo firmar a mí, si él sabía que yo era el dueño"***, a lo cual la representante del Ministerio Público repuso, *"porque Vladimiro Montesinos Torres al respecto, dice que usted no paraba en el país, que paraba de viaje"* a lo cual replicó: ***"ah, que gracioso, pero me llamó"***

28.2. En otro momento, ante una pregunta de la Parte Civil sostuvo, ***"yo no he revisado ningún contrato, ya lo he dicho, porque no era mi labor en el Perú, en este momento revisar ningún contrato, yo era el Presidente del Directorio del Canal y tenía muy pocas oportunidades de poder asistir a las reuniones de Directorio, a ver las cosas más importantes del canal, no contratos de ventas, que eso lo manejaba el Director General y el Departamento de Ventas".***

28.3. Ello justifica y explica la intervención de José Francisco Crousillat Carreño quien no intervino en este "acuerdo" como accionista minoritario o como Director de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro únicamente, sino como un representante de facto del acusado José Enrique Crousillat López Torres, lo que resulta mucho mas razonable si lo aunamos al hecho objetivo de que se encuentran unidos por lazos familiares,

por lo cual fue constituido como interlocutor válido entre Montesinos Torres y José Enrique Crousillat López Torres.

28.4. Es del caso acotar que el acusado José Enrique Crousillat López Torres al ser interrogado respecto a cuales fueron los actos o acuerdos que asumió en representación de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, indicó que: ***"no tenía una participación activa en el canal (...) trabajaba en los Estados Unidos el cien por ciento de mi tiempo, dedicado al trabajo que me había encomendado Televisa, yo venía esporádicamente a que me presenten el presupuesto anual de resultado o de estimados para el próximo año, pero no tenía una participación activa en el canal"***, Y al ser interrogado respecto a quién tenía la representación de la empresa acá en el Perú, indicó: ***"mi hijo era el Presidente Ejecutivo, y después había Gerentes en cada área, Gerente General, Gerente Financiero, Gerente de Ventas, etc. en general"***

28.4.1. En otro momento del interrogatorio, cuando se le pidió que explique porqué no indagó la razón por la cual, según su versión, cuando ingresó a la Sala del SIN donde estaban previamente reunidos su hijo José Francisco Crousillat Carreño y Vladimiro Montesinos Torres, estaba el dinero sobre la mesa, refirió ***"yo sabia que mi hijo había firmado un contrato"***, luego rectificándose indicó: ***"no mi hijo, el Canal Cuatro había firmado un contrato de Locación de Servicios con el gobierno, eso fue lo que me dijeron a mí (...) no me llamo la atención de que era un pago de lo que pudieran estar haciéndole por ese contrato, por eso no me llamó la atención ni comentamos siquiera el asunto"***, para mayor abundamiento cabe referir lo que sostuvo mas adelante ante una pregunta de su defensa: "***¿PREGUNTADO PARA QUE DIGA***, *en relación con el tema del contrato, para precisar, el día veintiséis de Febrero del año dos mil uno, en la famosa salita del SIN, el contrato estuvo a su vista, se lo indicaron que lo iba a firmar, o no firmar, o no había el contrato en ese momento? DIJO: Que, no, no había nada, ni siquiera hablamos del tema, nosotros no hemos hablado ni de plata ni de contrato ni de nada en el SIN,* ***yo sabía de la firma de un contrato meses antes****, por eso no me llamó la atención cuando pasamos a otros temas, y no se tocó ese tema para nada".*

28.4.2. Posteriormente, cuando se le preguntó respecto a sí sabía que ese dinero era para pagar por el contrato, indicó que ello era así y que quien le informó de ello fue su hijo, agregando que éste último tenía la facultad para firmar ese tipo de contratos, pero que para que sea completo tenían que haber dos firmas, agregando que personalmente él no vio tal contrato, ni conoció de él, teniendo únicamente la referencia que le dio su hijo, negando haber conocido los términos de negociación del mismo.

28.4.3. Lo cual tiene que confrontarse con lo vertido por el propio Montesinos Torres quien sostuvo que: ***"(...) y cada vez que no venía, José Francisco Crousillat Carreño recepcionaba la cuota mensual solo,***

porque su papá se encontraba constantemente de viaje en el extranjero".

29. Si a esta evidencia agregamos los vídeos observados en las audiencias de este juzgamiento oral, números **1348** titulado *"REUNIÓN DR.-CRUSILLAT (H) – GISELA 26/02/99"*, además del **1349** y del **1350**, donde aparecen José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, conversando con Montesinos Torres, corroborándose a través de estas imágenes el trato amical y de confianza entre ellos, lo que resulta absolutamente contradictorio con lo que tanto el propio acusado, como su abogado defensor han argumentado, pues el vocabulario utilizado, las expresiones empleadas, además de sus modales y la manera de comportarse permite darse cuenta de que no eran desconocidos entre sí, aun más, que sus vínculos no eran meramente protocolares o de cortesía, sino que había un trato muy cercano, de confianza, bromeándose mutuamente e intercambiando puntos de vista con absoluta confianza y desenfado.

29.1. Además de ello, cabe aclarar que dicha reunión se produjo a continuación de la reunión sostenida entre Gisela Valcárcel, José Francisco Crousillat Carreño y Vladimiro Montesinos Torres, el veintiséis de febrero de mil novecientos noventinueve, lo cual evidencia además de la constante presencia de Crousillat Carreño en el Servicio de Inteligencia Nacional, que en este lugar se conversaba y se coordinaba cotidianamente la línea editorial del canal cuatro de televisión, según se colige del contenido de las conversaciones siendo lo central en sus pláticas ensalzar la imagen del ex Presidente Fujimori y de su gobierno, así como menoscabar la reputación y honra de sus opositores a través de los programas de televisión de dicho canal, a cambio de lo cual éste último le entregó en varias oportunidades diversas sumas de dinero.

29.2. Cabe precisar que en el video **1348**, como se dijo anteriormente, se encuentra registrada la reunión entre Gisela Valcárcel Álvarez, José Francisco Crousillat Carreño y Vladimiro Montesinos Torres, al finalizar la cual, se quedó Crousillat Carreño conversando con Montesinos Torres, esperando que José Enrique Crousillat López Torres sea conducido a las instalaciones del SIN, quien al llegar inicia una conversación con los anteriormente nombrados, apreciándose que luego de transcurridos unos minutos de diálogo, Montesinos Torres indica: "voy a traer el maletín, a traer la medicina, la medicina", a lo que José Francisco Crousillat Carreño sonriente responde: ", no, los libros, los libros", produciéndose un corte en la filmación, editada en su origen, para pasar al momento en que Montesinos Torres ya está otra vez sentado en el sofá que estaba ocupando, apreciándose que a sus pies aparece un maletín oscuro, del cual va sacando varios fajos gruesos de dólares americanos, que va colocando en la mesa de centro que había en dicha sala de reuniones, mientras que José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres continúan conversando entre sí y con él, hasta que en un momento Montesinos Torres les indica: ***"uno, dos, tres, cuatro, cinco, quinientos; uno, dos, tres, cuatro, cinco, un millón"***, ante lo cual José Enrique Crousillat López Torres se dirige a Montesinos Torres y le dice: ***"¿eso es enero y febrero?"*** a lo que Montesinos Torres responde: ***"sí, enero y febrero"***, e inmediatamente después José Francisco Crousillat Carreño dice: *"un palitroque"*, e inmediatamente José Enrique Crousillat López Torres le dice:

"un palitroque doscientos", luego de lo cual Montesinos Torres continuó contando el dinero y Crousillat Carreño le dijo: ***"eso otro es la yapa"*** y todos rien estruendosamente; terminado el conteo del dinero, los tres continuaron conversando cortándose la cinta en este momento, cuando el tema de conversación era el reloj de pulsera que tenía Montesinos Torres.

29.3. Que los videos **1349** y **1350**, son la continuación del video anterior, es decir comienza en el momento en que los Crousillat comentan sobre el reloj de pulsera de Montesinos Torres y continúan conversando sobre asuntos financieros que atañían al canal cuatro, y en un momento dado se aprecia que Montesinos Torres comienza a guardar el dinero en el mismo maletín en el que trajo el dinero, luego de lo cual le acerca dicho maletín a José Francisco Crousillat Carreño, hasta el momento en que terminan la conversación y se aprecia que éste recoge el maletín y se retira juntamente con su padre.

29.4. El contenido de estos videos es altamente esclarecedor, pues desbarata absolutamente los argumentos de defensa del acusado José Enrique Crousillat López Torres, pues de los diálogos que tuvieron en tal oportunidad se desprende con meridiana claridad que José Enrique Crousillat López Torres no era ajeno al supuesto "contrato de Locación de Servicios" que en realidad era un concierto de voluntades de carácter ilícito, sino que estaba al tanto del mismo, de sus plazos de ejecución, de los meses que correspondía el pago que se estaba realizando, además de los montos a los que ascendía tal pago.

29.5. Otro asunto que es igualmente ilustrativo es que a diferencia de lo que sostuvo José Enrique Crousillat López Torres al responder al interrogatorio realizado en el presente juzgamiento donde refirió, respecto a sus reuniones con Montesinos Torres en el Servicio de Inteligencia Nacional, que: *"(…) la tercera vez, no me puedo olvidar la fecha, porque la he leído y re leído veinticinco veces, es el veintiséis de febrero del noventinueve, donde yo acabo de llegar a Lima un día antes, me llama mi hijo y me dice que el Doctor Vladimiro Montesinos Torres quiere hablar conmigo, le digo que me estoy yendo a la playa, yo había ido con mi mujer y mis hijos chicos, me dice cinco minutos, le digo me estoy yendo a la playa ahora, porqué no lo pasamos para el lunes, cinco minutos, y te vas, mira que el doctor quiere verte, ok, te mandamos un auto; me mandaron un auto, me recogió en mi departamento, que el Canal tenía cuando yo venía, y me llevaron al Servicio de Inteligencia, entramos por una puerta, un garaje, por una escalerita y accedimos a una sala, en esa sala, cuando yo entré estaba mi hijo y Vladimiro Montesinos Torres de traje, acababan de tener una reunión con Gisela Valcarcel, encima de una mesa había dinero, ya el dinero estaba ahí cuando yo llegué, entré, me senté y comenzó una conversación totalmente inocua, que esta registrada en la transcripción que mi abogado me ha alcanzado para que me entere de que cosa hablamos, porque yo no me acuerdo de que cosa hablamos, inmediatamente de eso terminó la reunión y me fui, esa fue la tercera vez que yo fui al Servicio de Inteligencia Nacional"*, que ello no es cierto, pues en el video 1348 se aprecia que el dinero no estaba sobre la mesa como sostuvo, sino que es Montesinos Torres quien lo trae luego de transcurridos varios minutos de la llegada de José Enrique Crousillat López Torres a la reunión.

29.6. Asimismo que no es cierto que haya sostenido una conversación inocua, sino que conversaron sobre su relación económica con Genaro Delgado Parker, la deuda que éste le tenía y sobre los problemas económicos que aquel afrontaba, así como que esta situación le permitía tener una suerte de espada de Damocles sobre Delgado Parker, lo que obligaría a que éste evite la salida del programa del periodista César Hildebrand; de otro lado conversaron respecto a la manera de perjudicar al accionista mayoritario del canal nueve - ATV, así como la estrategia que se había seguido para sacar del aire a Cecilia Valenzuela y otros periodistas de dicho canal por ser contrarios a los intereses del gobierno de turno en ese momento; asimismo conversaron respecto a temas relacionados a la situación en que se encontraba su empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, respecto a contratos que había suscrito con otras entidades y que no habían sido honrados, así como los problemas financieros que atravesaban en esos momentos por deudas con la banca privada, además de otros temas diversos, de lo cual se concluye que en realidad había una identificación en los fines ilícitos perseguidos por ambas partes, lo que en su momento, de un lado, motivó la celebración del ficticio "contrato de Locación de Servicios" y de otro lado, en su momento mereció la condena por Asociación Ilícita para Vladimiro Montesinos Torres y para José Francisco Crousillat Carreño.

29.7. Otro asunto que es necesario resaltar es que a pesar de que Montesinos Torres estuvo mas de treinta minutos conversando a solas con José Francisco Crousillat Carreño en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, no aprovechó esta circunstancia para entregarle el dinero, pues según versión del acusado José Enrique Crousillat López Torres, tal "pago" obedecía a un acuerdo entre su hijo y Montesinos Torres, pero se aprecia en el video que esperan a que llegue José Enrique Crousillat López Torres a la reunión para proceder a la entrega del dinero, y además de ello, parte de la conversación se realiza conforme lo señalamos en el apartado 29.2, lo cual muestra que su presencia allí no era circunstancial, o que había sido citado exprofesamente para ser filmado en esas circunstancias por su interlocutor, pues de ser cierto ello, en modo alguno habría preguntado sí el pago correspondía a enero y febrero, o menos aun habría acotado el dicho de su hijo en cuanto al monto del dinero que debían recibir, lo cual evidencia que su presencia allí fue para recibir el dinero de caudales estatales directamente junto con su hijo.

29.8. Este comportamiento no era circunstancial, casual o excepcional, sino que respondía a un proyecto previamente orquestado y planificado, encaminado a viabilizar la continuación en el poder de quienes lo detentaban en ese momento, por lo que uno de los actores (Crousillat López Torres) no dudó en someter la línea editorial de su medio de comunicación masiva, al manejo del régimen de turno, y el otro (Vladimiro Montesinos Torres) tampoco tenía reparo en pagar ingentes sumas de dinero por esa "prestación de servicios", quedando demostrado de esta manera la estrecha vinculación existente entre el acusado Crousillat López Torres, el sentenciado anticipadamente Crousillat Carreño y el condenado Montesinos Torres, quienes se comportaban como buenos y entrañables amigos, además de excelentes negociantes a costa de la

pobreza de muchos peruanos que requerían de esos dineros para los planes de atención social, lo que le da gravedad al delito.

29.9. Para mayor abundamiento, se tiene lo vertido por ***Alberto Venero Garrido*** en su declaración testimonial que aparece a folios dieciocho mil novecientos ochentiséis, donde refirió que Montesinos Torres le comentó que necesitaba la suma de treinta millones de dólares, aproximadamente, para mantener la prensa escrita y televisiva, refiriendo puntualmente que Montesinos le refirió que tenía un compromiso de pago con los Crousillat por una suma aproximada de un millón cuatrocientos mil dólares, entonces aún cuando dicha versión aislada no tendría mayor mérito probatorio en el conjunto de las pruebas actuadas, definitivamente contribuye al mejor conocimiento de la forma tan grosera y desvergonzada como se actuaba buscando satisfacer los intereses del grupo de personas que ejercían el poder, sin ningún escrúpulo o consideración frente a los dineros públicos, apreciándose que el dispendio era desmesurado, habiendo intervenido no solo tal funcionario público, sino que contó con el concurso del acusado José Enrique Crousillat López Torres accionista mayoritario del Canal cuatro de televisión, quien recibió los caudales públicos.

3.El contenido ilícito del acuerdo entre Montesinos Torres y José Enrique Crousillat López Torres

30. Un asunto sumamente importante a considerar es el relacionado al contenido u objeto del acuerdo al que arribó el imputado José Enrique Crousillat López Torres con Vladimiro Montesinos Torres.

31. De parte de José Enrique Crousillat López Torres existía el compromiso de poner a disposición de Vladimiro Montesinos Torres, quien actuaba por cuenta e interés del gobierno de turno, la línea editorial del canal cuatro – América Televisión, lo que en sí mismo no es un acto ilícito, pues, como lo hemos venido sosteniendo, si un canal de televisión quiere ser oficialista, quiere defender o realzar las acciones del gobierno, tiene el pleno derecho de serlo y hacerlo, debiendo, quien no comparte dicha opción política o ideológica respetar tal postura de manera tolerante y democrática, pero en el caso que nos ocupa, no se verifica que el alineamiento con la "postura oficialista" haya sido por convicción sino que la entrega de la línea editorial de dicho canal fue realizado a cambio de dinero del Estado, siendo esto último lo que determina la ilicitud de su conducta.

31.1. De lo que se trata es de tener siempre presente que todos los ciudadanos son libres de expresar su parecer político y sus afinidades con la ideología que estime conveniente. El Estado garantiza que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho a la libertad de conciencia y de pensamiento, en el sentido mas amplio de la expresión, de manera irrestricta y dentro de los márgenes de la legalidad.

31.2. Lo que en este caso se sanciona, no es que el acusado José Enrique Crousillat López Torres se haya alineado con el gobierno de turno en el momento objeto de investigación, pues él como todos los demás ciudadanos era, y aun es, libre de optar, de decidir a quien apoyar, incluso a través de su medio de comunicación social. Pero, lo que resulta sancionable penalmente en este caso

es que dicho ciudadano haya recibido dinero del Estado, proveniente del presupuesto público, que como es conocido se financia con los impuestos ciudadanos.

31.3. Para finalizar este tópico, y para aclarar aun más lo expresado, es del caso sostener, que merecería igual reproche penal si en lugar de apoyar al gobierno, hubiese realizado una campaña en contra, o simplemente se hubiera mantenido al margen en una actitud neutral, a cambio de dinero del Estado, pues en cualquier escenario, éste hecho es el que configura el delito de complicidad en Peculado por Apropiación.

4.De la entrega del dinero

32. No existe el menor resquicio de duda respecto a la materialización del acuerdo ilícito al que arribaron Vladimiro Montesinos Torres y José Enrique Crousillat López Torres, pues existen registros en audio y video que muestran hasta dos oportunidades en las que Montesinos Torres hizo entrega de dinero de procedencia estatal en ejecución del acuerdo al que había arribado con José Enrique Crousillat López Torres, siendo simplemente anecdótico que la entrega haya sido realizada a José Francisco Crousillat Carreño y no directamente a José Enrique Crousillat López Torres pues como ha quedado suficientemente acreditado para el Colegiado, ambos personajes tenían pleno conocimiento de los términos del acuerdo delictivo, e incluso estaban al tanto de su cumplimiento.

5.De la plasmación del acuerdo delictivo

33. Por otro lado, es pertinente señalar que durante la época previa y durante la campaña electoral del año dos mil, el canal cuatro, así como casi la totalidad de canales de señal abierta mantuvieron una posición de abierta condescendencia con el régimen de turno, siendo igualmente comprobable, dado que es de conocimiento público, que en esa época la programación de dicho medio de comunicación específicamente, fue pro gobiernista, lo que, como recalcamos una vez más, no es ilícito, sino que lo reprochable, desde el punto de vista penal, es que su dueño recibió dinero de arcas estatales a cambio de entregar la "línea editorial del canal" al gobierno de turno, siendo esto último relevante, solo en tanto y en cuanto es la manifestación plausible o palpable de que el acuerdo ilícito por el cual Montesinos Torres dispuso de caudales estatales que entregó al broadcaster y en ese momento dueño de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, José Enrique Crousillat López Torres, se concretó en la realidad, habiendo ambas partes cumplido con su parte del acuerdo delictivo.

6.De los inmuebles adquiridos

34. En este punto cabe hacer mención que durante el decurso del presente proceso penal se dispuso la incautación de los siguientes inmuebles: **a)** el ubicado en el **Lote 1-A** y **Lote 24-C** con frente a la Avenida La Planicie, La Molina, inscrito en la **Partida N° 11126742** (Avenida León Barandiarán número ciento noventa y uno de la Urbanización La Planicie del Distrito de La Molina) y **b)** el ubicado en la Calle Océano Pacifico, Lote veintidós, manzana "C" Urbanización Punta Hermosa Playa Sur, del Distrito de Punta Hermosa, inscrito en la **Ficha N° 87067** o **Partida Electrónica N° 42238546**; en el entendido de que dichos bienes inmuebles

fueron adquiridos con los caudales estatales que recibió José Enrique Crousillat López Torres de manos de Vladimiro Montesinos Torres.

34.1. Ello porque, conforme aparece de las copias certificadas remitidas por la Tercera Sala Penal Especial, así como el Cuarto Juzgado Penal Especial, respecto a la sentencia recaída en el proceso signado número cuatro – dos mil tres seguido contra Jaime Bellido Romero y José Fernando Bellido de Lama, por el delito contra la Administración de Justicia – Encubrimiento Real, en agravio del Estado, donde entre otras cosas señalan que los inmuebles arriba señalados, fueron adquiridos por ellos a nombre de la empresa Off Shore que ellos administraban para José Enrique Crousillat López Torres, denominada LA PLANICIE PROPERTIES Sociedad Anónima, habiéndolo hecho por encargo directo de Crousillat López Torres, a fin de encubrir tales adquisiciones, que se realizaron con dinero que aquel les proporcionó, pero que desconocían el origen delictivo de tales caudales, pues José Enrique Crousillat López Torres les señaló que debían hacerlo así porque estaba en proceso de divorcio con su cónyuge y por ello era necesario que se adquiera a nombre de esta empresa.

34.2. Al respecto, cabe puntualizar que al ser interrogado sobre este asunto en las sesiones del juzgamiento oral, el acusado José Enrique Crousillat López Torres al ser preguntado respecto a la intención que tuvo al constituir la empresa "La Planicie Properties Sociedad Anónima" contestó: "*la intención era comprar la casa en donde yo resido, lo mismo hice en los Estados Unidos, cuando compré mi departamento, lo compré con una empresa Off Shore, es un problema impositivo en realidad, o sea, que está permitido por la ley, uno compra a través de una compañía off shore, y lo que vendo es la empresa, no vendo la casa en si, lo mismo que nos aconsejaron los Abogados hacer en Estados Unidos, lo hicimos acá*", mas adelante sostiene: "*la Planicie Properties es mía, a pesar de ser una compañía Off Shore, las acciones al portador las tengo yo en mi bolsillo*", de donde se colige que dichos inmuebles fueron adquiridos por disposición de José Enrique Crousillat López Torres.

34.3. Aparece en autos que el inmueble ubicado en el Lote **1-A** y Lote **24-C** con frente a la Avenida La Planicie, La Molina, inscrito en la **Partida N° 11126742** (Avenida León Barandiarán número ciento noventa y uno de la Urbanización La Planicie del Distrito de La Molina) fue adquirido por la empresa LA PLANICIE PROPERTIES Sociedad Anónima, el **veintinueve de marzo de dos mil**, por el precio de $2'100,000.00 dólares americanos (fs. 40510)

34.4. De otro lado, el inmueble ubicado en la Calle Océano Pacifico, Lote veintidós, manzana "C" Urbanización Punta Hermosa Playa Sur, del Distrito de Punta Hermosa, inscrito en la **Ficha N° 87067** o Partida Electrónica **N° 42238546**, fue adquirido por la empresa LA PLANICIE PROPERTIES Sociedad Anónima, el **veinticuatro de mayo de dos mil**, por la suma de $240,000.00 dólares americanos (fs. 40626)

34.5. Ahora bien, partiendo en las fechas en que estos actos jurídicos se realizaron se tiene que corresponden a la época en que José Enrique Crousillat López Torres venía recibiendo los caudales estatales que le eran entregados por Vladimiro Montesinos Torres, siendo la época en que coyunturalmente recibió la mayor cantidad de dinero (dos millones de dólares mensualmente), lo que

aunado al hecho de que su principal negocio, es decir la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, venía atravesando dificultades económicas a causa de la recesión habiendo manifestado durante el interrogatorio al que fue sometido respecto a la "*situación financiera de la compañía Peruana de Radiodifusión, ¿sí era buena o se iba deteriorando? DIJO: Que, se iba deteriorando a partir de la recesión que hubo en el país*", lo que además se encuentra documentado en parte con el contenido de la pericia de parte ofrecida por la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro; de lo cual se puede colegir que sí no tenía utilidades fruto de las actividades de su empresa televisiva, el dinero que empleó para adquirir los inmuebles antes descritos en las fechas referidas, definitivamente tuvo su origen en parte del dinero entregado por Vladimiro Montesinos Torres proveniente del erario nacional, por lo que corresponde ordenar su decomiso, al ser evidentemente efectos del delito.

34.6. De otro lado, pese a que al declarar en las audiencias del Juicio Oral, indicó que contaba con suficientes y abundantes ingresos económicos que le permitirían solventar las adquisiciones antes referidas, además de que indicó haber pagado fuertes sumas por concepto de impuestos ante el Gobierno Americano, no ha presentado documento alguno que lo acredite, teniéndose únicamente su dicho, por lo que ello debe ser desestimado, dado que la contundencia del peritaje de parte ofrecido por la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, evidencia que no contaba con dichos cuantiosos ingresos.

III.CONSIDERANDO:

A.EVALUACIÓN JURÍDICA:

35. Luego de establecidos los fundamentos de hecho y los elementos probatorios que los sustentan, corresponde, en esta etapa de la sentencia, realizar una delimitación teórica de las conductas típicas incriminadas a los acusados, estableciendo los elementos constitutivos, objetivos y subjetivos, de la conducta ilícita establecidos en la norma penal, a fin de, posteriormente, verificar si los hechos planteados anteriormente se subsumen dentro de los supuestos establecidos en la norma positiva penal, es decir si las normas penales aplicables, efectivamente han sido infringidas o no, así como el grado de participación de cada uno de los acusados:

1.Peculado por Apropiación

a)Tipo penal incriminado:

36. Ahora, vamos a desarrollar doctrinariamente el delito contra la Administración Pública – Peculado por Apropiación, para lo cual iniciaremos señalando que dicha figura delictiva se encuentra regulada en nuestro Código Penal vigente, en el artículo ***trescientos ochentisiete***, vigente conforme a la modificación establecida por el artículo único de la Ley número veintiséis mil ciento noventiocho, publicada el trece de junio de mil novecientos noventitrés, el mismo que literalmente indica:

"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o

custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."

b)Bien Jurídico

37. Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos.

38. Se trata de un delito pluriofensivo, cuyo bien jurídico protegido se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el *principio de no lesividad* de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, *evitar el abuso de poder* de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público. Este criterio es asimismo compartido con la Corte Suprema de la República, el mismo que se encuentra plasmado en su Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis del treinta de setiembre de dos mil cinco, publicado en el diario oficial El Peruano el último veintiséis de noviembre de dos mil cinco, que será tomado como base para el desarrollo de la presente sección.

c)Tipicidad Objetiva

(1)<u>Elementos Normativos del Tipo Penal</u>

39. Este tipo penal también nos lleva a referirnos al concepto de *Funcionario* o *Servidor Público*, para lo cual debemos remitirnos al artículo *cuatrocientos veinticinco* del Código Penal, el mismo que define normativamente este elemento normativo contenido en el tipo penal, estableciendo que:

"Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza*

con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."*

(2)Elementos Descriptivos del Tipo Penal

(a)Sujeto Activo

40. Este tipo penal establece que para configurar este delito se requiere que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, pero que además esté encargado de la *percepción*, *administración* o *custodia* de los dineros públicos en razón de su función, puesto que si no se da esta condición podríamos estar en la figura típica del delito de hurto. Asimismo, respecto a la condición de funcionario ya se encuentra suficientemente delimitado que esa condición "*intraneus*" puede ser de derecho o de hecho.

41. Nuestro Código Penal exige para la configuración de este delito que al funcionario o servidor público, el Estado le haya confiado, la percepción, administración o custodia de sus caudales o efectos, lo que nos lleva a considerar el caso de aquel que se encuentra legalmente encargado de la administración de caudales estatales o de su custodia o percepción, y los hace salir de su ámbito de control, entregándolos a otro funcionario público, por lo que, desde una óptica formal, una vez salido el dinero (caudales) de la esfera de administración o custodia del funcionario encargado ya se habría cometido el delito de Peculado aparentemente por el funcionario receptor de tal dinero desviado, y si posteriormente da uso a tales caudales, ya no sería autor del ilícito penal referido, conclusión que se deduce de la literalidad normativa, que sin embargo, merece un análisis mas preciso, dado que dicha figura delictiva obedece a un propósito, un fin y una esfera de desenvolvimiento más amplio.

42. Para una adecuada aproximación a esta figura delictiva, debemos valorar debidamente la necesidad que tiene el Estado de proteger su patrimonio, no sólo de los hurtos[1] en si mismos, sino principalmente de quienes formando parte integrante del mismo, como funcionarios o servidores estatales, en lugar de conducirse con probidad y honestidad, atentan contra dicho patrimonio; es a partir de esta necesidad que encontramos fundada la necesidad de, válidamente, aceptar que la administración o custodia del dinero del Estado, puede estar confiado a personas diferentes de las que legalmente les compete, porque la protección de la norma es mas bien amplia.

[1] El delito de Peculado tiene su origina en el hurto (vocablos latinos "*pecus*" Ganado y "*Latus*" latrocinio) entonces tenemos un primer elemento de referencia que hablar de hurto cuando se hace mención al Peculado cuando menos históricamente es lo mismo, sin embargo la evolución del derecho penal nos ha ubicado, en las actuales circunstancias en las que el hurto esta dentro de los delitos contra el patrimonio, pero cuando se trata del patrimonio estatal y el agente es servidor público, a ese hurto se le denomina Peculado.

43. Ello, por cuanto el bien jurídico tutelado se extiende al patrimonio estatal, y si bien es verdad estando a la literalidad de la norma, podría entenderse que se refiere solamente al funcionario encargado expresamente por mandato legal de dicha custodia, es posible que la custodia o administración esté en manos de funcionarios de hecho, que por circunstancias especiales y extraordinarias, puedan recibir la confianza de manejar o cuidar fondos públicos, supuesto en el que también incurren en delito de Peculado, porque la norma legal antes glosada tampoco es especifica en indicar que sólo incurren en este delito los funcionarios de derecho, a los que según ley se les confía el patrimonio del Estado, sino más bien en términos genéricos se refiere al funcionario público (de hecho o derecho) a quien (por derecho o de hecho) le esté confiada, la percepción administración o custodia[2].

44. Toda esta línea argumentativa nos permite concluir que el tipo penal de Peculado no solo sanciona al administrador de *iure* sino también al administrador de hecho o de *facto*, entonces, basta que el agente actúe en cuanto integrante del sector público. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público; es decir, sobre deberes no sólo formales, sino materiales como el propio del Derecho penal.

(b)Participación

45. En este delito, dado que es un delito de consumación instantánea, se acepta la participación, habiendo sido objeto de discusión la posibilidad o no de incluir a los particulares en el ámbito de punición de esta figura delictiva.

46. Al respecto, cabe señalar que la clásica, y aun vigente, doctrina denominada *"teoría del dominio del hecho"* la misma que es conceptuada como "surgida de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico", para esta teoría, el autor es "solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo", en términos generales considera que la voluntad determinante de la realización del hecho, es el momento general del dominio sobre el hecho, entonces seria autor sólo el que tiene el "dominio del hecho" vale decir

[2] Para mayor abundamiento, es pertinente traer a colación parte de los considerandos de la Corte Suprema Colombiana (Sala de casación penal) citado por Carlos Molina Arrubia en "Delitos Contra La Administración Pública" III edición, edit. Leyer, Santa Fe, Bogotá, Colombia página setentidós: "La expresión utilizada por la ley en la definición de Peculado y que dice "en razón de sus funciones", hace referencia a facultades de administrar, guardar, recaudar, etcétera, no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso: no significa, pues, una rigurosa y fija competencia legal sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación del hecho del funcionario de la cosa, que lo ubica en una situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de Peculado en la hipótesis de la administración donde el bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

aquella persona que tiene la capacidad y poder de dirección de todos los actos y circunstancias del delito, de forma tal que tiene la potestad de encausar hacia la consumación y agotamiento del delito. Esta teoría cuando se trata del Crimen Organizado tiene complicaciones en su delimitación y aplicación, así leyendo a QUINTERO OLIVARES encontramos que *"las clásicas explicaciones sobre la autoría y la complicidad, la inducción o la autoría mediata, la tesis del dominio del hecho como modo de fundamentar la responsabilidad criminal, saltan en pedazos cuando se intenta aplicar en el campo de la llamada criminalidad organizada*", (en: "*La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*"). Colegimos entonces que resulta razonable replantear la perspectiva del autor y participe para delimitar en el caso concreto el grado de participación de cada uno de los intervinientes en el delito

47. Bajo la teoría antes aludida, podría resultar cuestionable esta conclusión, motivo por el cual sostenemos que la textual aplicación de la Teoría del Dominio del Hecho puede no funcionar adecuadamente en estas circunstancias, entonces haciendo una adecuada interpretación de los artículos veintitrés al veinticinco del Código Penal y la doctrina penal, y a pesar de que la jurisprudencia predominante en nuestro sistema de justicia fundamenta la solución de este asunto en la teoría antes señalada del dominio del hecho (teoría material objetiva), en el caso subjudice estimamos pertinente replantear el criterio definidor de autor y del partícipe, para entender al ***autor*** como aquella persona que contribuye voluntariamente en la realización del hecho mediante actos de favorecimiento, cooperación e inclusive incentivando o induciendo al autor material. Esta forma de establecer el grado de participación de cada acusado, se sustenta en que si un particular (*extraneus*) participa en el delito cometido por el funcionario (*intraneus*), éste habrá de responder por su participación delictiva en relación con el delito realmente ejecutado. El ***partícipe*** no infringe la norma que respalda el tipo penal, sino la prohibición contenida en las reglas de participación que amplían el tipo penal.

48. La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir la ***teoría de la unidad del título de imputación***, donde Autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus*, los *extraneus* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o codominio funcional del hecho[3].

(c)Sujeto Pasivo

49. Es sujeto pasivo de este delito el Estado, en la más amplia diversidad de sus manifestaciones, dado que éste sujeto es el que ve afectado su patrimonio

(d)Conducta Prohibida

50. Los verbos rectores en el delito de Peculado son: ***apropiar*** y/o ***utilizar***, los mismos que representan las dos modalidades que puede adoptar esta figura delictiva, dicho esto, pasemos a desarrollar someramente los elementos materiales de la conducta.

[3] Resolución de fecha catorce de noviembre del año dos mil tres, recaída en el R.N.Nº 1813 – 2003

51. En primer término nos ocuparemos de la necesaria **relación funcional** entre el sujeto activo y los caudales o efectos estatales, que como lo señalamos líneas arriba, debe estar en función al ámbito de competencia de su cargo, establecido en la ley o en normas de menor jerarquía. Tal posesión puede ser directa o indirecta, es decir que se encuentre en contacto directo con los caudales y efectos, o aquella en que sin estar en contacto se entiende que se encuentran bajo su ámbito de custodia, bastando para ello que disponga de la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

52. La *relación funcional* es un componente típico que se define como el *poder de vigilancia y de control sobre la cosa*, que se incluye en el delito de Peculado para limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito, es decir delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, quien, al apropiarse o utilizar bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales no posee dicha vinculación, simplemente estará incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita. El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de Peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos:

a) Existencia de competencia por el cargo
b) Confianza del Estado en el funcionario o servidor en virtud al cargo
c) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos
d) Deber de garantizar la posesión a nombre del Estado

53. Es esta relación funcional la que legitima la entrega de los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por delito de Peculado.

54. En lo que respecta a la ***percepción***, ***administración*** o ***custodia***, tenemos que señalar que éstas son las tres únicas formas a través de las cuales se materializa la posesión, por parte del Funcionario o Servidor Público, sobre los caudales o efectos, pudiendo darse conjuntamente o por separado; además, sirven para objetivar la relación funcional, facilitando la diferenciación del tipo penal con otras figuras delictivas. La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el derecho penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al *poder de hecho sobre la cosa* (tenencia) como también a la *facultad de disposición jurídica*.

55. La ***percepción***, con ello se alude a la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita, que ingresan o pasan a integrar el patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. El tipo penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes, más aun, partiendo de la posesión de garante (ejercida a través de sus representantes) que asume el Estado, podemos considerar susceptibles de Peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual fuere la fuente productora, como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica. Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de su cargo, como los que recaudan contribuciones, rentas o impuestos, que entran a los fondos fiscales.

56. La ***administración***, se trata de la posesión confiada al funcionario o servidor, que lleva aparejada funciones activas de manejo y conducción (gobierno). Tienen aquí

cabida las reglas civiles para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración Pública, sean estatales o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judiciales nombrados, etc.

57. La ***custodia***, implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

58. Ahora bien, respecto a las *modalidades de comisión*, se tiene que el delito puede darse por ***apropiación*** o ***utilización*** en cualquier forma. La ***apropiación*** a diferencia de la sustracción, supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien o caudal del cual entra en disposición personal, contraviniendo sus deberes de función. Apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En toda apropiación hay una negativa tácita o expresa a devolver lo percibido, custodiado o lo que se tiene en administración. Se trata de ejercitar sobre la cosa actos de dominio incompatibles con el título que justifica la posesión.

    58.1. La fuente generadora de la apropiación puede recaer tanto en la negativa del sujeto activo a la restitución, como en una situación de hecho (de incorporación a su propio patrimonio o de un tercero) ejecutada por el sujeto público para la sustracción del caudal o efecto o, en todo caso, que imposibilite la entrega del bien.

59. ***Usar*** o ***utilizar***, es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para si o para un tercero. No hay aquí el ánimo de dominio, sino sólo el de servirse del bien.

60. En cuanto al destinatario de la apropiación, la norma establece que puede darse para si o para otro (Peculado para tercero) El sujeto activo puede actuar delictivamente por cuenta propia, o también para favorecer a terceros. El término "otro" puede referirse a un particular (*intraneus* o *extraneus*) o a una persona jurídica y, dentro de esta última, cabe la posibilidad que sea una persona jurídica de derecho público. No interesa para la consumación el destino que se le de a los bienes o efectos apropiados o utilizados

(e)Medio empleado

61. Este tipo no establece una exigencia específica de medios para perpetrar la afectación del Bien Jurídico tutelado, sino que la apropiación o utilización de caudales públicos puede realizarse de cualquier forma.

(f)Objeto Material de la acción

62. La acción típica recae sobre los caudales o efectos de naturaleza estatal. Los ***caudales*** son una conceptualización amplia, se trata de bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables. En una acepción estricta, son los bienes materializados y aprehensibles, con valor económico propio y el dinero. Se trata de la hacienda o bienes de cualquier especie y más comúnmente el dinero.

63. Los efectos, se trata de un vocablo que designa a los objetos, documentos y símbolos con representación económica; es decir se trata de aquellos bienes u objetos susceptibles de valoración económica con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración a excepción expresa del dinero.

d)Tipicidad Subjetiva

64. El Peculado en análisis es doloso, pues exigen del funcionario o servidor público que sus actos sean hechos con conocimiento de que los bienes de los que se apropia o los que utiliza voluntariamente son de propiedad el Estado y con la expresa voluntad de apoderarse de dichos bienes.

B.Conclusión sobre la responsabilidad o no del imputado en el delito de Peculado por Apropiación en grado de complicidad

65. Toda la abundante prueba señalada en los ítems del apartado II, B, nos permite descartar la duda razonable y concluir con convicción que se encuentra suficiente y debidamente demostrada la comisión del delito contra la Administración Pública – Peculado por Apropiación dolosa, siendo del caso ahora efectuar la valoración conducente a establecer o desvirtuar la responsabilidad penal dolosa del acusado **José Enrique Crousillat López Torres** como **CÓMPLICE PRIMARIO** en estos hechos.

66. Para ello buscaremos identificar en el accionar de dicho acusado, si su comportamiento se adecua a las exigencias de configuración del delito, es decir, por un lado, si concurren los elementos de lo ilícito y, por otro lado, si alcanzan la categoría de culpabilidad, remitiéndonos, en lo que refiere a la determinación de estas categorías, a lo expuesto en los apartados referidos a la evaluación jurídica.

67. Dicho esto, es pertinente referirnos al caso concreto, donde se tiene que respecto al autor del ilícito, esto es Vladimiro Montesinos Torres, su comportamiento ya fue objeto de pronunciamiento en el juzgamiento anterior, seguido contra los reos que estaban presentes en tal momento, por lo cual solamente nos ceñiremos a analizar lo atinente a la complicidad imputada a Crousillat López Torres, que se circunscribe a haber sido el tercero para el que Montesinos Torres, ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, que de facto administraba el dinero del Estado asignado al SIN, dispuso y sacó del ámbito público el dinero del Estado, siendo ellos los directamente beneficiarios de tal apropiación.

68. Es del caso precisar preliminarmente que no es exigencia típica que el autor sea parte o intervenga en los actos posteriores de disposición que realice el cómplice, pues el delito se consuma cuando éste hace entrega del dinero indebidamente apropiado.

69. Ahora bien, toca analizar la conducta del imputado como cómplice, siendo pertinente indicar, respecto a la ***complicidad***, que esta se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: a) la ***intensidad objetiva de su aporte*** al delito, vale decir que sin él el hecho no hubiera podido cometerse, y b) el

momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este ultimo caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en cuyo caso respondería como autor. Estando regulado en el artículo veinticinco del Código Penal.

69.1. Ahora bien, se tiene respecto a la intervención de José Enrique Crousillat López Torres en el Peculado por Apropiación, cometido por Vladimiro Montesinos Torres, que ésta se produjo desde antes de que se concrete la apropiación de caudales estatales, pues previamente a la entrega pactaron la manera en que ésta se produciría, acordando los montos y la periodicidad, llegando incluso a ponerse en escenarios en los cuales cabrían aumentos y demás condiciones en las que se produciría dicha apropiación y la ulterior entrega al tercero (José Enrique Crousillat López Torres), por lo que su intervención corresponde típicamente a la del cómplice primario, dado que ha sido necesario para la realización del ilícito.

69.2. Cabe agregar que el agente, era al momento de los hechos, el accionista mayoritario de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, y como tal dueño de la misma, quien recibió dinero indebidamente de manos de Montesinos Torres para permitir el manejo de la línea editorial de su canal al gobierno de turno, a cambio de dinero estatal, habiendo ingresado dicho dinero a su patrimonio personal y al de su empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro.

70. Ahora bien, nos toca considerar si el injusto ha llegado a satisfacer las exigencias que la ***culpabilidad*** impone para su configuración, la misma que es conceptuada como un obrar contra el derecho, pudiendo hacerlo en forma adecuada; para lo cual, deberá evaluarse en el autor, que haya tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del acto, es decir, que el autor tenga la posibilidad de conocer que el hecho es punible, que se encuentra amenazado con una pena, pudiendo representarse mentalmente la posible colisión entre su acción y el derecho; y por otro lado, deberá evaluarse la capacidad de motivación o capacidad de culpabilidad en sentido estricto (imputabilidad), es decir la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, lo que a su vez comprende: la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo a esa comprensión.

71. Ahora bien, nos toca considerar si el injusto ha llegado a satisfacer las exigencias que la *culpabilidad* impone para su configuración, según lo indicado anteriormente, teniéndose que José Enrique Crousillat López Torres, es una persona imputable, mayor de edad, sin enfermedad mental o perturbación alguna de la conciencia, además, es profesional, habiendo trabajado como empresario televisivo, en su momento accionista mayoritario de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, de donde se colige que dada su formación superior, tenía suficiente conocimiento de que su proceder no estaba arreglado a ley, de todo lo cual se colige que no solo conocía las normas penales vigentes, sino que estuvo en posibilidad de decidir su accionar, habiendo optado voluntariamente por negar la norma, estando así acreditada su culpabilidad, es decir que no se

motivó ni por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquella.

71.1. Igualmente no se aprecia que en su accionar se encuentre amparado en alguna causal establecida en la ley penal para justificar o quitarle relevancia penal, por lo cual también concluímos, en lo que a él se refiere, que su proceder es típico y antijurídico, debiendo ser calificado como CÓMPLICE PRIMARIO de este injusto.

C.DETERMINACIÓN DE LA PENA

72. De igual modo consideramos importante señalar que las Teorías de la Pena son puntos de vista que intentan explicar racionalmente la existencia del derecho penal, que permite que unos ciudadanos (los jueces) en nombre de la sociedad, causen a sus semejantes el daño o mal que supone el sufrimiento de la pena, teniendo dicha teoría como función la sistematización y racionalización de la pena. Ahora bien, existen varias teorías que tratan este tema, a saber, las tesis absolutas, las preventivas y las de la unión, siendo ésta últimas las que desarrollan un punto de vista intermedio, procurando articular las ideas de culpabilidad y de prevención para el logro de una pena que resulte, a un mismo tiempo, justa y útil. Estas inciden fundamentalmente de manera práctica en el tema de los criterios que se deben tener en cuenta para llevar a cabo la individualización de la pena, es decir para determinar, dentro del marco legal, la pena concreta que debe imponerse al autor de un determinado delito.

73. Se entiende que partiendo de la base abstracta del principio de proporcionalidad de las penas, los Códigos Penales conminan los hechos delictivos con penas cuya duración puede tener un mínimo y siempre un máximo.

74. Esta teoría de la Unión, a su vez adopta dos versiones diferentes, según se de primacía a las exigencias de la justicia o de la prevención en caso de conflicto entre ambas, a saber, una la teoría de la unión aditiva, caracterizada porque da prioridad a las exigencias de la justicia sobre las de prevención, y la otra la teoría de la unión dialéctica, que por el contrario da prioridad a las exigencias de la prevención sobre las de la justicia.

75. Nos adscribimos ahora a la teoría de la unión aditiva, por lo cual partiremos de considerar que, en el marco de la pena legalmente establecida, el juez ha de buscar, en primer lugar, un nuevo marco: el de la pena justa, esto es la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor o adecuada al mal uso de su libertad. Dentro de ese marco, en segundo término el juez podrá moverse libremente atendiendo a las exigencias de la prevención y elegir la pena útil para ese autor concreto. El principio de culpabilidad juega así una función de garantía como fundamento de la pena ya que la única pena lícita sería aquella que resulta adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor[4].

[4] ZUGALDIA ESPINAR, José María, en: Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Teorías de la Pena y de la ley penal – introducción teórico práctica a sus problemas básicos. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, páginas 82 y ss.

1.Determinación Específica de la Pena

76. Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado José Enrique Crousillat López Torres, corresponde realizar la determinación de la pena de manera individualizada en atención a lo que informan los artículos cuarenticinco y cuarentiséis del Código Penal para el efecto debemos considerar que las penas que establece el código sustantivo son indicadores abstractos de determinación punitiva que el Juez debe establecer con precisión en cada caso especifico en función a diversos factores que la ley enunciativamente indica.

77. Al respecto Jescheck precisa que la "determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de inimputabilidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como las consecuencias accesorias" citado

78. En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.

79. Ahora bien, para la determinación de la pena, se debe tener en cuenta la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causados; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de los agentes; La edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente, siendo pertinente indicar:

    79.1. Que, la acción ilícita desplegada por el agente fue especialmente grave, pues no solamente no valoró la importancia de su papel principal como propietario de un medio de comunicación masiva, más aun en una época como la que nos toca vivir, en la cual el acceso a la información es mediático; advirtiéndose de su comportamiento que estuvo al servicio no de intereses colectivos, ni constructivos, sino delictivos, pues sin remordimiento alguno entregó la línea editorial de su canal de televisión a cambio de fortísimas sumas de dinero de procedencia estatal; siendo especialmente grave esta situación, pues se trata de dinero proveniente de los impuestos nacionales y de la cooperación internacional; tal es la importancia de los deberes infringidos por el agente que amerita una respuesta punitiva severa acorde a la magnitud del daño causado,

dada la connotación y relevancia del agente, de las circunstancias en que se realizaron las conductas ilícitas, los fines perniciosos y egoístas procurados, aprovechando las deficiencias en los sistemas de control estatal, complotando y asociándose con sus co inculpados para cometer el delito, y así procurarse ganancias económicas fáciles a costa del país, todo ello hace necesario que la magnitud de la pena sea proporcional; mas aun si tomamos en cuenta que estamos ante un hombre adulto, de educación superior, con solvencia económica, quien no se interesó en reparar en lo más mínimo el daño que con su conducta ilícita causó a la sociedad peruana, sino que procuró evadirla y no solo ello, sino que en todo momento no ha evidenciado arrepentimiento alguno, ni pesar, ni tan siquiera conciencia de ilicitud en su proceder, menos aun aceptación de algún tipo de responsabilidad, sino que en todo momento negó los cargos, intentó justificar su accionar como ajeno al delito y en el colmo del cinismo intentó atribuir la responsabilidad que le alcanza en estos hechos, para achacárselos a su hijo y cómplice en este proceso.

79.1.1. Finalmente, cabe poner en relieve, que su conducta procesal no ha sido la más correcta a lo largo del proceso, pues desde un inicio se ha intentado sustraer a la acción de la justicia, aprovechando las deficiencias en los procedimientos judiciales; luego de salir del país, se fue a Estados Unidos, donde al ser ubicado por las autoridades de Interpol motivó el inicio de la extradición la misma que no concluyó dado que éste ciudadano se fue hacia Argentina, donde también fue requerido vía extradición activa, y luego de un largo procedimiento tedioso y moroso, en el cual evidenciaron su nula voluntad de someterse a las autoridades judiciales del país, pues hasta el último momento resistió su extradición, hasta que ésta fue concedida al Estado Peruano a efectos de que sea juzgado.

79.2. Finalmente cabe acotar que nuestro país, durante la década pasada ha experimentado una época de serio deterioro axiológico y moral, que ha generado en la población una sensación de que el delito y el fraude es lo normal; que quien comete un crimen no solamente no es sancionado ejemplarmente, sino que es "protegido" por el propio sistema que se ha visto perjudicado con la conducta dolosa del agente. Asimismo en el presente caso es mas que evidentemente que el perjuicio también fue económico y de gran envergadura, por lo que se requiere una respuesta ejemplar por parte de la Justicia, que permita hacer percibir a la Nación en su conjunto que el sistema de impartición de Justicia es recto y responde debidamente a las circunstancias de grave deterioro moral que atraviesa el país, dado que el fenómeno criminal de la corrupción ha venido socavando los fundamentos de nuestra sociedad y del sistema democrático de gobierno, requiriendo una respuesta digna y directa por parte del Estado.

2.Fundamentos de la Pena

80. De conformidad con el artículo cuarentiséis del Código Penal para los efectos de la fundamentación de la pena se deben considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres además de los intereses del agraviado, apreciándose que en el caso de autos, el agente del delito, esto es José Enrique Crousillat López Torres es empresario de profesión, ha tenido educación

superior, no ha experimentado carencias materiales sino que ha gozado de gran solvencia económica, morador de la ciudad, respecto de quien no se puede evidenciar poca socialización o desconexión con la sociedad, menos aun marginalidad que de alguna manera permita explicar en ello su conducta, sino que su proceder ilícito obedeció a intenciones dolosas que privilegiaron intereses personales sobre intereses colectivos, dado que no valoró la importancia de su posición al frente de un medio de comunicación masivo, sino que lo instrumentalizó para sus propios fines ilícitos y egoístas, no pudiendo apreciarse que haya procedido de esa manera por adolecer de poca o nula socialización, o que impulsado por la necesidad de proveerse de medios económicos de subsistencia haya optado por este comportamiento, sino que todo lo contrario, se aprovecho de su posición privilegiada dentro de la estructura social del país para generarse un beneficio económico ilícito, todo lo cual hace necesaria la imposición de pena en su extremo máximo conminado, no siendo óbice para ello la edad del acusado, estando al carácter facultativo, de su edad, contenido en el artículo veintidós del Código Penal.

D.REPARACIÓN CIVIL

81. La Reparación Civil se determina conjuntamente con la pena, en ella se comprende: a) La restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y b) La indemnización de los daños y perjuicios, de conformidad con el artículo noventitrés del Código Penal, en tal virtud, la reparación civil debe guardar proporción con el daño y perjuicio ocasionado al agraviado. Sobre este particular, el Ministerio Público solicita el pago de cincuenta millones de nuevos soles por concepto de Reparación Civil.

82. Que, establecidos los anteriores parámetros es menester significar la naturaleza del ilícito penal en cuestión; así es pertinente indicar que el delito que se le imputa es el de Peculado por apropiación, en grado de complicidad primaria, y estando a las características definitorias de dicho delito, se aprecia que éste resulta grave, dado que afecta seriamente el correcto funcionamiento de la Administración Pública, entendida ésta como la organización que permite funcionar al Estado y atender los diversos sectores e intereses nacionales en función a objetivos y metas de país, pero que en este caso fueron sacrificadas para privilegiar la consecución de fines particulares o restringidos a un pequeño grupo, siendo que en el presente caso, no solo se trato de apropiarse de dinero o caudales públicos menores, sino que fueron exorbitantes cantidades de dinero que, al pertenecer al erario público, estaban destinadas a realizar actividades estatales necesarias, más aun en el contexto de un país económicamente pobre como el nuestro, en el cual el dinero estatal no sobreabunda, por lo que, apropiarse o permitir, consentir o alentar que otro se apropie para luego recibir lo apropiado es altamente pernicioso y revela poca sensibilidad social y nula conciencia de las necesidades públicas, lo que se ve mucho más agravado, cuando se considera que tal apropiación de caudales públicos fue para posibilitar que quien detentaba el poder político usara su canal de televisión para manchar honras y destruir imágenes públicas, por lo que valorando todo lo anteriormente expuesto, este Colegiado considera que el daño causado devendría en irreparable por las consecuencias generadas con su conducta delictiva y por las repercusiones tanto económicas, pero más aun morales y éticas en la Sociedad, siendo en todo caso necesario que se imponga una reparación civil que

guarde relación con dicho daño causado, debiendo tomarse como base la cantidad fijada por la Corte Suprema de Justicia de la República al fijar los montos indemnizatorios en cuanto a los ya condenados en la presente causa.

E.SOBRE EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

83. Ahora bien, corresponde referirnos a la situación del Tercero Civil Responsable en éste extremo de la causa, que viene a ser la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, quien fuera incorporada al Proceso Penal en tal calidad mediante resolución del veintiséis de febrero de dos mil dos, confirmada por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución del nueve de setiembre de dos mil dos, donde se estableció que se "comprende a la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima como Tercero Civilmente Responsable; en el proceso instaurado contra los procesados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, por los delitos contra la Tranquilidad Pública - Asociación Ilícita para Delinquir, y contra la Administración Pública – Peculado, ambos hechos punibles en agravio del Estado.

84. Cabe agregar que al dictar sentencia respecto al acusado José Francisco Crousillat Carreño quien se acogió a la terminación anticipada de los debates orales por conformidad con la acusación fiscal, este Colegiado dispuso se reserve emitir el pronunciamiento a éste respecto para éste momento, ello para garantizar debidamente el ejercicio del derecho de defensa que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas, incluso las jurídicas, lo que resultaba de aplicación en el caso del Tercero Civilmente Responsable de este caso es decir la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, quien ha actuado los medios probatorios que ha creído conveniente para su defensa.

1.Sobre la Responsabilidad Civil del Tercero en el delito

85. Ahora bien, corresponde indicar que la comisión de un hecho delictivo, por un lado, da lugar a la responsabilidad penal pero también, en cuanto Acto Ilícito que produce daño a Terceros a una Responsabilidad Civil, conocida como *responsabilidad civil ex delicto*. El tercero civilmente responsable resulta ser aquel sujeto procesal, persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del delito y sin alcanzarle responsabilidad penal, asume el pasivo civil quedando, por disposición de la ley, solidariamente obligado con el o los responsables penales, por el importe de la Reparación Civil.

86. Este tipo de responsabilidad se rige por la Teoría de la Responsabilidad Civil, específicamente la Responsabilidad Civil Extracontractual, debiendo acotar que ésta responsabilidad supone la violación del deber general de no causar daño a otro.

87. A fin de aclarar un poco más el panorama respecto a la Responsabilidad Civil debemos referirnos en primer término las funciones de la Responsabilidad Civil, que según la doctrina mayoritaria son: a) reaccionar contre el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; b) retornar el *status quo ante* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio; c) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; d) disuadir a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros; y

modernamente se han incluido e) la distribución de las pérdidas y f) la asignación de costos, desde una perspectiva de Análisis Económico del Derecho.

88. Asimismo, debemos indicar que la Responsabilidad Civil posee elementos constitutivos, comunes tanto a la Responsabilidad Civil Contractual como a la Extracontractual, a saber: a) ***la imputabilidad***, es decir la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, b) ***la ilicitud o antijuricidad***, es decir la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico; c) ***el factor de atribución***, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad al sujeto, es decir, es el fundamento del deber de indemnizar; d) ***el nexo causal***, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; y d) ***el daño***, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

89. Ahora bien, en función del Factor de Atribución, cabe señalar que existen factores de atribución **subjetivos** (culpa y dolo) y **objetivos** (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que la ley considera objetivamente o prescindiendo del criterio de la culpa), a lo que algunos añaden al abuso de derecho y la equidad, pero no hay uniformidad sobre ello.

90. En el caso de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito, ubicada dentro de la responsabilidad Civil Extracontractual, cabe señalar que nos encontramos frente a la denominada Responsabilidad Objetiva, es decir aquella que se basa en factores de atribución objetivos, considerados como tales por el ordenamiento jurídico. Debiendo indicar que en la sección sexta del Código Civil en el artículo **mil novecientos ochenta y uno**, se prevé la inclusión de un Tercero como Civilmente Responsable en un proceso penal, cuando se establece que "*aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por éste último, sí ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo";* siendo el criterio de imputación, la relación que existe entre el responsable y el sujeto que ha causado el daño, pues desde esta óptica el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada por el "tercero", debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio).

91. Esta responsabilidad no se funda en una responsabilidad puramente vicarial, en la que sí el subordinado no es responsable (subjetivo) entonces no habrá responsabilidad (objetiva) del principal, pues existen casos en los que aun cuando la responsabilidad del subordinado, no se acredita, igualmente responde el principal, ello por que su fundamento radica en la actividad misma de la empresa o del principal y no por una garantía frente a los actos de los subordinados. La responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta, es directa por su propia actividad.

92. Para que se configura esta responsabilidad deben darse los siguientes requisitos: a) una ***relación de subordinación***, debiendo indicarse que lo que cuenta no es tanto la calificación formal que las partes dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una relación sobre la cual una persona actúa a pedido, por cuenta o en interés de otro, quien por ser titular de la actividad, a cuya instancia se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad; b) ***que el subordinado***

ocasione daños, siendo uno de los supuestos de la responsabilidad civil (objetiva) del principal que el dependiente incurra en responsabilidad subjetiva (a título de dolo o culpa), no descartándose, como se dijo antes que hayan casos de responsabilidad objetiva por parte del dependiente, y c) ***que exista una relación de causalidad*** o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño. Debiendo recalcar una vez más que en este caso la responsabilidad del Tercero Civilmente Responsable o principal no es a título subjetivo sino objetivo, vale decir que si se verifica la concurrencia de los elementos que la ley señala, entonces aparece la responsabilidad civil.

93. Ahora bien, es pertinente referirnos a los argumentos de descargo enarbolados por la defensa del Tercero Civilmente Responsable, quien sostiene que el "contrato de Locación de Servicios" tantas veces aludido no es válido desde el punto de vista legal ni estatutario, con lo cual este Colegiado está de acuerdo, pero reitera que ello no se ventila en esta causa, pues aquí la imputación en su contra es que un dependiente suyo causó un perjuicio al agraviado (el Estado) en ejercicio de dicha relación de dependencia.

93.1. Es pertinente acotar al respecto que a criterio de éste Colegiado, no es atendible el argumento de que si alguien que tenía en la realidad una relación de dependencia funcional con la empresa, causa un daño, ésta no es responsable porque no se cumplió una formalidad exigida por ley en los actos que realizó o en los acuerdos que concertó, porque ello configuraría un abuso de derecho, mas aun si reconocemos que el Derecho Penal actúa como una forma extrema de control social cuando otras formas de control han fracasado.

94. Otro asunto al que nos queremos referir es al supuesto no ingreso de dichos caudales estatales recibidos por José Enrique Crousillat López Torres y por José Francisco Crousillat Carreño a la contabilidad de la empresa, lo que resulta siendo en la realidad una exigencia poco razonable, por decir lo menos, pues si bien probablemente sea imposible encontrar un registro en el Libro Mayor de la empresa que señale el origen de dinero proveniente del Estado entregado para poner a disposición del gobierno la línea editorial del canal, esto según lo aseveró el propio José Enrique Crousillat López Torres, al ser preguntado respecto a *¿si parte del dinero entregado por Vladimiro Montesinos Torres ingresó a las cuentas de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. Canal Cuatro?* Indicó: ***"tengo entendido que si, no me consta pero tengo entendido que si"***, precisando posteriormente que esto se lo mencionó su hijo José Francisco Crousillat Carreño.

94.1. Pero ello no es lo único que nos permite razonar así, sino que el propio "peritaje de parte" presentado por el Tercero Civilmente Responsable, señala que la situación económica de la empresa era bastante mala, textualmente señala:

94.2. "3.9. Situación Financiera. Ubicándonos en el periodo objeto de nuestro trabajo pericial, vemos que la Compañía, como todas las empresas en el ámbito nacional, desarrolla sus actividades en un entorno recesivo, habiendo experimentado pérdidas significativas durante los años 1998 y 1999, llegando al año 2000 con un Patrimonio negativo de S/.65'514,000.00 configurándose de esta manera la obligatoriedad de la reducción del capital social por pérdidas, que ordena el art. N° 220 de la Nueva Ley General de Sociedades,

que dispone que la reducción del capital, tiene carácter obligatorio, cuando las pérdidas hayan disminuído el capital social en más del 50% y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo que se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en la cuantía que compense el desmedro.

94.3.La Compañía igualmente muestra un alto endeudamiento (un pasivo total de S/. 355.3 millones) y consecuentemente un elevado costo financiero; con Capital de Trabajo deficitario, problema que se presentó notoriamente en 1998, llegando a su punto crítico en 1999; no obstante la Compañía mantenía saldos importantes por cobrar a una empresa afiliada. Igual situación se observa en sus indicadores de solvencia patrimonial, configurándose de ésta manera su insolvencia y su incapacidad para asumir nuevas obligaciones y poder cumplir con ellas.

94.4.La rentabilidad obtenida en el ejercicio de 1997, se vio afectada a partir de 1998, dado que la rentabilidad desde el punto de vista del patrimonio cayó mostrando cifras negativas. Idéntico comportamiento se observa en la rentabilidad de las ventas, mostrando cifras negativas a partir de 1998, alcanzando su punto crítico en el año 2000. Paralelamente los costos directos de la empresa se incrementaron en casi 60% entre el año 1997 y el año 2000; mientras que los gastos operativos, tuvieron un incremento pero menos significativo, más estable"

94.5.Finalmente, en sus conclusiones se señala que *"Tercera: (...) se ha determinado, que los aumentos de capital social habidos en el período analizado, corresponden a aumentos efectuados por los socios tradicionales de la sociedad y se encuentran plenamente identificados y legalmente perfeccionados"*

94.6.De todo ello se puede inferir que la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, presentaba grandes deudas y poco dinero para afrontarlas, lo que abona hace razonable y hasta entendible que su accionista mayoritario haya visto con muy buenos ojos el ofrecimiento realizado por Vladimiro Montesinos Torres para entregarle dinero de procedencia estatal, a cambio de que se alinee con el gobierno, con lo cual podría mejorar su situación financiera al interior de la empresa, habiendo expresado en un momento del interrogatorio el acusado José Enrique Crousillat López Torres, ante una pregunta de la defensa del Tercero Civilmente Responsable: *"¿Como Presidente del Directorio entre el año noventiocho y dos mil, cuál era la situación financiera de la compañía Peruana de Radiodifusión, era buena o se iba deteriorando? DIJO: Que, se iba deteriorando a partir de la recesión que hubo en el país"*, lo que se condice con el contenido de la pericia de parte ofrecida por la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro.

94.7.Esta misma situación nos permite sostener que dado que la empresa no obtenía rentas, sino que sus ganancias se iban en pagar deudas societarias, los accionistas no obtenían ganancias, por lo cual el ofrecimiento de dinero por parte de Vladimiro Montesinos Torres era doblemente beneficioso, pues también les servía para tener ingresos extras para aplicarlos a sus gastos o

adquisiciones particulares, lo que explica que a pesar de no tener ganancias provenientes de su principal negocio hayan adquirido inmuebles valiosísimos, los que han sido incautados en la presente causa, pues precisamente esta situación determina que el dinero con que han sido adquiridos provenía de fondos públicos.

94.8. Sobre el ingreso del dinero recibido por José Enrique Crousillat López Torres y por José Francisco Crousillat Carreño a la contabilidad de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, es del caso indicar que ello no se ha podido determinar de manera directa, es decir no se ha encontrado algún registro que indique de manera clara y cierta que ello se haya producido, pues dado el carácter ilícito de tales fondos por su origen es altamente improbable que ello se ingrese de manera tan cándida a la contabilidad de la empresa, por lo que es altamente probable que se haya producido vía aumento de capital, como el realizado en la Junta de Accionistas de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, el dos de noviembre de mil novecientos noventinueve, donde se aprobó la capitalización de obligaciones que tenía la empresa respecto a José Enrique Crousillat López Torres por un monto ascendente a novecientos noventidós mil dólares americanos.

94.9. De otro lado, que el dinero haya, o no, ingresado al canal es relevante relativamente, pues la discusión principal se centra en determinar sí los dependientes José Enrique Crousillat López Torres y José Francisco Crousillat Carreño, quienes actuaban en representación de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, al realizar el acuerdo ilícito con Vladimiro Montesinos Torres causaron un daño, por lo que verificado ello, la imputación de responsabilidad civil se produce en función a un factor de atribución objetivo.

95. Cabe agregar que los argumentos del Tercero Civilmente Responsable, en el sentido de que José Francisco Crousillat Carreño, ha causado daños a dicha empresa, que la han conducido a una situación económica desastrosa, en nada enervan la responsabilidad civil pues tales asuntos deben ventilarse en otra vía.

96. Ahora bien, corresponde ingresar a considerar el caso de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima respecto a la imputación de responsabilidad en cuanto a la conducta delictiva realizada por José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, a fin de verificar si concurren los tres elementos y así arribar a una conclusión sobre esta materia.

97. En cuanto al primer elemento, es decir la ***relación de subordinación***, es manifiestamente claro que José Enrique Crousillat López Torres durante el desarrollo del delito imputado, esto es Peculado por Apropiación, ha actuado en función a una relación de subordinación entre él y la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, dado que era su accionista principal, dueño del noventinueve por ciento del accionariado, además de ejercer el cargo de Director General de dicho medio de comunicación, resultando por demás innegable que cuando negoció *interpósita persona*, con Vladimiro Montesinos Torres, es decir mediante el concurso de su co inculpado e hijo José Francisco Crousillat Carreño,

también accionista y Director de dicha casa televisiva, los términos del acuerdo ilícito pactado en el año mil novecientos noventiocho, lo hizo no como un ciudadano cualquiera o como una persona natural, sino en su calidad de dueño de dicho medio de comunicación, siendo ello el motivo por el cual se produjo el acercamiento entre ambas partes, y en todo momento fue esta calidad la que determinó no solo la consecución del concierto de voluntades, sino también su ejecución.

98. Es mas, cabe afirmar que todos los elementos probatorios apuntan a verificar que cuando Vladimiro Montesinos Torres busca relacionarse con José Enrique Crousillat López Torres y con José Francisco Crousillat Carreño, es el entendido, materialmente cierto, de que cualquiera de ellos procedía en nombre y representación del Canal Cuatro (Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima) dado que lo pretendido por Montesinos Torres era lograr asegurar por esta vía el control de la línea editorial de dicho medio de comunicación para sus propios fines de grupo, lo que resulta mucho más claro si consideramos que tales compromisos se ejecutaron en la realidad, conforme es de conocimiento público, lo que prueba que el proceder de dichos acusados se desenvolvió en interés y representación de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro.

99. En cuanto al segundo elemento, es decir que ***el subordinado cause daños***, se tiene que también tal elemento concurre, pues José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, con su complicidad en el delito contra la Administración Pública – Peculado por Apropiación, cometidos por Vladimiro Montesinos Torres y con la autoría por parte de José Francisco Crousillat Carreño en el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, se han causado serios y graves daños al Estado, pues fue tales personas, que actuaban en nombre y representación real de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, para las que Montesinos Torres se apropió de caudales públicos, habiéndole pagado astronómicas sumas de dinero estatal en virtud a un contrato ilícito, a efectos de tener el control de la línea editorial del canal cuatro, causando con ello un grave perjuicio al Estado, lo que ha sido también aceptado tácitamente por el propio Crousillat Carreño, al acogerse a la Terminación Anticipada de los Debates Orales por conformidad con la acusación fiscal.

100. Finalmente, el elemento de la **relación de causalidad**, se encuentra suficientemente acreditada, con todo lo antes expuesto, pues el dinero que el Estado perdió, fue a parar a manos de José Enrique Crousillat López Torres y de José Francisco Crousillat Carreño, reiteramos, no por ser ciudadanos cualquiera, sino en tanto representantes reales de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – canal Cuatro, quedando así establecida la concurrencia de todos los elementos de esta responsabilidad.

101. De todo ello concluímos que a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro le alcanza responsabilidad en calidad de Tercero Civilmente Responsable respecto a los acusados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, siendo solidariamente responsable con ellos.

F.Sobre las Consecuencias Accesorias

102. Finalmente, queremos referirnos a un asunto que muy pocas veces ha sido objeto de aplicación por los Tribunales Nacionales, siendo una figura que por su propia naturaleza resulta siendo de gran importancia en el marco de la lucha contra el crimen organizado y en especial contra el uso abusivo de la personería jurídica con la sola finalidad de perpetrar el delito u ocultarlo, nos referimos a las denominadas Consecuencias accesorias del Delito, aplicables a las personas jurídicas, las mismas que se encuentran reguladas en el artículo ciento cinco del Código Penal, siendo pertinente indicar que cuando dicha norma habla, en este artículo, de *"encubrimiento"* no se refiere a la figura delictiva contemplada en el artículo cuatrocientos cinto del Código Penal, de aplicación a cualquier persona natural, sino que se aplica al caso del uso, para efectos de ocultamiento, que el agente realiza sobre la personería jurídica, instrumentalizándola, dado que en nuestro sistema aun opera el principio *"societas delinquere non potest"*.

102.1. Ahora bien, se aprecia en el presente caso que el acusado José Enrique Crousillat López Torres durante la realización de sus actos delictivos, ahora determinados, procedió en un caso a instrumentalizar a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, para cometer, para favorecer el delito de Peculado en grado de complicidad en agravio del Estado, lo cual amerita la imposición de alguna de las medidas contempladas en el artículo ciento cinco del Código Penal.

102.2. De otro lado, se aprecia igualmente que José Enrique Crousillat López Torres constituyó la empresa "LA PLANICIE PROPERTIES SOCIEDAD ANÓNIMA", la que instrumentalizó para ocultar el dinero de origen estatal que recibió de manera ilícita, por lo que en su caso corresponde también imponerle alguna de las medidas contempladas en el mismo artículo ciento cinco del Código Penal, mas aun si ha quedado evidenciado que no tenía otro propósito que facilitar la apropiación de caudales estatales por parte de José Enrique Crousillat López Torres.

102.3. Cabe indicar que estas llamadas "Consecuencias Accesorias", son medidas que los jueces pueden adoptar al verificar que el hecho punible, ha sido cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, debiendo resaltar que en el caso de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, ésta ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna, en cuanto a la empresa La Planicie Properties, cabe resaltar que si bien directamente no ha intervenido en el presente proceso penal, habiendo manifestado el propio acusado José Enrique Crousillat López Torres que es el propietario de dicha persona jurídica, por lo cual también correspondería se le apliquen las consecuencias accesorias reguladas en la ley.

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 – "E1", 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 establecida 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 sétimo, octavo y noveno del título Preliminar del Código Penal numerales doce, veintitrés, veinticinco, veintiocho, treintiséis, treintinueve, cuarenticinco, cuarentiséis, noventidós, noventitrés, noventicuatro, noventisiete, 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:**

PRIMERO: CONDENANDO a **JOSÉ ENRIQUE CROUSILLAT LÓPEZ TORRES** como **CÓMPLICE PRIMARIO**, del delito contra la Administración Pública – Peculado por Apropiación (artículo trescientos ochentisiete del Código Penal), en agravio del Estado; y como tal le **IMPUSIERON**: **OCHO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**, respecto a la que, conforme lo dispuesto en la Ley número veinticuatro mil setecientos diez, artículo veintitrés inciso tercero, debe computarse el tiempo carcelería transcurrida durante la decisión de extradición, que conforme aparece del oficio remitido por vía diplomática desde Argentina, transcurrió desde el seis de enero de dos mil cinco hasta el diez de mayo de dos mil seis en que fue entregado a las autoridades nacionales, al concederse la extradición activa solicitada por el Estado Peruano, oportunidad en la cual fue internado en un establecimiento penitenciario peruano, por lo que con el descuento de carcelería que viene sufriendo, la pena privativa de la libertad impuesta vencerá el cinco de enero del año dos mil trece; asimismo le impusieron **INHABILITACION** por el plazo de **TRES AÑOS** para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; **FIJARON**: en la suma de **OCHENTA MILLONES DE NUEVOS SOLES**, el monto que por concepto de Reparación Civil deberá abonar el sentenciado a favor del Estado; debiendo además, José Enrique Crousillat López Torres devolver lo irregularmente obtenido, debiendo precisarse dicho monto en vía de ejecución; **DISPUSIERON**: que al amparo de lo establecido en el artículo ciento dos del Código Penal, se proceda al Decomiso definitivo de los bienes incautados en la presente causa; **MANDARON**: Que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expidan los boletines y testimonios de condena, se inscriba en el registro judicial, se tome razón donde corresponda; **ARCHIVÁNDOSE:** Definitivamente la causa, en los extremos resueltos, con conocimiento del Juez de origen; notificándose y oficiándose.----------

SEGUNDO.- Por **MAYORÍA**, dispusieron que la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – Canal cuatro, sea declarada como Tercero

Civilmente Responsable respecto a los acusados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, por lo cual resulta siendo solidariamente responsable por la Reparación Civil, hasta por el monto fijado para cada procesado.----

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo ciento cinco del Código Penal, se aplique a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro la medida de prohibición contemplada en el inciso cuarto de dicha norma: *"Prohibición a la sociedad, (...) de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito"*, la misma que tendrá carácter permanente, es decir queda permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales. En cuanto a la empresa LA PLANICIE PROPERTIES, cúmplase con determinar, de ser el caso, la Consecuencia Accesoria aplicable, en vía de ejecución, luego de habilitar un estadío procesal a efectos de cautelar su derecho a la defensa.----

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo noventisiete 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.----------

Dr. Roberto Barandiarán Dempwolf
Presidente y DD.

Dr. Ricardo Brousset Salas
Vocal

Dra. Norma Farfán Osorio
Vocal

EL SECRETARIO DE SALA QUE SUSCRIBE CERTIFICA QUE EL VOTO EN DISCORDIA DEL VOCAL SEÑOR RICARDO BROUSSET SALAS, ES COMO SIGUE.----------

CONSIDERANDO: PRIMERO: Que, la constitución en tercero civilmente responsable, mediante el mecanismo previsto en el numeral cien del Código de Procedimientos Penales convierte al constituido (en el presente caso la empresa Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro) en sujeto de la relación procesal penal, que comparte con el imputado la titularidad pasiva de la pretensión civil derivada de la perpetración del delito, esto es tiene la condición de imputado civil. En tal virtud le corresponde, entre otros, el derecho de ser relevado de la responsabilidad civil solidaria que se le atribuye, esto es absuelto de la pretensión resarcitoria (que la parte civil le demanda), en caso de no probarse los supuestos en

que se sustenta tal pretensión y como consecuencia de ello, el derecho de defensa a efecto de poder controvertir los términos de tal atribución, lo cual se da no sólo por efecto de la presunción de inocencia que en cierto modo le alcanza, dada su situación homóloga a la del imputado (aunque sea sólo respecto a las consecuencias civiles del delito); sino también, en virtud de la disposición contenida en el numeral doscientos del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente al proceso penal en cuanto respecta a la pretensión penal acumulada al mismo; **SEGUNDO**: Que, estando a lo glosado en el considerando precedente, es menester fijar cuáles son los términos de probanza de la responsabilidad civil solidaria del tercero civilmente responsable, para lo que debemos establecer cuál es el fundamento jurídico de tal responsabilidad; y el mismo lo encontramos inequívocamente en el numeral un mil novecientos ochentiuno del Código Civil que textualmente dice **"Aquel que tenga otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste 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"**. A partir de tal precisión, podemos derivar los requisitos que se exigen para la configuración de la responsabilidad del Tercero imputado civilmente. Así tenemos, que: **En primer término:** debe existir una relación de subordinación del autor directo (imputado penal) con el autor indirecto (tercero civilmente responsable), la que debe darse no sólo en el plano formal, sino básicamente en la realidad al momento de producirse el evento dañoso; **En segundo término:** que, el subordinado cause daño en ejercicio de sus funciones propias de su cargo dependiente o del cumplimiento de su servicio como tal; y **En tercer término:** que se dé necesariamente una relación de causalidad entre el ámbito de actuar dependiente del autor directo (ejercicio del cargo o realización del servicio para el tercero civilmente responsable) y el daño a resarcirse. Como vemos, entre tales exigencias para que se configure la responsabilidad civil del tercero no interviniente en la perpetración del evento dañoso, no encontramos la instrumentalización del tercero para tal fin; y ello se explica porque tal instrumentalización del tercero constituye la negación de la subordinación del autor directo respecto al tercero; dado que ella por el contrario evidencia el dominio del autor directo respecto del tercero instrumentalizado, expresado en su utilización para la ejecución de su proyecto personal , causante del daño. En tal entendimiento, resulta contradictorio sostener conjuntamente la tesis de responsabilidad civil del tercero por subordinación del autor y la de instrumentalización del tercero por éste, pues ellas son antitéticas entre sí.; **TERCERO:** Que, hechas las precisiones conceptuales antes glosados, pasaremos a establecer los términos de la imputación de responsabilidad civil como tercero que se formula contra la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro; así tenemos: **a)** que al formularse la acusación fiscal obrante de fojas treintiún mil trescientos tres a treintiún mil trescientos cuarentiséis, específicamente en el folio treintiún mil trescientos cuarentidós, el señor Fiscal superior se limita a señalar "... Asimismo, se debe considerar que la empresa Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima, ha sido declarada como tercero civilmente responsable, por lo que, al final del proceso de ser el caso, se deberá establecer y cuantificar su responsabilidad civil" por lo que debemos colegir que el Ministerio Público para efectos del juzgamiento no tenía una hipótesis concreta de imputación civil contra dicha persona jurídica lo que explica la ausencia de propuesta probatoria para fines que se atribuya responsabilidad civil solidaria con los imputados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres; **b)** Que, al

formular su requisitoria oral, la señora Fiscal Superior sostiene la tesis de subordinación de los referidos encausados; quienes según ésta, habrían actuado en representación de la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima, al ejecutar en realidad lo pactado con el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres; y que por estar dicha empresa en situación de insolvencia, necesitaba capital fresco, habiendo ingresado indebidamente al Canal Cuatro el dinero ilícitamente obtenido, por sus accionistas mayoritarios Crousillat López Torres y Crousillat Carreño, según lo referido por el primero de os nombrados por información de su hijo ya sentenciado anticipadamente; y **c)** Que, al formular su alegato de cierre, el señor Procurador Público, representante de la parte civil, titular de la pretensión civil en debate, asumió la tesis de la instrumentalización de la Compañía. Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima - Canal Cuatro, por sus dueños Crousillat López Torres y Crousillat Carreño, así como la de dependencia legal, para concluir en al responsabilidad civil solidaria de dicha compañía con éstos, respecto al pago de la reparación civil, la misma que según su apreciación se da al margen del ingreso o no del dinero mal habido por éstos a las cuentas del Canal Cuatro; dado que la función de dicha empresa fue la de haber sido un instrumento a fin de lograr el objetivo final de la Asociación Ilícita, siendo vinculada por tal instrumentalización directamente con el autor y el cómplice del delito; **CUARTO:** Que, por su parte la defensa del tercero civilmente responsable - Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima-, ha sostenido durante el juzgamiento, que los encausados José Francisco Crousillat Carreño (sentenciado anticipadamente) y José Enrique Crousillat López Torres, actuaron de mutuo propio, desvinculados absolutamente de las facultades que tenían como directores de la empresa; que el dinero que obtuvieron como consecuencia de su accionar delictivo, no ingresó a la empresa; y por el contrario éstos utilizaron el patrimonio de la empresa para sus fines particulares. Es el caso que a diferencia del Ministerio Público y la Procuraduría, representante de la parte civil, la defensa del tercero civilmente responsable, ofreció como prueba de descargo la pericia contable de parte, que fuera sometida a ratificación y debate contradictorio en el juicio oral; los actuados de fiscalización tributaria de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria con relación al posible ingreso del dinero recibido por los señores Crousillat a sus cuentas; y copia de la documentación societaria de su representada; **QUINTO**: Que, la compulsa probatoria de los elementos aportados con relación al extremo sub materia no permite que se genere en el suscrito convicción respecto a la responsabilidad civil solidaria atribuida al tercero imputado civilmente Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima; pues si bien el encausado José Enrique Crousillat López Torres, a la fecha de producidos los hechos era accionista mayoritario de dicha empresa, dueño del noventinueve por ciento del accionado, además de ejercer el cargo de Director General del Canal Cuatro; y el sentenciado José Francisco Crousillat Carreño, su hijo, también era accionista y Director de la empresa en mención; y el segundo de los nombrados suscribió el documento rotulado "Contrato de Locación de Servicios" obrante de fojas doce mil setecientos cuarenticinco a doce mil setecientos cuarentisiete, que dado sus fines ilícitos y las condiciones de si conformación, carece de efectos como tal, por configurar propiamente un documento de sujeción. que servía de garantía impropia al sentenciado Vladimiro Montesinos Torres , con relación a los desembolsos ilícitos de dinero a favor de los mencionados Crousillat Lopez Torres y Crousillat Carreño; no se ha probado que los antes referidos hubieran actuado realmente subordinados a la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima – Canal Cuatro; puesto que

ellos no sólo ostentaban cargos directivos, esto es, no eran simples funcionarios representantes, sino eran principalmente los dueños de la empresa y por poseer tal condición que les permitía hacer y deshacer en el Canal Cuatro de televisión, es que fueron contactados por el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, con los fines ilícitos probados; razón por la que su accionar criminal no se dio bajo las condiciones de subordinación (actuar bajo ordenes de otro) que exige el precitado numeral un mil novecientos ochentiuno del Código Civil, sino que se dio en ejecución de un proyecto ilícito personal, destinado a enriquecerse ilícitamente a costa del erario público y por ende no existió la relación de causalidad necesaria entre el ámbito de su actuar dependiente o subordinado (inexistente en el caso que nos ocupa) y la consecuencia dañosa de su conducta ilícita; elementos que conjugados constituyen el factor de atribución o supuesto justificante que sirve de fundamento lógico jurídico al deber solidario de indemnizar. De otro lado, en autos no se ha establecido que la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima, se hubiere beneficiado económicamente con el dinero ilícitamente obtenido por los señores Crousillat, resultando inidónea para tal propósito probatorio la sola versión sostenida por el encausado José Enrique Crousillat López Torres, en el sentido que "tenía entendido que el dinero entregado por Vladimiro Montesinos Torres si ingresó a las cuentas de la Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, Canal Cuatro, pero que no le constaba", agregando que ello se lo mencionó su hijo José Francisco Crousillat Carreño; en razón no solo de la imprecisión de tal versión, sino especialmente por el evidente interés que el referido encausado tendría en el establecimiento de tal actuación, pues ello eventualmente podría favorecerlo en cuanto refiere al cumplimiento de la obligación resarcitoria que le pudiera corresponder. Siendo que por el contrario, de la pericia contable de parte obrante de fojas treintinueve mil novecientos ochenta a cuarenta mil quince ratificada y debatida durante el juzgamiento, fluyen elementos que tienden a descartar tal posibilidad; apreciación que se corrobora con la constante situación de insolvencia de dicha empresa precedente y subsiguiente a los hechos sub materia, la que devino en un proceso actual de reestructuración patrimonial; razón por la que ni siquiera podría sustentarse un criterio de riesgo beneficio puramente objetivo, para sostener su responsabilidad civil concurrente con la de los autores del ilícito penal; **SEXTO:** Que, del análisis probatorio precedente, contrariamente a la hipótesis de responsabilidad vicaria por subordinación; los elementos de juicio aportados al proceso permiten tener por probada la instrumentalización del Canal Cuatro de Televisión por los señores Crousillat Lopez Torres y Crousillat Carreño, para sus fines ilícitos de poner su línea editorial al servicio de los intereses políticos promovidos por el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, a cambio de percibir ilícitamente ingentes cantidades de dinero provenientes del tesoro público; debiendo puntualizarse que la constitución de la empresa Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima – Canal Cuatro de Televisión, precedió largamente a la adquisición de su accionariado por los referidos encausados y a su determinación criminal para la perpetración de los delitos robados; y que luego de producidos los hechos y agudizarse su situación de insolvencia, se ha producido un cambio en su accionariado, encontrándose actualmente en proceso de reestructuración patrimonial con la finalidad de responder a sus acreencias; razón por la que no se dan las condiciones que hagan necesaria la aplicación de las medidas extremas previstas en los numerales ciento cuatro y ciento cinco de Código Penal; resultándole de aplicación únicamente la prevista en el inciso cuarto del pre citado numeral, enfocada de modo concreto a la actividad ilícita para la que fue utilizada;

esto en atención a la ausencia de peligro social en la prosecución de las actividades de dicha empresa y de fundamento punitivo respecto a ella; a lo que debe adicionarse el negativo impacto socioeconómico, que tal decisión acarrearía, no sólo por la injustificada afectación a la persona jurídica en mención, sino básicamente porque tal afectación incidiría en sus acreedores y los nuevos accionistas, totalmente ajenos a los actos delictivos perpetrados mediando su instrumentalización abusiva por los encausados; **SÉTIMO:** Que, por las consideraciones antes expuestas y en aplicación de los dispuesto en el numeral doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales concordante con el numeral doscientos del Código Procesal Civil, debe absolverse al tercero civilmente responsable Compañía. Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima de la pretensión resarcitoria. Por tales fundamentos; **MI VOTO**: es por que se **ABSUELVA a la Compañía Peruana de Radio Difusión Sociedad Anónima – Canal Cuatro de Televisión,** de la pretensión resarcitoria dirigida en su contra, para que concurra solidariamente con los condenados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres en el pago de la reparación civil fijada a favor del Estado.----------

Ricardo A. Brousset Salas
Vocal

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL EN MATERIA PENAL
15 de julio de 2008

1. NATURALEZA PERMANENTE O INSTANTANEO DEL ILICITO DE REHUSAMIENTO DE ENTREGA DE BIENES.

ASUNTO
Se somete a consideración, la unificación de criterio en cuanto al delito de rehusamiento de entrega de bien dado en custodia previsto en el artículo 391° del Código Penal, ¿Se trata de un delito permanente tal como sostiene Fidel Rojas, o se trata de un delito instantáneo, tal como ha venido sosteniendo la Corte Suprema, sin explicar o motivar al respecto?

CONCLUSIÓN: POR MAYORÍA
Declarar que el delito de rehusamiento previsto en el artículo 391° del Código Penal vigente, es instantáneo, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos.

2. DETENCIÓN PREVENTIVA

ASUNTO
Se somete a consideración, algunos problemas relativos a la detención preventiva por un plazo no mayor a 24 horas, prevista en el artículo 2° inciso 24 parágrafo f) de la Constitución Política del Estado para que el detenido sea puesto a disposición del juez.¿debe entenderse que esas 24 horas rigen solo para la policía, debiendo agregarse otras 24 horas más para el fiscal y otras 24 horas más para el juez, haciendo un total de 72 horas, para que se resuelva la situación jurídica del detenido o sólo es computable únicamente 24 horas para el pronunciamiento respectivo de las tres autoridades antes mencionadas?

CONCLUSIÓN
La policía tiene potestad de detención, en caso de flagrancia delictiva, con conocimiento del Ministerio Público, como director de la investigación, entonces cada vez que exista la detención de un ciudadano, por parte de la policía debe comunicar inmediatamente dicha acción al Ministerio Público.
La detención dura 24 horas conforme a lo establecido en el artículo 2° inciso 24 parágrafo F) de la Constitución Política del Estado; esta detención es la que se realiza la policía con conocimiento del Ministerio Público, contra cualquier persona detenida en flagrancia de delito o que se tiene la sospecha que ha cometido un delito; (se da la llamada detención preliminar), en ningún caso la detención sobrepasará las veinticuatro horas, debiendo además tenerse en cuenta los tres controles fiscales; (la persona tiene calidad de detenido).
Si se cumplen los requisitos del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, el juez, tiene 24 horas para que determine la situación jurídica del detenido, aquí no existe otra detención, la detención ya existe, solamente que el juez dentro de las 24 horas, desde el momento que se le pone a disposición al detenido determinará su situación jurídica (esto es procesarlo con prisión preventiva o en comparecencia), la cual le hará conocer al rendir su declaración instructiva, aquí.

POR UNANIMIDAD
Que, las 24 horas de detención para que el detenido sea puesto a disposición del juez, corresponden al plazo que tiene el Ministerio Público para que pueda realizar las investigaciones preliminares que determinen si existe merito para formalizar denuncia penal contra el detenido, luego de lo cual pasada las 24 horas lo pondrá a disposición del juez, si

existe merito para formalizar denuncia penal o en caso contrario ponerlo en libertad; debiendo tenerse en cuenta en ambos casos el término de la distancia.

3. NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS SOBRE VENTA DE BIENES DEL IMPUTADO, A PROPOSITO DEL ARTÍCULO 97° DEL CÓDIGO PENAL

ASUNTO

Se somete a consideración, algunos problemas relativos en los casos de aplicación del artículo 97 del Código Penal. ¿Es nulo el acto jurídico sobre venta de los bienes del imputado efectuada antes que se le haya notificado la apertura del proceso penal en su contra o necesariamente se requiere que este haya tenido conocimiento cierto sobre la apertura de dicho proceso?

CONCLUSIÓN: POR UNANIMIDAD

No es necesario que el imputado tenga conocimiento cierto de la apertura del proceso penal instaurado en su contra, puesto que para que se de la nulidad de la transferencia del bien, basta que ésta haya sido efectuada con posterioridad a la comisión del hecho punible; siempre y cuando la transferencia signifique disminución de su patrimonio que lo haga insuficiente para cubrir el pago de una posible reparación civil.

4. CONVERSIÓN DE LA PENA EN LOS DELITOS DE OMISION A LA ASISTENCIA FAMILIAR, CUANDO EL IMPUTADO HA PAGADO LAS PENSIONES DEVENGADAS

ASUNTO

Se somete a consideración, algunos problemas relativos en cuanto a los delitos de omisión familiar, en el que el imputado ha pagado las pensiones devengadas en ejecución de sentencia. ¿Es procedente la conversión de pena prevista en los artículos 52 ° y siguientes del Código Penal?

CONCLUSIÓN: POR UNANIMIDAD

Que en la conversión de la pena privativa de libertad conforme se ha establecido en la doctrina jurisprudencial son presupuestos; que la pena se haya fijado previamente, es decir en ejecución de sentencia a solicitud del condenado y ante la evidencia de nueva prueba que avale la conversión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:COAGUILA CHAVEZ ERAZMO ARMANDO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 02/09/2022 10:18:11,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:SAN MARTIN CASTRO CESAR EUGENIO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 6/09/2022 20:26:48,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:ALTABAS KAJATT DE MILLA MARIA DEL CARMEN PALOMA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 7/09/2022 14:18:11,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:SEQUEIROS VARGAS IVAN ALBERTO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 06/09/2022 12:58:38,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo:CARBAJAL CHAVEZ NORMA BEATRIZ /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 7/09/2022 12:57:45,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala - Suprema:SALAS CAMPOS PILAR ROXANA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 08/09/2022 13:52:14,Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL,D.Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA,FIRMA DIGITAL

Delitos culposos, reparaciones civiles y nulidad de transferencias de bienes muebles

I. Debido a que la controversia casacional se circunscribe a las reparaciones civiles —beneficiarios y cuantía— y las transferencias de bienes —muebles e inmuebles—, su dilucidación tendrá como eje la aplicación de preceptos sustantivos del ordenamiento civil y penal.

II. En el plano de la responsabilidad civil extracontractual, los familiares —en sentido amplio, esto es, parientes, ascendentes, descendientes, colaterales o afines— están autorizados a incoar la pretensión indemnizatoria por los daños acaecidos —sean morales, materiales o lucro cesante—, sin que dicho derecho subjetivo esté condicionado a que, previamente, hayan sido declarados herederos legales de los perjudicados del delito.

Se estima que las reparaciones civiles y sus importes, otorgados a los familiares de la agraviada Tatiana Mariela Velazco Portocarrero, es decir, Luis Enrique Velazco Portocarrero, Nelly Lucía Silva Portocarrero y Juana María Silva Portocarrero, dieron cumplimiento al principio jurisdiccional de la motivación de las resoluciones judiciales —regulado en el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Estado— y al principio de legalidad.

III. Por otro lado, teniendo en cuenta las normas sustantivas civiles y penales, así como la jurisprudencia civil, es indudable que las transferencias vehiculares respectivas son nulas *ipso iure*.

La lectura conjunta y sistemática de los artículos 95 y 97 del Código Penal da cuenta de que este último dispositivo legal también es aplicable a los terceros civiles responsables

En modo alguno es relevante que el TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL), en la data de formalización de las cesiones mobiliarias, no haya tenido limitaciones financieras ni bloqueos o anotaciones registrales que le impidan comercializar su patrimonio.

Sin duda, la acción descrita se erige como un acto de mala fe, pues en el proceso penal se demostró que las empresas TJ Corporation Levisa SRL y P&M Corporation Arcali SRL tuvieron similares representantes; además, respecto a los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero), se puso de relieve una situación comercial con la que se pretendió dificultar el pago de las reparaciones civiles.

Así, en virtud de expuesto *ut supra*, se aprecia que no se infringió el artículo 97 del Código Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, nueve de marzo de dos mil veintidós

VISTOS: los recursos de casación interpuestos por los siguientes impugnantes:

I. El TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL) contra la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en lo que respecta a los montos fijados como reparación civil.

II. Los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero) contra la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), que confirmó la sentencia de primera instancia, del veintidós de enero de dos mil diecinueve (foja 570), que declaró fundadas las nulidades de transferencia planteadas por el representante del Ministerio Público, con relación a las ventas de bienes muebles e inmuebles realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

III. El TERCERO ADQUIRIENTE (en representación de la empresa P&M Corporation Arcali SRL) contra la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), que confirmó la sentencia de primera instancia, del veintidós de enero de dos mil diecinueve (foja 570), que declaró fundadas las nulidades de transferencia promovidas por el representante del Ministerio Público, sobre las ventas efectuadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. Según se aprecia, se emitieron los autos del veintinueve de agosto y del seis y el veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho (fojas 3, 71 y 116), que dieron lugar al juicio oral.

Así, se realizó el juzgamiento, según las actas concernidas (fojas 347, 357, 381, 404, 410, 429, 445, 473, 483, 511, 534, 541, 556, 559, 562, 566 y 697).

A su turno, se emitió la sentencia de primera instancia, del veintidós de enero de dos mil diecinueve (foja 570), que resolvió lo siguiente:

a. Condenar a CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN como autor de los delitos de homicidio culposo, en agravio de Ana Angélica Cárdenas Vivas, Raúl Felipe Sánchez Sotelo, Andrea Fernanda Cóndor Chirito, Lucy Amanda Polo Ramírez, Dionisio Javier Tapia Álvaro, Margarita Alicia Vergara Díaz de Merino, Sergio Joaquín Cóndor Chirito, William Martín Chapilliquén Antón, Cecilia Emperatriz Fernández Morales, Astrid Aimee Sánchez Falero, Fernando Bustamante Méndez, Sergio Vladimir Polo López, Ana María del Pilar Bustamante Méndez, María Karina Guardales Rodríguez, Hugo Nilton Tiznado Calcina, Lennin Genaro Meza Ortiz, Gisella Milagros Maturrano Reyes, Iván Wenceslao Jiménez Díaz, Yomaira Yanet Quiche Nicho, José Miguel Rojas Bernal, Alejandro Erick Laguna Huapaya, Ángela Fiorella García Bautista, Luz Mary Soto Díaz, Jenny Ruth Suárez Peña, Piero Alexis Ojeda Espinoza, Irene Paola Palomino Sánchez, Toribio Torres Souquon, Luis Alberto Montes Bazalar, Ángel Eduardo Alcántara Montes, Pedro Alejandro Carranza Rojas, Derek Alessandro

Ojeda Perochena, Carlos Guillermo Mechato Araujo, Johana Jackelyn García García, Marianela Guadalupe Chirito Cano e Indira Alexandra Díaz Pasache; y lesiones culposas, en perjuicio de Max Francis Jiménez Vilcayauri, Kevin Villalobos Rojas, Javier Martín Quispe Soto, Hansel Eduardo Córdova Pacherres, Alberto Carlos Ramos Vásquez y Lenin Joel Bances Díaz.

b. Imponer ocho años de pena privativa de la libertad.

c. Fijar las siguientes reparaciones civiles:

- S/ 80 000 (ochenta mil soles) a favor de Ana Angélica Cárdenas Vivas, Raúl Felipe Sánchez Sotelo, Andrea Fernanda Cóndor Chirito, Dionisio Javier Tapia Álvaro, Margarita Alicia Vergara Díaz de Merino, William Martín Chapilliquén Antón, Cecilia Emperatriz Fernández Morales, Astrid Aimee Sánchez Falero, Fernando Bustamante Méndez, Ana María del Pilar Bustamante Méndez, Hugo Nilton Tiznado Calcina, Lennin Genaro Meza Ortiz, Gisella Milagros Maturrano Reyes, Iván Wenceslao Jiménez Díaz, Yomaira Yanet Quiche Nicho, José Miguel Rojas Bernal, Alejandro Erick Laguna Huapaya, Ángela Fiorella García Bautista, Luz Mary Soto Díaz, Jenny Ruth Suárez Peña, Piero Alexis Ojeda Espinoza, Irene Paola Palomino Sánchez, Toribio Torres Souquon, Luis Alberto Montes Bazalar, Ángel Eduardo Alcántara Montes, Pedro Alejandro Carranza Rojas, Derek Alessandro Ojeda Perochena, Carlos Guillermo Mechato Araujo, Johana Jackelyn García García, Marianela Guadalupe Chirito Cano e Indira Alexandra Díaz Pasache. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de Clorinda Ventocilla Flores de Urbano, Armando Gutiérrez Aldoradin, Elmer Cóndor Lucchini, José Mercedes Urbano López, Emilio Edubino Moncada Ferrebu y Ada Isabel Burga Henriod. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 20 000 (veinte mil soles) a favor de Max Francis Jiménez Vilcayauri, Kevin Villalobos Rojas, Javier Martín Quispe Soto, Hansel Eduardo Córdova Pacheres, Alberto Carlos Ramos Vásquez y Lenin Joel Bances Díaz. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de Sixto Alejandro Oyola Grados. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de América Mercedes Cabello Antonio. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

- S/ 150 000 (ciento cincuenta mil soles) a favor de William Teodosio Romero Aranda. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 10 000 (cien mil soles) a favor de Carlos Eduardo López Romero. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SR L.
- S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de Daniela Camila Aylas Lezameta. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de Leticia Lizeth Lezameta León. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de Lorena Liliana Lezameta León. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 80 000 (ochenta mil soles) a favor de Sergio Polo López, Luci Amanda Polo Ramírez y Luz Ramírez Ochoa de Polo. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 80 000 (ochenta mil soles) a favor de Marina Carina Guardales Rodríguez. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de Tatiana Mariela Velazco Portocarrero. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de María Isabel Napuri Ramírez. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

d. Fundada la nulidad de transferencia formulada por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de Míriam Octavia Medrano Romero, sobre los vehículos de placas de rodaje números C3N-996, D7O-994, C7J-974, D9Y-989, C6M-974, C8B-979, F8Q-970, M2H-992, C6O-999, C7I-989, C8M-989, F5H-992, C8M-993 y D1H-971.

e. Fundada la nulidad de transferencia planteada por el representante del Ministerio Público, en relación a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de María Julia Romero Esperanza, sobre los vehículos de placas de rodaje números DOB-841, AFT-726, D5R-719, C2B-719, D5O-747, F2M-067 y D0A-905.

f. Fundada la nulidad de transferencia formulada por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de la empresa P&M Corporation Arcali SRL, sobre los vehículos de placas de rodaje números COY-970, C4O-944, D0D-992, D9V-989, F8H-978, F9N-995, AAP-981, C7D-987, D1H-971, AAR-990, F01-983, D4K-997, D9V-979, F01-984, F8H-977, F9M-978 y AJB-701.

g. Fundada la nulidad de transferencia planteada por el representante del Ministerio Público, en relación a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de la empresa P&M Corporation Arcali SRL, María Julia Romero Esperanza, Dick Denis Poma Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero, sobre los inmuebles lotes 19-A y 19-B, respectivamente.

h. Infundada la nulidad de transferencia formulada por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas de los vehículos de placas de rodaje números D9Y-791, D8E-916, D5B-734, AFN-793, D9Y-711 y D5C-789.

Por auto del quince de febrero de dos mil diecinueve (foja 727), se efectuó la corrección respectiva respecto a la fecha de la sentencia; lo correcto es veintidós de enero de dos mil diecinueve.

Segundo. Contra la sentencia de primera instancia, el señor fiscal provincial, los actores civiles (en representación de Luis Alberto Velazco Morán, Raquel Dilma Portocarrero Oliva, Hipólito Lezameta Espinoza, Idania Ada León Manrique, William Teodosio Romero Aranda, Sixto Alejandra Oyola Grados, Carlos Eduardo López Romero y América Mercedes Cabello Antonio), CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN, el TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL) y los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma Romero y la empresa P&M Corporation Arcali SRL) interpusieron los recursos de apelación, del cuatro, siete y veintisiete de febrero de dos mil diecinueve (fojas 744, 756, 762, 777, 781, 809, 823 y 857).

A través de los autos del quince y veintiocho de febrero de dos mil diecinueve (fojas 751, 841 y 974), las impugnaciones fueron concedidas y se elevaron los actuados al superior en grado.

Tercero. En la audiencia de apelación, conforme a las actas concernidas (fojas 1335 y 1384), no se actuaron medios probatorios; solo se expusieron las alegaciones de las partes procesales intervinientes y se realizaron las réplicas y dúplicas correspondientes.

A su turno, mediante sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), se decidió lo siguiente:

a. Se confirmó la sentencia de primera instancia, del veintidós de enero de dos mil diecinueve (foja 570), que condenó a CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN como autor de los delitos de homicidio culposo, en agravio de Ana Angélica Cárdenas Vivas, Raúl Felipe Sánchez Sotelo, Andrea Fernanda Cóndor Chirito, Lucy Amanda Polo Ramírez, Dionisio Javier Tapia Álvaro, Margarita Alicia Vergara Díaz de Merino, Sergio Joaquín Cóndor Chirito, William Martín Chapilliquén Antón, Cecilia Emperatriz Fernández Morales, Astrid Aimee Sánchez Falero, Fernando Bustamante Méndez, Sergio Vladimir Polo López, Ana María del Pilar Bustamante Méndez, María Karina Guardales Rodríguez, Hugo Nilton Tiznado Calcina, Lennin Genaro Meza Ortiz, Gisella Milagros Maturrano Reyes, Iván Wenceslao Jiménez Díaz, Yomaira Yanet Quiche Nicho, José Miguel Rojas Bernal, Alejandro Erick Laguna Huapaya, Ángela Fiorella García Bautista, Luz Mary Soto Díaz, Jenny Ruth Suárez Peña, Piero Alexis Ojeda Espinoza, Irene Paola Palomino Sánchez, Toribio Torres Souquon, Luis Alberto Montes Bazalar, Ángel Eduardo Alcántara Montes, Pedro Alejandro Carranza Rojas, Derek Alessandro Ojeda Perochena, Carlos Guillermo Mechato Araujo, Johana Jackelyn García García, Marianela Guadalupe Chirito Cano e Indira Alexandra Díaz Pasache; y lesiones culposas, en perjuicio de Max Francis Jiménez Vilcayauri, Kevin Villalobos Rojas, Javier Martín Quispe Soto, Hansel Eduardo Córdova Pacherres, Alberto Carlos Ramos Vásquez y Lenin Joel Bances Díaz.

A la vez, se ratificaron las siguientes consecuencias jurídicas:

i. Le aplicaron ocho años de pena privativa de la libertad.

ii. Se fijaron las siguientes reparaciones civiles:

- S/ 80 000 (ochenta mil soles) a favor de Ana Angélica Cárdenas Vivas, Raúl Felipe Sánchez Sotelo, Andrea Fernanda Cóndor Chirito, Dionisio Javier Tapia Álvaro, Margarita Alicia Vergara Díaz de Merino, William Martín Chapilliquén Antón, Cecilia Emperatriz Fernández Morales, Astrid Aimee Sánchez Falero, Fernando Bustamante Méndez, Ana María del Pilar Bustamante Méndez, Hugo Nilton Tiznado Calcina, Lennin Genaro Meza Ortiz, Gisella Milagros Maturrano Reyes, Iván Wenceslao Jiménez Díaz, Yomaira Yanet Quiche Nicho, José Miguel Rojas Bernal, Alejandro Erick Laguna Huapaya, Ángela Fiorella García Bautista, Luz Mary Soto Díaz, Jenny Ruth Suárez Peña, Piero Alexis Ojeda Espinoza, Irene Paola Palomino Sánchez, Toribio Torres Souquon, Luis Alberto Montes Bazalar, Ángel Eduardo Alcántara Montes, Pedro Alejandro Carranza Rojas, Derek Alessandro Ojeda Perochena, Carlos Guillermo Mechato Araujo, Johana Jackelyn García García, Marianela Guadalupe Chirito Cano e

Indira Alexandra Díaz Pasache. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de Clorinda Ventocilla Flores de Urbano, Armando Gutiérrez Aldoradin, Elmer Cóndor Lucchini, José Mercedes Urbano López, Emilio Edubino Moncada Ferrebu y Ada Isabel Burga Henriod. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 20 000 (veinte mil soles) a favor de Max Francis Jiménez Vilcayauri, Kevin Villalobos Rojas, Javier Martín Quispe Soto, Hansel Eduardo Córdova Pacheres, Alberto Carlos Ramos Vásquez y Lenin Joel Bances Díaz. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de Sixto Alejandro Oyola Grados. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de América Mercedes Cabello Antonio. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 150 000 (ciento cincuenta mil soles) a favor de William Teodosio Romero Aranda. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 100 000 (cien mil soles) a favor de Carlos Eduardo López Romero. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 20 000 (doscientos mil soles) a favor de Daniela Camila Aylas Lezameta. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 80 000 (ochenta mil soles) a favor de Sergio Polo López, Luci Amanda Polo Ramírez y Luz Ramírez Ochoa de Polo. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 80 000 (ochenta mil soles) a favor de Marina Carina Guardales Rodríguez. La suma será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.
- S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de María Isabel Napuri Ramírez. El monto será cancelado solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

Además, se confirmaron los siguientes extremos:

- Fundada la nulidad de transferencia formulada por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de

Míriam Octavia Medrano Romero, sobre los vehículos de placas de rodaje números C3N-996, D7O-994, C7J-974, D9Y-989, C6M-974, C8B-979, F8Q-970, M2H-992, C6O-999, C7I-989, C8M-989, F5H-992, C8M-993 y D1H-971.

- Fundada la nulidad de transferencia planteada por el representante del Ministerio Público, con relación a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de María Julia Romero Esperanza, sobre los vehículos de placas de rodaje números DOB-841, AFT-726, D5R-719, C2B-719, D5O-747, F2M-067 y D0A-905.
- Fundada la nulidad de transferencia formulada por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de la empresa P&M Corporation Arcali SRL, sobre los vehículos de placas de rodaje números COY-970, C4O-944, D0D-992, D9V-989, F8H-978, F9N-995, AAP-981, C7D-987, D1H-971, AAR-990, F01-983, D4K-997, D9V-979, F01-984, F8H-977, F9M-978 y AJB-701.
- Fundada la nulidad de transferencia planteada por el representante del Ministerio Público, con relación a las ventas realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL, a favor de la empresa P&M Corporation Arcali SRL, María Julia Romero Esperanza, Dick Denis Poma Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero, sobre los inmuebles lotes 19-A y 19-B, respectivamente.

b. Se revocó la sentencia de primera instancia, en los extremos que fijó como reparación civil la suma de S/ 200 000 (doscientos mil soles) a favor de Leticia Lizeth Lezameta León y Tatiana Mariela Velazco Portocarrero, que será cancelada solidariamente con la empresa TJ Corporation Levisa SRL; reformándola, estableció como reparación civil el monto de S/ 300 000 (trescientos mil soles).

c. Se revocó dicha sentencia en cuanto declaró infundada la nulidad de transferencia planteada por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas de los vehículos de placas de rodaje números D9Y-791, D8E-916, D5B-734, AFN-793, D9Y-711 y D5C-789; reformándola, declaró fundada la nulidad de transferencia.

Por auto del diecinueve de julio de dos mil diecinueve (foja 1413), se realizó la adición correspondiente respecto al agraviado del delito de homicidio culposo Sergio Joaquín Cóndor Chirito.

Cuarto. En las sentencias de primera y segunda instancia, se declaró probado lo siguiente:

4.1. El dos de enero de dos mil dieciocho, aproximadamente a las 11:20 horas, CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN se

encontraba conduciendo los vehículos remolcador y semiremolcador de placas de rodaje números AFJ-758 y D9V-974, por la Panamericana Norte, en sentido sur a norte, y excedió el límite de velocidad.

4.2. Debía cubrir la ruta desde el distrito de Ate hasta la compañía minera Raura, en la provincia de Oyón, departamento de Lima.

4.3. A la altura del kilómetro 15 de la Panamericana Norte, se encontraba instalada una señal que indicaba que la velocidad máxima era 45 km/h.

4.4. En el trayecto, invadió el carril contrario, obstaculizó el desplazamiento del ómnibus de la empresa San Martín de Porres de placa de rodaje número B0K-954, y lo impactó en la parte tercio delantero izquierda y anterior izquierda. Debido a ello, el chofer Dionisio Javier Tapida Álvaro perdió el control de la unidad y cayó al abismo de doscientos metros de profundidad. Como consecuencia, fallecieron cincuenta y dos pasajeros y se lesionaron seis ocupantes.

Quinto. Frente a la sentencia de vista, CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN, el TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL), los TERCEROS ADQUIRENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma Romero y la empresa P&M Corporation Arcali SRL) y el actor civil (en representación de Tatiana Mariela Velazco Portocarrero) promovieron los recursos de casación del dieciocho y diecinueve de julio de dos mil diecinueve (fojas 1422, 1439, 1456, 1462 y 1482).

A través del auto del cinco de septiembre de dos mil diecinueve (foja 1515), se concedieron las casaciones y el expediente judicial fue remitido a este órgano jurisdiccional.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Sexto. De acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, se expidió el auto del seis de abril de dos mil veintiuno (foja 492 en el cuaderno supremo), que resolvió lo siguiente:

a. Bien concedidos los recursos de casación formulados por el TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL), los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma Romero) y el TERCERO ADQUIRIENTE (en representación de la empresa P&M Corporation Arcali SRL).

b. Inadmisibles los recursos de casación planteados por CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN y el actor civil (en representación de Tatiana Mariela Velazco Portocarrero).

Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión de la casación, según las notificaciones respectivas (fojas 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538 y 539 en el cuaderno supremo).

Séptimo. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República era competente para dilucidar el recurso de casación.

Sin embargo, a través de la Resolución Administrativa número 000378-2021-CE-PJ, del dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno (foja 542 en el cuaderno supremo), el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República debía tramitar los expedientes correspondientes del Código Procesal Penal.

En este punto, se subraya la siguiente línea de tiempo:

a. En primer lugar, el expediente judicial fue recibido por la Sala Penal Transitoria, según el decreto del treinta de octubre de dos mil diecinueve (foja 357 en el cuaderno supremo).

b. En segundo lugar, mediante auto del seis de abril de dos mil veintiuno (foja 492 en el cuaderno supremo), se calificaron los recursos de casación propuestos.

c. En tercer lugar, los actuados fueron remitidos conforme al decreto del dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno (foja 546 en el cuaderno supremo).

Como se observa, desde que el cuaderno de debate fue recepcionado en la sede suprema —el treinta de octubre de dos mil diecinueve— hasta que se emitió pronunciamiento sobre la admisibilidad de las casaciones —el seis de abril de dos mil veintiuno— transcurrió un año y cinco meses.

Luego, entre la data de la calificación —el seis de abril de dos mil veintiuno— y la fecha de remisión —el dieciséis de noviembre del mismo año—, acontecieron siete meses.

En total, los actuados estuvieron a cargo de la Sala Penal Transitoria aproximadamente dos años.

Después, mediante decreto del seis de diciembre de dos mil veintiuno (foja 547 en el cuaderno supremo), esta Sala Penal Suprema se avocó al conocimiento de la causal penal.

A continuación, se expidió el decreto del veintiuno de enero de dos mil veintidós (foja 551 en el cuaderno supremo), que señaló el once de febrero del mismo año como fecha para la vista de casación.

Se emplazó a los sujetos procesales, conforme a los cargos (fojas 552 y 553 en el cuaderno supremo).

Octavo. Llevada a cabo la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación, y

por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se declararon bien concedidos los recursos de casación planteados por la causal contenida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal, que prevé lo siguiente: "Si la sentencia o auto o importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación".

A la vez, el artículo 432, numeral 2, del Código Procesal Penal estatuye lo siguiente: "La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos".

Es por ello que, a fin de evaluar el motivo enunciado, resulta imprescindible ceñirse escrupulosamente a los hechos probados por los órganos jurisdiccionales sentenciadores.

El *error iuris* acarrea comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que deben ser respetados en su integridad, orden y significación, fueron aplicados correctamente a los mismos, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación[1].

El principio de intangibilidad fáctica detenta plena vigencia.

Por ende, no se discute la responsabilidad penal de CHRISTIAN CÉSAR QUILLAHUAMÁN CUSIHUAMÁN en los delitos culposos atribuidos en el caso.

Segundo. En lo atinente al caso judicial, en el auto del seis de abril de dos mil veintiuno (foja 492 en el cuaderno supremo), se precisó lo siguiente:

En primer lugar,

> Con relación al recurso de casación interpuesto por […] TJ Corporation Levisa SRL […] al parecer se habría transgredido el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú […] debido a que se otorgó beneficio de acceso a la reparación civil al hermano de la víctima Tatiana Mariela Velazco Portocarrero, que responde al nombre de Luis Enrique Velazco Portocarrero, así como a dos personas cuya filiación aducen es desconocida, por no haberse acreditado que responden a los nombres de Nelly Lucía Silva Portocarrero y Juana María Portocarrero, pese a encontrarse excluidas por mandato legal como herederas de la agraviada […] al parecer se afectó el principio de legalidad […] (cfr. considerando 2.5).

En segundo lugar,

[1] GIMENO SENDRA, Vicente. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Pamplona: Editorial Civitas, p. 958.

> En lo concerniente al recurso de casación interpuesto por […] María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero […] al parecer se habría aplicado erróneamente el artículo 97 del Código Penal […] debido a que los impugnantes constituyen los adquirentes de los bienes propios que TJ Corporation Levisa SRL que tuvo a bien ofrecer en venta, tales como vehículos automotores y propiedades inmuebles, y estos negocios se formalizaron en […] cumplimiento de las leyes aplicables, aunándose que, a la fecha de la formalización de las ventas, TJ Corporation Levisa SRL no se encontraba comprendido como tercero civilmente responsable en este proceso, no ostentaba medida limitativa para el ejercicio de su accionar financiero y comercial, no ostentaban sus propiedades, bloqueos ni anotaciones de orden jurisdiccional, a nivel registral, que limitaran la libre disposición de sus bienes […] al parecer se afectó el principio de legalidad […] (cfr. considerando 2.6).

Y, en tercer lugar,

> En cuanto al recurso de casación interpuesto por P&M Corporation Arcali SRL […] al parecer se habría transgredido el artículo 97 del Código Penal […] debido a que la sentencia de vista, sin observar el principio de legalidad y considerando al tercero civilmente responsable TJ Corporation Levisa SRL, declaró la nulidad de las transferencias de los vehículo e inmueble, vendidos […] a P&M Corporation Arcali SRL […] el artículo 97 del Código Penal […] no establece una conducta prohibida de que los actos posteriores al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del tercero civilmente responsable […] al parecer se afectó el principio de legalidad […] (cfr. considerando 2.4).

Tercero. De modo previo, se advierte que, de acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, el contenido de los autos de calificación de recurso de casación no presupone un adelantamiento sobre el juicio jurisdiccional de fondo, que a la postre concierne realizar.

Su naturaleza es eminentemente declarativa (recoge una denuncia constitucional y/o legal, la engarza en las causales respectivas y establece que corresponde dilucidarla, sin que ello implique, necesariamente, su estimación jurídica) y no constitutiva.

Cuarto. Debido a que la controversia casacional se circunscribe a las reparaciones civiles —beneficiarios y cuantía— y las transferencias de bienes —muebles e inmuebles—, su dilucidación tendrá como eje la aplicación de preceptos sustantivos del ordenamiento civil y penal.

I. Del recurso de casación del tercero civil responsable (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL)

Quinto. Se ha cuestionado a los favorecidos y la cuantía de las reparaciones civiles.

En términos generales, la jurisprudencia penal ha establecido:

> Tratándose del [monto] de la reparación civil, el rol de la Corte Suprema es controlar si los órganos de instancia fijaron las bases que fundamentan la cuantía y si estas son razonables […]. Ésta, por lo

> general, corresponde fijarla a los jueces de primera y segunda instancia, de manera que […] no es revisable en casación, pues al no establecer el Código Civil o el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley material […][2].

Sexto. Al respecto, el artículo 1984 del Código Civil estatuye lo siguiente: "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia".

A la vez, según el *Diccionario panhispánico del español jurídico, el* término *familia* tiene dos acepciones semánticas, es decir, como un "grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas" o un "conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje".

Sobre ello, se advierte que, en el plano de la responsabilidad civil extracontractual, los familiares —en sentido amplio, esto es, parientes, ascendentes, descendientes, colaterales o afines— están autorizados a incoar la pretensión indemnizatoria por los daños acaecidos —sean morales, materiales o lucro cesante—, sin que dicho derecho subjetivo esté condicionado a que, previamente, hayan sido declarados herederos legales de los perjudicados del delito.

Como se sabe, los procesos penales y civiles no siempre se instauran de forma simultánea o paralela. Lo cotidiano es que, primero, se dé inicio al sumario penal y, posteriormente, al civil.

En ese sentido, los conflictos relativos al orden sucesorio, regulado en el artículo 816 del Código Civil, serán resueltos en la vía civil competente.

Séptimo. De este modo, se relieva que, en la sentencia de primera instancia, del veintidós de enero de dos mil diecinueve (foja 570), respecto de la víctima Tatiana Mariela Velazco Portocarrero, se fijaron las siguientes reparaciones civiles: S/ 20 000 (veinte mil soles) por lucro cesante, S/ 30 000 (treinta mil soles) por daño moral y S/ 53 000 (cincuenta y tres mil soles) por daño emergente. Además, se estableció a los beneficiarios, esto es, Luis Enrique Velazco Portocarrero —hermano—, Raquel Dilma Portocarrero, Nelly Lucía Silva Portocarrero y Juana María Silva Portocarrero —tías— (cfr. ítem 13, rubro decisión).

Y, para acreditar el perjuicio irrogado, se ponderaron diversos elementos de juicio: declaraciones y pericias psicológicas de Luis Enrique Velazco Portocarrero, Raquel Dilma Portocarrero, Nelly Lucía Silva Portocarrero y Juana María Silva Portocarrero; informes de ingresos y egresos de inmuebles; y contrato del servicio funerario (cfr. ítem 16, considerando 107.5).

---

[2] SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 695-2018/Lambayeque, del catorce de marzo de dos mil diecinueve, fundamento de derecho sexto.

Por su parte, en la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), se absolvió la apelación respectiva y se determinó que se efectuó una debida valoración y justificación del daño emergente, el daño moral y el lucro cesante, por lo que los montos son razonables y proporcionales (cfr. considerando 51, *in extenso*).

Lo descrito evidencia que en primera y segunda instancia se esgrimieron bases concretas y juicios de valor —lógicos y cognoscibles— para determinar las indemnizaciones y sus beneficiarios.

Octavo. Otro aspecto discutido reside en el monto de las reparaciones civiles.

De entrada, el artículo 101 del Código Penal prevé lo siguiente: "La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil".

Es pertinente, por tanto, recurrir a las disposiciones civiles y penales.

Así, ni el artículo 93 del Código Penal ni los artículos 1969, 1984 y 1985 del Código Civil han contemplado que, en la cuantificación de la indemnización por daños —dolosos o culposos— y perjuicios, concierna ponderar la capacidad o situación económica del agente delictivo o los terceros civiles responsables.

El criterio rector es la dimensión de los daños y perjuicios irrogados.

Dicha línea se sustenta en la jurisprudencia penal:

> El fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con "ofensa penal" —lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente— [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos[3].

Noveno. Se enfatiza que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico. Debe tratarse de sufrimientos evidentes y susceptibles de valoración pecuniaria, sin que se admita recurrir a conjeturas desprovistas de certidumbre o seguridad[4].

Lo descrito se deriva de la doctrina *res ipsa loquitur*, en el sentido de que "la cosa habla por sí misma".

Décimo. En sede de casación solo es posible rectificar la cuantía de la indemnización fijada, si se constata lo siguiente: **a.** se excedió lo solicitado por las partes acusadoras; **b.** se fijaron defectuosamente las bases correspondientes; **c.** hubo discordancia entre las fuentes y

---

[3] SALAS PENALES. Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario número 6-2006/CJ-116, del trece de octubre de dos mil seis, fundamento jurídico séptimo.

[4] SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 812/2004, del veintinueve de enero de dos mil cinco, fundamento de derecho octavo.

la compensación respectiva; **d.** se aprecia error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la suma establecida[5].

Según trasciende de las respectivas sentencias de primera y segunda instancia, los daños y perjuicios producidos subyacen de la importancia del bien jurídico vulnerado, esto es, la vida humana, cuyo valor es incuantificable.

De ahí que no concurren los supuestos de revocatoria pergeñados —por excesos, defectos, contradicciones, errores o arbitrariedades—, de suerte que los montos establecidos por daño moral, daño emergente y lucro cesante se mantienen incólumes.

Undécimo. Por todo ello, se estima que las reparaciones civiles y sus importes, otorgados a los familiares de la agraviada Tatiana Mariela Velazco Portocarrero, es decir, Luis Enrique Velazco Portocarrero, Nelly Lucía Silva Portocarrero y Juana María Silva Portocarrero, dieron cumplimiento al principio jurisdiccional de la motivación de las resoluciones judiciales —regulado en el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Estado— y al principio de legalidad.

Entonces, el recurso de casación evaluado será desestimado.

II. De los recursos de casación de los terceros adquirentes (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma Romero y la empresa P&M Corporation Arcali SRL)

Duodécimo. Es oportuno citar el bloque de legalidad respectivo.

a. En primer lugar, el artículo 95 del Código Penal prevé lo siguiente: "La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados".

b. En segundo lugar, el artículo 97 del Código Penal estipula lo siguiente: "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".

c. En tercer lugar, el artículo 11, numeral 2, del Código Procesal Penal regula el ejercicio de la acción civil y precisa lo siguiente:

> Su ámbito comprende las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectos.

d. En cuarto lugar, el artículo 15, numeral 1, del Código Procesal Penal determina lo siguiente:

---

[5] SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 1345/2015, del cuatro de abril de dos mil dieciséis, fundamento de derecho primero.

> El Ministerio Público o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal […] que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente […] solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien.

e. En quinto lugar, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil prescribe lo siguiente: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

f. En sexto lugar, el artículo 219 del Código Civil instituye lo siguiente: "El acto jurídico es nulo […] 5. Cuando adolezca de simulación absoluta […]".

Decimotercero. Adicionalmente, se remarca la jurisprudencia civil, según la cual:

> Cabe precisar que el Código Civil de 1984 si bien […] no establece taxativamente la nulidad del negocio, ello no significa que no sea de aplicación a negocios jurídicos con vicios originarios, máxime cuando […] la nulidad táctica o virtual es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un acto jurídico, por contravenir el mismo orden público, las buenas costumbres o una o varias normas imperativas [por lo que] es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad […] la nulidad tácita o virtual[6].

Decimocuarto. Ahora bien, en la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), se anotó lo siguiente:

a. Se apreció simulación absoluta en las trasferencias realizadas entre las empresas TJ Corporation Levisa SRL y P&M Corporation Arcali SRL, pues los socios y accionistas de la primera fueron los mismos de la segunda, lo cual constituye un acto fraudulento, ya que tuvo como propósito disminuir el patrimonio del TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL) e incumplir el pago de las reparaciones civiles.

b. La nulidad de las múltiples transferencias vehiculares efectuadas a María Julia Romero Espinoza, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma Romero y la empresa P&M Corporation Arcali SRL se ajusta a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, toda vez que no se afectaron derechos fundamentales de los obligados civiles; se aseguró tutela judicial efectiva; se garantizó el abono integral, oportuno y solidario de las reparaciones civiles a los cincuenta y ocho agraviados (cincuenta y dos fallecidos y seis lesionados), y se preservó la ejecución de la sentencia.

c. Los actos jurídicos en los que intervino Míriam Octavia Medrano Romero pretendieron disminuir el patrimonio del tercero

[6] SALAS CIVILES. Corte Suprema de Justicia de la República. Quinto Pleno Casatorio Civil. Recurso de Casación número 3189-2012/Lima Norte, del tres de enero de dos mil trece, fundamentos centésimo quincuagésimo noveno y centésimo sexagésimo.

obligado y evadir el pago de las reparaciones civiles. En adición, las ventas de vehículos se realizaron en febrero de dos mil dieciocho, es decir, poco tiempo después de que se produjo el accidente vehicular que trajo consigo la muerte y lesiones de una ingente cantidad de personas.

Decimoquinto. En este escenario, teniendo en cuenta las normas sustantivas civiles y penales, así como la jurisprudencia civil enunciada, es indudable que las transferencias vehiculares respectivas son nulas *ipso iure*.

La lectura conjunta y sistemática de los artículos 95 y 97 del Código Penal da cuenta de que este último dispositivo legal también es aplicable a los terceros civiles responsables

En modo alguno es relevante que el TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL), en la data de formalización de las cesiones mobiliarias, no haya tenido limitaciones financieras ni bloqueos o anotaciones registrales que le impidan comercializar su patrimonio.

Sin duda, la acción descrita se erige como un acto de mala fe, pues, en el proceso penal, se demostró que las empresas TJ Corporation Levisa SRL y P&M Corporation Arcali SRL tuvieron similares representantes; además, respecto de los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero), se puso de relieve una situación comercial con la que se pretendió dificultar el pago de las reparaciones civiles.

Así, en virtud de lo expuesto *ut supra*, se aprecia que no se infringió el artículo 97 del Código Penal.

En lo pertinente, la Sala Penal Superior, en el ámbito de sus competencias como ente de apelación, abordó y desestimó individualmente las objeciones formalizadas, mediante respuestas suficientemente comprensibles y razonables a cada motivo impugnativo.

Así, los recursos de casación formulados se declararán infundados.

III. Costas procesales

Decimosexto. Por último, el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece que quien interpuso un recurso sin éxito deberá pagar por las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del mismo cuerpo normativo. Por ende, atañe al TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL) y a los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma

Romero y la empresa P&M Corporation Arcali SRL) asumir tal obligación procesal.

La liquidación le corresponde a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por los siguientes impugnantes:

a. El TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL), contra la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en lo que respecta a los montos fijados como reparación civil.

b. Los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero y Alexander Wilder Poma Romero) contra la sentencia de vista aludida, que confirmó la sentencia de primera instancia, del veintidós de enero de dos mil diecinueve (foja 570), que declaró fundadas las nulidades de transferencia planteadas por el representante del Ministerio Público, con relación a las ventas de bienes muebles e inmuebles realizadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

c. El TERCERO ADQUIRIENTE (en representación de la empresa P&M Corporation Arcali SRL) contra la sentencia de vista indicada, que confirmó la sentencia de primera instancia referida, que declaró fundadas las nulidades de transferencia promovidas por el representante del Ministerio Público, respecto a las ventas efectuadas por la empresa TJ Corporation Levisa SRL.

En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista, del cinco de julio de dos mil diecinueve (foja 1344).

II. **CONDENARON** al TERCERO CIVIL RESPONSABLE (en representación de la empresa TJ Corporation Levisa SRL) y a los TERCEROS ADQUIRIENTES (en representación de María Julia Romero Espinoza, Míriam Octavia Medrano Romero, Johon Nils Poma Romero, Alexander Wilder Poma Romero y la empresa P&M Corporation Arcali SRL) al pago de las costas procesales correspondientes, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.

III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

IV. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ecb

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO

Año XXVI / Nº 1033

Miércoles 18 de enero de 2017

República del Perú

PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia de la República
IX Pleno Casatorio Civil

Sentencia del Pleno Casatorio
Casación N° 4442-2015-Moquegua

JURISPRUDENCIA

SEPARATA ESPECIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

IX PLENO CASATORIO CIVIL

CASACIÓN Nº 4442-2015 MOQUEGUA

Demandantes : Mejía García, Liliana Amanda
Barrios Carpio, Jubert Alberto

Demandados : Reátegui Marín, Rosa Estrella
Collantes Arimuya, Ángel Gabriel

Materia : Otorgamiento de escritura pública

Vía procedimental : Proceso sumarísimo

Sumario:

I. Resumen del proceso
II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar
III. Las opiniones de los *amicus curiae*
IV. Planteamiento del problema
- IV.1. El contrato y sus efectos
- IV.2. El principio de la libertad de forma
- IV.3. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*
- IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública
- IV.5. El proceso de calificación del acto jurídico
- IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública
  - IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública
  - IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso
- IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública
  - IV.7.1. El contrato de compraventa
  - IV.7.2. El contrato de donación y el contrato de anticresis
- IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública
  - IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública
  - IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública
  - IV.8.3. La resolución del contrato y el otorgamiento de escritura pública

V. Análisis del caso
VI. Decisión

Sentencia Dictada por el Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República

En la ciudad de Lima, Perú, a los 09 días del mes de agosto de 2016, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 08 de junio de 2016, oídas que fueron las exposiciones de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo la magistrada ponente la señora Jueza Suprema **Janet Tello Gilardi**, de los actuados resulta:

I. Resumen del proceso

1. Mediante escrito corriente de fojas 32 a 42, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, interponen demanda de otorgamiento de escritura pública contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y su cónyuge Rosa Estrella Reátegui Marín, peticionando, como **pretensión principal**: que se ordene a los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana "H", Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoria**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida Nº PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoria**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Los demandantes argumentan en su demanda lo siguiente:

> **1.1.** Los demandados fueron propietarios del lote de terreno urbano Nº 10 –Manzana "H" – PROMUVI II – SIGLO XXI –Pampa Inalámbrica – Distrito y Provincia de Ilo, y mediante contrato de compraventa contenido en el documento privado del 26 de agosto del 2008, lo transfirieron a favor de los demandantes.
> **1.2.** Agrega que los demandados, en el año 2005, se fueron a radicar al Callao y dejaron el lote de terreno de su propiedad al cuidado de una tercera persona. Luego, los demandados manifestaron su voluntad de vender el lote de terreno de Ilo, indicando que habían adquirido un lote de terreno en el Callao por lo que necesitaban con urgencia el dinero para pagar esta última adquisición. Es así que demandantes y demandados se pusieron de acuerdo en el precio del lote de terreno y acordaron que estos últimos arribarían a la ciudad de Ilo para la suscripción del contrato correspondiente.
> **1.3.** Con fecha 25 de agosto del 2008 arriba a la ciudad de Ilo el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien manifestó que por motivos de salud su esposa no pudo viajar, sin embargo, podían celebrar el contrato de compraventa en documento privado con el compromiso de que en los días posteriores se formalizaría la transferencia mediante escritura pública, situación que fue ratificada, vía telefónica, por la señora Rosa Estrella Reátegui Marín quien además indicó que su esposo estaba autorizado para recibir el precio pactado.
> **1.4.** Con fecha 26 de agosto del 2008 se celebró el contrato en documento privado, el mismo que fue suscrito por el demandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y por la demandante Liliana Amanda Mejía García, entregándosele ese mismo día, a aquél, el precio convenido: US$5,000.00 Dólares Americanos. El inmueble fue desocupado por la persona que lo estaba custodiando y los demandantes entraron en

posesión del mismo desde fines de agosto del 2008, conservándola hasta la fecha.

1.5. En el contrato de compraventa los demandantes se comprometieron a pagar la deuda que tenían los demandados con el Banco de Materiales y ENACE, así como, el impuesto predial y los arbitrios municipales, siendo que los demandantes ya han cancelado la deuda con el Banco de Materiales; sin embargo, los demandados se han desentendido de su obligación de otorgar la escritura pública que formalice el contrato de compraventa.

1.6. Invocan como fundamento de derecho de su demanda los artículos 140, 141, 949, 1412, 1529 y 1549 del Código Civil.

2. Por resolución número uno corriente a fojas 44 se admitió a trámite la demanda en la vía del proceso sumarísimo, corriéndosele traslado a los demandados por el término de ley, bajo apercibimiento de declarárseles rebeldes.

3. Por resolución número dos de fojas 54 se declaró la rebeldía de los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, y se señaló fecha para la audiencia única.

4. En la Audiencia única cuya acta corre de fojas 66 a 68, se declaró saneado el proceso; se fijó como punto controvertido: "Determinar si el contrato de compraventa celebrado entre las partes obliga a los demandados a otorgar escritura pública"; y se califican los medios probatorios.

5. A fojas 83, se emite la sentencia de primera instancia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

5.1. En la partida registral del inmueble materia de venta aparecen como titulares el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Rosa Estrella Reátegui Marín, ambos en condición de casados, por lo que el bien le pertenece a la sociedad conyugal; mientras que en el contrato que se pretende formalizar únicamente ha intervenido como parte vendedora el señor Ángel Gabriel Collantes Arimuya y como parte compradora la señora Liliana Amanda Mejía García, no mencionándose en ningún momento a la cónyuge del primero de los mencionados.

5.2. Los demandantes no han acreditado que al momento de la celebración del contrato de compraventa, el cónyuge demandado haya actuado con poder especial para actuar en representación de la otra cónyuge, evidenciándose la falta de manifestación de voluntad de ésta, y mucho menos han acreditado la existencia de documento posterior de confirmación del contrato de compraventa, para validar la exigencia del otorgamiento de la escritura pública.

5.3. Si bien en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se discute la validez o eficacia del contrato que se pretende formalizar, sino únicamente el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, debe tenerse en cuenta que tratándose de la enajenación de un bien social, la forma prescrita por la ley es la intervención de ambos cónyuges, y, en el caso de autos, en el contrato que se pretende formalizar solo ha intervenido uno de los cónyuges, por lo que se ha incurrido en evidente causal de nulidad del contrato por infracción de los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, falta de manifestación de voluntad del agente (la cónyuge que no intervino) y falta de la forma prescrita por la ley (la intervención de ambos cónyuges), deviniendo en improcedente la demanda.

6. Por escrito de fojas 199, Elsa Flores Pally, actuando en representación de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, se apersona a la segunda instancia e informa sobre la existencia de un proceso de nulidad del contrato que ahora se pretende formalizar, proceso seguido por la antes mencionada contra su cónyuge Ángel Gabriel Collantes Arimuya y la señora Liliana Amanda Mejía García (demandante en el presente proceso), ante el Juzgado Mixto de Ilo, adjuntando a su escrito copia de la demanda de nulidad de acto jurídico y de un escrito de apersonamiento y formulación de excepciones presentado por Liliana Amanda Mejía García.

7. A fojas 208, se emite la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince, que confirma la sentencia apelada que declara improcedente la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

7.1. En el contrato que se pretende formalizar participaron Ángel Gabriel Collantes Arimuya, como vendedor, y Liliana Amanda Mejía García, como compradora, y no así la cónyuge del vendedor, doña Rosa Estrella Reátegui Marín, quien debió participar en el contrato para consolidar la manifestación de voluntad de la sociedad conyugal.

7.2. No resulta admisible que la manifestación de voluntad de Rosa Estrella Reátegui Marín sea tácita o implícita, a la luz de la actitud asumida para la celebración de sus actos jurídicos.

7.3. No existe prueba que acredite que doña Rosa Estrella Reátegui Marín haya expresado su voluntad de enajenar el bien, siendo que los indicios de no vivir o reclamar el bien no conducen a concluir que ésta transfirió el bien.

7.4. De acuerdo con el artículo 315 del Código Civil para disponer de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal se requiere de la intervención de ambos cónyuges, es más si uno de los cónyuges actúa en representación del otro, requiere poder especial. Por lo tanto, al no haberse acreditado la transferencia de la propiedad de la sociedad conyugal, no cabe amparar la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

8. Contra la sentencia de vista, la codemandante, Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, que corre de fojas 222 a 227; sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

8.1. La recurrente en su recurso de casación denuncia: **(i)** infracción normativa del artículo 141 del Código Civil concordante con el artículo 1352 del Código Civil, en tanto los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento, y la manifestación de voluntad puede ser tácita, que es lo que se habría producido respecto de la señora Rosa Estrella Reátegui Marín ya que ésta por vía telefónica comunicó que por razones de enfermedad no podía viajar del Callao a Ilo para la firma del contrato de compraventa y lo haría su esposo Ángel Gabriel Collantes Arimuya, quien, en efecto, el 26 de agosto del 2008, celebró el contrato. Luego, han sido los propios demandados los que entregaron el inmueble y retiraron sus bienes muebles para trasladarlos al Callao, no habiendo solicitado la restitución del inmueble en ningún momento; **(ii)** indebida aplicación e interpretación del artículo 315 del Código Civil, pues se habría realizado una interpretación literal de la precitada norma, sin tener en cuenta lo establecido en el artículo 141 del Código Civil, ya que la demandada Rosa Estrella Reátegui Marín sí ha manifestado su voluntad de vender el inmueble, de manera tácita.

9. Por auto calificatorio del recurso de casación, obrante de fojas 26 a 29, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República desestimó las denuncias formuladas por la recurrente, en tanto pretenden lograr un reexamen fáctico y/o probatorio lo cual no resulta viable en sede de casación, al no constituir una tercera instancia; sin embargo, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, concedió excepcionalmente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil.

10. Mediante auto de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió convocar a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el

Pleno Casatorio que se realizará el día 08 de junio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

II. Justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica a dilucidar

1. La presente sentencia del Pleno Casatorio tiene como objeto dilucidar si en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública es posible o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, pues se ha advertido que a nivel jurisprudencial se pueden encontrar pronunciamientos contradictorios, señalándose, en algunas oportunidades, que dicho control sí es posible y, en otras, que no lo es. Así, en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis, se señaló que: "*se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles y la de derecho constitucional y social de este Supremo Tribunal, en los procesos que versan sobre otorgamiento de escritura pública, los están resolviendo con criterios distintos y hasta contradictorios, pues en algunos casos señalan que en este tipo de procesos no se pueden discutir los elementos de validez del acto jurídico y en otros establecen que a pesar de que en este tipo de casos sólo se exija la determinación de la obligación de otorgar la mencionada escritura ello no exime al juzgador de su deber de analizar y verificar en forma detallada los presupuestos necesarios para la formación del acto jurídico, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones números: 104-2013, 146-2013, 1656-2010, 1765-2013, 2745-2010, 4396-2009, 1267-2011, 1553-2011, 1188-2009, 4612-2011, 13648-2013, entre otras, en las que no se verifica que existan criterios de interpretación uniforme ni consenso respecto al conflicto antes mencionado*".

2. La jurisprudencia nacional se ha ocupado del tema en cuestión –esto es, si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública se puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar- aunque –como se ha dicho- arribando a soluciones contradictorias. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2952-2003-Lima que señala que: "*En el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el acto jurídico, no discutiéndose en esta vía los requisitos para su validez, de allí que se sustancia en la vía sumarísima. El hecho de que en un proceso judicial se pretenda el otorgamiento de una escritura pública no impide que en otro proceso se pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento, pues entre ambas pretensiones no existe identidad de petitorios, lo que ha de sustanciarse en vía de conocimiento*". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio –por cierto, mayoritario, a nivel jurisprudencial- que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** en el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el negocio jurídico; **(ii)** en el proceso de otorgamiento de escritura pública no puede discutirse la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar pues la vía procedimental en la que se tramita (sumarísima) no lo permite; **(iii)** la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe discutirse en otro proceso; **(iv)** el proceso en el que se discuta la invalidez del negocio jurídico que se pretende formalizar debe tramitarse en la vía de conocimiento. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2406-2014-Ayacucho en la que, luego de invocarse la línea jurisprudencial clásica de acuerdo con la cual en los procesos sumarísimos no se discute la validez del negocio jurídico [véase: considerando segundo], se precisó que: "[…] *Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencias o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegidas por la fe del registro.* ***Quinto****: Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad –somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar. No cabría, por ejemplo, formalizar una compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) u otorgar una Escritura Pública cuando el acto jurídico es solemnísimo (porque entonces sería la judicatura la que diera origen al acto jurídico que no tiene validez manifiesta por incumplimiento de la formalidad requerida, bajo sanción de nulidad)*". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez debe analizar que el negocio jurídico que se pretende formalizar exista y que concurran los elementos mínimos del contrato que se pretende formalizar; **(iii)** el análisis que se realizará no debe transgredir lo que ha de ser materia de pronunciamiento; **(iv)** sostener lo contrario, esto es, que no debe realizarse ningún tipo de control del negocio jurídico, podría llevar a formalizar un negocio jurídico que no se condice con la realidad y si éste es inscrito posibilita la realización de transferencias de mala fe que aparecerán protegidas por la fe del registro.

3. La contradicción resolutiva en torno al tema que se pretende dilucidar motivó que el mismo sea materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil llevado a cabo en la ciudad de Arequipa, los días 16 y 17 de octubre de 2015, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: "¿Es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública?"[1], y se adoptó como conclusión plenaria, por mayoría, que: "Sí es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública, ya que el juzgador no puede dejar de advertir o merituar el documento que sirve de sustento de la pretensión, esto es, no puede ni debe dejar de verificar si el mismo adolece de un defecto evidente o de fácil comprobación que vicie el acto jurídico. No es posible jurídicamente disponer la formalización de un acto jurídico inválido"[2].

4. Por su parte, nuestra doctrina ha realizado importantes aportes en torno al ejercicio de la facultad que tiene

---

1 Véase: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed/CONCLUSIONES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d35de5804a47b1dc9d0dfd7f091476ed> (Consulta: 15/07/16).

2 Ibíd.

el juez de apreciar -para algunos- o de declarar -para otros- de oficio la nulidad del negocio jurídico[3], facultad que aparece contemplada en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, según el cual: "*La nulidad* [...] *puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*", tema que, definitivamente, guarda directa relación con el que motiva la presente, debiendo dilucidar, en las líneas sucesivas, el ámbito de alcance sustantivo (el juez puede apreciar o declarar cualquier nulidad o solo la nulidad manifiesta) y procesal (el juez puede ejercer esta facultad dentro de un proceso sumarísimo o sólo puede hacerlo dentro de procesos más latos) de aquella facultad, así como la forma en que ésta debe ser ejercida.

5. Corresponde dilucidar, también, si la calificación del negocio jurídico que se pretende formalizar debe extenderse o no al análisis de su exigibilidad o eficacia y, en caso de ser afirmativa la respuesta, se tendrán que dilucidar otras cuestiones específicas tales como: **(i)** si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública debe o no atenderse a la presencia de alguna modalidad en el contrato que se pretende formalizar (condición suspensiva o plazo suspensivo); **(ii)** si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse el ejercicio de una excepción de incumplimiento formulada por la parte demandada; **(iii)** si dentro de un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública puede o no discutirse la resolución del contrato que se pretende formalizar; etc.

6. El Pleno Casatorio encuentra justificación, además, en la necesidad de establecer lineamientos en torno a un específico problema social y económico como es el brindar mayor seguridad y certeza respecto de las titularidades que ostentan los sujetos de derecho, lo que, adicionalmente, coadyuva a facilitar la circulación de las mismas. En efecto, la elevación a escritura pública de un contrato no solo posibilita el acceso de la titularidad al Registro Público (artículo 2010 del Código Civil[4]), lo que –al menos en línea de principio- determina que el titular ostente un derecho inatacable (artículos 1135[5] y 2022 del Código Civil[6]) y que los terceros puedan conocer al titular del derecho, derecho en el que podrían estar interesados (artículos 2013[7] y 2014 del Código Civil[8]), facilitando así su circulación; sino que, además, aun la escritura pública misma –es decir, prescindiendo de su ingreso al Registro Público- reporta una mayor certeza respecto a la titularidad de un derecho (artículo 235 del Código Procesal Civil[9]), certeza que, incluso, podría ser determinante para definir la suerte de una serie de conflictos de intereses como, por ejemplo, aquél que subyace en la tercería de propiedad contra embargo (artículo 535 del Código Procesal Civil[10]), conflicto que -conforme a lo establecido en el Séptimo Pleno Casatorio Civil (Casación 3671-2014-Lima), de fecha 05 de noviembre de 2015- se resolverá a favor del tercerista siempre que ostente un documento de fecha cierta anterior a la inscripción del embargo. Cierto es que normalmente los procesos de otorgamiento de escritura pública están referidos a contratos de compraventa sobre bienes inmuebles inscritos, pero no se puede perder de vista que no solo tales contratos son susceptibles de acceder al Registro Público, sino que también lo son otro tipo de contratos como, por ejemplo, el contrato de hipoteca, el contrato de opción, el contrato de arrendamiento, el contrato de donación, el contrato de usufructo, el contrato de leasing, etc. Ahora, la necesidad de que se otorgue la escritura pública de un determinado contrato generalmente obedece a una falta de racionalidad de parte de quien adquiere, o a favor de quien se constituye, una titularidad, por no haber condicionado la culminación de su contraprestación al hecho de recibir el título que le permitirá acceder al Registro Público (esto es, la escritura pública), por lo que la finalidad de la parte demandante en los procesos de otorgamiento de escritura pública no es solo obtener la prueba de que celebró un contrato sino alcanzar el título inscribible[11]. Debe determinarse, entonces, si la consecución de tal fin puede o no ser controlada por el órgano jurisdiccional en un proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública, de manera que no se formalicen contratos que presenten patologías manifiestas o, en general, que no guarden conformidad con la realidad y el Derecho, para lo cual debe tenerse en cuenta, además, que la elevación a escritura pública de un contrato concede preferencia en el orden de prelación de las titularidades y posibilita la inscripción registral y, con ello, la posibilidad de que se realicen sucesivas transferencias de mala fe que parezcan protegidas por la fe pública registral. Debe determinarse si el referido control de legalidad del contrato

---

3 ARIANO DEHO, Eugenia. *Sobre el poder del juez de 'declarar' de oficio la nulidad ex art. 220 CC*, En: *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, 2003, pp. 135 y ss.; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. *La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio*, En: *Ius et Veritas*, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 24, Lima, 2002, pp. 56-63; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, novena edición, 2013, pp. 540-541; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*, Segunda edición, 2001, p. 701; MORALES HERVIAS, Rómulo. *La inconsistente 'declaración' de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, 2012, pp. 13-23; ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, Comentario al artículo 220 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 932; LAMA MORE, Héctor Enrique. *La nulidad de oficio del acto o negocio jurídico manifiestamente nulo ¿debe subsistir?*, Disponible en: <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/nulidad%20de%20oficio.htm> (Consulta: 15/07/16); TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. *La declaración de nulidad manifiesta: ¿potestad o deber judicial? Una propuesta alternativa de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil peruano*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 174, Lima, 2008, pp. 49-54; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el Juez*, Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf> (Consulta: 15/07/16); RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Ineficacia estructural del acto jurídico y la nulidad de oficio en el proceso civil*, En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Número 33, marzo, Lima, 2016, pp. 13-18; ABANTO TORRES, Jaime David. *La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 219, febrero, pp. 25-34; NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *¿Cuándo es 'manifiesta' la nulidad del acto jurídico? (sobre la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 220 del Código Civil)*, En: *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico. En la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 81-121; BERAÚN MAC LONG, Carlos. *Sobre la miopía del juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta*, En: *Actualidad Jurídica*, Número 170, Lima, 2008, pp. 98-100.

4 **Artículo 2010 del Código Civil.**- "La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria".

5 **Artículo 1135 del Código Civil.**- "Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua".

6 **Artículo 2022 del Código Civil.**- "Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone [...]".

7 **Artículo 2013 del Código Civil.**- "El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme [...]".

8 **Artículo 2014 del Código Civil.**- "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".

9 **Artículo 235 del Código Procesal Civil.**- "Es documento público: [...] 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia [...]"

10 **Artículo 535 del Código Procesal Civil.**- "La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del Artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar".

11 Cfr. ARATA SOLIS, Moisés. *Control de legalidad en los procesos de otorgamiento de escritura pública*, En: *Actualidad Civil*, Volumen 24, Instituto Pacífico, junio, 2016, pp. 40-44.

que se pretende formalizar puede practicarse aun cuando la parte demandada se encuentre en situación de rebeldía o aun cuando la parte demandada no alegue la ilegalidad del contrato al contestar la demanda.

7. Con todo, el tema respecto del cual se plantearán determinados lineamientos, lejos de ser un tema sencillo es en realidad uno complejo, por las varias aristas que se presentan en su dilucidación, las cuales comprenden no solo temas de derecho sustantivo, sino también procesal, pues, se determinará, por ejemplo, si cabe o no un control de legalidad del contrato que se pretende formalizar; si el referido control debe limitarse a la validez del contrato o debe alcanzar, también, a la ineficacia del mismo; si dentro del control de validez podrá analizarse únicamente la nulidad manifiesta o también la nulidad no manifiesta y la anulabilidad; en qué consiste la nulidad manifiesta; qué supuestos podrían analizarse dentro de un eventual control de eficacia del contrato; en qué forma se debe actuar el poder que el artículo 220 del Código Civil le confiere al Juez; si la nulidad manifiesta debe ser analizada sólo en la parte considerativa de la sentencia o si, además, debe ser declarada en la parte resolutiva; qué principios procesales se pueden ver comprometidos por una eventual declaración de nulidad del contrato a pesar de que ninguna de las partes la haya alegado; la incidencia que podrían tener los lineamientos que se establezcan en la presente sentencia, en algún otro Pleno Casatorio Civil en el que se haya abordado alguna cuestión relativa a la que nos convoca, etc.

8. Cabe señalar, desde ya, que tanto la solución que niega la posibilidad de realizar un control de validez y un control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, como aquélla que acepta tal posibilidad, cuentan con respaldo legal y jurisprudencial. En efecto, la solución que niega la posibilidad de efectuar los referidos controles, además de ser la postura mayoritaria a nivel jurisprudencial, encuentra sustento en una interpretación literal del artículo 1412 del Código Civil que supedita la formalización del contrato únicamente al mandato de ley o al convenio de las partes y al hecho de que la forma a la cual se va mutar no sea una forma solemne, mas no al análisis de los requisitos de validez del contrato, a diferencia, de lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 1279 del Código Civil español que expresamente señala: "*Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma* ***desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez***" [el resaltado es nuestro]; asimismo, si bien los controles de validez y eficacia no se realizaban dentro del proceso mismo sobre otorgamiento de escritura pública, siempre quedaba abierta la posibilidad de que dichos controles sean requeridos, por la parte interesada, vía de acción y en procesos más latos. De igual forma la solución que acepta la posibilidad de realizar los controles en cuestión, también cuenta con respaldo normativo y jurisprudencial como se verá en las líneas sucesivas.

III. Las opiniones de los *amicus curiae*

1. La intervención de los *amicus curiae*, profesores Juan Espinoza Espinoza, Eugenia Ariano Deho, Moisés Arata Solís, Martín Mejorada Chauca, Hugo Forno Flórez y Nelson Ramírez Jiménez, ha sido sintetizada por el último de los mencionados, en una reseña cuyos términos son compartidos por este Supremo Tribunal y expuestos a continuación:

> "**1.1.** Juan Espinoza Espinoza, sostuvo que desde un punto de vista sustantivo, debe considerarse que el art. 220 del C.C. permite que se declare una nulidad incluso de oficio**.** Por consiguiente el Juez debe evaluar la validez del acto, sin que sea óbice que el proceso de otorgamiento sea en la vía sumarísima. No cabe una mera revisión formal del acto discutido.
> **1.2.** Eugenia Ariano Deho, consideró que el problema es la vía procedimental, pues mientras el otorgamiento de escritura se ventila en la vía sumarísima, en el que no cabe reconvención, la nulidad del acto jurídico debe ser discutida en una vía más amplia. Considera que hay que diferenciar "cognición sumaria" de vía sumaria. Debe tenerse en cuenta que el sumarísimo es tan plenario como un proceso de conocimiento amplio. Por tanto, nada impide que se discuta a su interior sobre la validez del acto. Si un registrador tiene la competencia para evaluar la validez del acto que pretende inscribirse, a mayor razón puede hacerlo un juez.
> **1.3.** Moisés Arata Solís, considera que el problema se circunscribe a los contratos de compra venta inmobiliaria. La formalización del documento (minuta) suele hacerse de manera muy mecánica. La línea jurisprudencial que acoge esta tendencia formalista debe superarse, pues es necesario que se fiscalice la validez del acto que pretende formalizarse con la finalidad de inscribirse en los registros. Deben reconocerse los casos de nulidad manifiesta y los casos de inexigibilidad de la obligación demandada. Propuso que se siga el criterio adoptado en el Cuarto Pleno Casatorio que versó sobre la posesión precaria.
> **1.4.** Martín Mejorada Chauca, coincidió también en que sí debe analizarse la validez. Exigir el otorgamiento de escritura supone el ejercicio de un derecho, cuya fuente es el contrato. Por ende, el juez tiene que verificar si esa fuente justifica la tutela solicitada. Sin embargo, el juez se debe limitar a analizar esa validez, pero no puede declararla. Coincidió también con el planteamiento hecho en el IV Pleno Casatorio, que tiene por base la urgencia de tutela. El examen que haga el juez debe incluso ser más profundo, pues debe analizar la exigibilidad y no detenerse en la sola validez o invalidez. Por ejemplo, si el contrato siendo válido ha dejado de tener eficacia, como es el caso en que se haya producido la resolución del contrato. El juez debe tener algunos criterios para llevar a cabo esta revisión, y la sentencia del pleno debe cuidar de fijarlos.
> **1.5.** Hugo Forno Florez, se expresó también a favor de la discusión de la validez al interior del proceso sumarísimo, debiendo extenderse a temas de inexigibilidad y no meramente de invalidez. Las formas no siempre funcionan como meras formas, sino que a veces se convierten en requisitos, exigencias, para acceder al fortalecimiento de los derechos. Es el caso del concurso de acreedores que privilegia los derechos de aquel que los tiene formalizados en escritura pública. La vía procedimental no puede impedir esa discusión. No hay otro tipo de argumentos que impida hacerlo"[12].
> **1.6.** Finalmente, Nelson Ramírez -quien también se adhiere a la tesis de que no hay impedimento para que, dentro de un proceso sumarísimo, se discuta la validez del acto que se pretende formalizar- sintetiza su intervención en los siguientes términos: "Debe considerarse la especial naturaleza del contrato con prestaciones recíprocas, en el que la relación obligacional es de 'doy para que des', ergo, una prestación tiene por causa a la otra. En tal sentido, si uno de los obligados no cumple, el otro está legitimado para no cumplir la suya. Esa constatación inicial nos lleva a considerar los alcances de la excepción de contrato no cumplido, que equivocadamente viene siendo tratada como una excepción procesal, cuando su naturaleza es exclusivamente sustancial y por tanto, no debe exigirse que se proponga de manera expresa y sólo en determinado momento procesal, pues es una defensa de fondo por la que se busca mantener el equilibrio en el cumplimiento de las prestaciones reciprocas. Por ende, si la cuestión opuesta es la invalidez o inexigibilidad de la fuente contractual, los jueces deben activar esos mecanismos de protección del equilibrio negocial, sin que lo impida la vía procedimental. Por otro lado, debe preservarse el efecto registral, pues el sistema de justicia no debe permitir que acceda a la inscripción un acto jurídico que sea nulo o ineficaz, bajo el prurito

[12] RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. *Crónica del IX Pleno Casatorio: Validez del acto jurídico y la escritura pública*, En: *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, de fecha martes 14 de junio de 2016, pp. 2-3.

de que la vía procedimental no permite su discusión al interior del mismo"[13].

2. En consecuencia, tenemos que todos los *amicus curiae* coincidieron en que la vía procedimental en la que se tramita el proceso de otorgamiento de escritura pública no releva al Juez de realizar un control de validez respecto del negocio jurídico que se pretende formalizar, es más, algunos de ellos, específicamente, los profesores Martín Mejorada, Moisés Arata, Hugo Forno y Nelson Ramírez, sostuvieron que el análisis no debe restringirse a la validez/invalidez del negocio jurídico sino que debía extenderse a la exigibilidad del negocio jurídico o al análisis de sus efectos.

IV. Planteamiento del problema

IV.1. El contrato y sus efectos

1. El término contrato es uno polisémico en tanto no presenta un único significado sino más bien varias acepciones. El contrato puede ser entendido como supuesto de hecho, como relación jurídica, como texto o como reglamento. Así, por ejemplo, cuando se hace referencia a la firma o celebración de un contrato, se entiende a éste como supuesto de hecho, es decir, como un acto o hecho concreto, al que la ley califica como un acuerdo logrado entre dos o más partes. Cuando se hace referencia a la resolución de un contrato se entiende a éste como relación jurídica que vincula a las situaciones jurídicas subjetivas de las que son titulares las partes. Cuando se hace referencia a la claridad o falta de claridad del contrato, se entiende a éste como texto, vale decir, como un conjunto de cláusulas o estipulaciones. Y cuando se hace referencia al compromiso que se deriva del contrato, se entiende a éste como reglamento, es decir, como el conjunto de reglas que las partes se han impuesto así mismas y que deberán observar para la satisfacción de sus respectivos intereses[14]. En este momento, nos interesa abordar, brevemente, el estudio del contrato como acto o supuesto de hecho.

2. El contrato es una manifestación específica (y concreta) de la categoría general (y abstracta): negocio jurídico. "El contrato entra en la categoría más amplia del acto de autonomía privada o negocio jurídico, o sea del acto mediante el cual el sujeto dispone de la propia esfera jurídica"[15].

3. El Código Civil, en su artículo 1351, nos da una definición del contrato, de la cual podemos extraer sus rasgos característicos: "*el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*". Los rasgos característicos son: **(i)** la presencia de un acuerdo, entendido éste no como la coincidencia de voluntades (internas) sino como la coincidencia de declaraciones de voluntad[16]: oferta y aceptación; **(ii)** la presencia de dos o más partes, entendidas éstas no como personas sino como centros de intereses[17]; y **(iii)** la presencia de una finalidad consistente en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

4. El contrato, en tanto negocio jurídico, es un instrumento de ejercicio de la autonomía privada, es decir, un instrumento por medio del cual las partes establecerán las reglas que permitirán la satisfacción de sus intereses, pero hay que precisar que el único género de relaciones sobre las cuales el contrato incide (constituyéndolas, regulándolas, extinguiéndolas), es el de las relaciones jurídicas patrimoniales[18].

5. Ahora bien, los efectos que puede generar un contrato no se circunscriben a la relación obligatoria -es decir, aquella relación jurídica que vincula dos situaciones jurídicas a saber: un derecho de crédito y un deber jurídico específico, y que podría ser descrita como la relación que "coordina un deber de ejecutar una conducta (prestación) por parte del deudor, para la realización de un interés de otro sujeto (acreedor) y el derecho de éste de pretender dicha actuación"[19]- ciertamente éste es el efecto más común que emerge de la celebración de un contrato pero no es el único que éste puede generar. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de opción, en la promesa del hecho ajeno, en la cesión de posición contractual, en la cesión de derechos, en el contrato de compraventa inmobiliaria, etc., en donde para la satisfacción del interés de una de las partes no se precisa de una conducta (prestación) que deba realizar la otra. Así, en el contrato de opción (artículo 1419 del Código Civil[20]), para la celebración del contrato definitivo, el concedente no deberá realizar ninguna conducta, sino que aquélla (la celebración del contrato definitivo) más bien dependerá del comportamiento del optante, la relación jurídica que se genera aquí es una que vincula un derecho potestativo y un estado de sujeción. En la promesa del hecho ajeno (artículo 1470 del Código Civil[21]), la satisfacción del interés del promitente, tampoco dependerá de un comportamiento que deba realizar el promisario, sino de que este último asuma el riesgo de la falta de verificación del hecho ajeno, efecto (la asunción del riesgo) que se produce en forma automática con la celebración del referido contrato, la relación que se genera aquí, como efecto principal, no es una relación obligatoria sino una relación de garantía[22]. En el contrato de cesión de posición contractual (artículo 1435 del Código Civil[23]) y en el contrato de cesión de derechos (artículo 1206 del Código Civil[24]), el efecto principal no se traduce en una obligación a cargo del cedente, sino en la transferencia de todas las situaciones jurídicas subjetivas que integran una de las posiciones contractuales (para el caso de la cesión de posición contractual) o en la transferencia del derecho de crédito (para el caso de la cesión de derechos). En el contrato de compraventa inmobiliaria (artículo 949 del Código Civil[25]), la transferencia de la propiedad no dependerá de una conducta que deba realizar el vendedor, sino que aquélla se producirá con el mero consentimiento legítimamente manifestado, de donde se tiene que el contrato genera también efectos reales[26].

---

13 Íd., p. 3.

14 Cfr. ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, Traducción de Nélvar CARRETEROS TORRES, Traducción a cura de Eugenia ARIANO DEHO, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 43.

15 BIANCA, Massimo. *Derecho Civil.* 3. *El contrato*, Traducción de Fernando HINESTROSA y Edgar CORTÉS, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 24.

16 FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, Traducción efectuada por Nélvar CARRETEROS TORRES, Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser L. León, Primera edición, Editorial Grijley, Lima, 2004, pp. 4-6.

17 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general,* Primera Parte - Tomo I, Volumen XI, En: *Para leer el Código Civil,* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1998, pp. 74-80.

18 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 30.

19 FORNO FLOREZ, Hugo. *Acerca de la noción de contrato*, En: *Gaceta Jurídica*, Lima, 2000, Tomo 78-B, p. 20.

20 **Artículo 1419 del Código Civil**: "Por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no".

21 **Artículo 1470 del Código Civil**.- "Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente".

22 FORNO FLÓREZ, Hugo."*Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno"*, En: "*Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor: Lizardo Taboada Córdova"*, Editorial Grijley, 2004, principalmente, p. 538 y 539.

23 **Artículo 1435 del Código Civil**.- "En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.
Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.
Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta".

24 **Artículo 1206 del Código Civil**.- "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.
La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor".

25 **Artículo 949 del Código Civil**.- "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

26 Sobre el contrato y sus diversos efectos: Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. cit., pp. 20-25.

6. Conviene detenernos, brevemente, en este último caso –pues los procesos de otorgamiento de escritura pública versan normalmente sobre contratos de compraventa de inmuebles[27]- para precisar que si bien el contrato de compraventa inmobiliaria genera un efecto real en lo que concierne a la transferencia de la propiedad (artículo 949 del Código Civil), no es menos cierto que, también, genera una serie de efectos obligacionales, tales como: la obligación de pagar el precio (artículo 1558 del Código Civil[28]), la obligación de entregar el bien (artículo 1550 del Código Civil[29]), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil[30]), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil[31]), etc.

7. De lo expuesto podemos concluir, entonces, que el contrato no solo genera relaciones obligatorias, sino que, también, puede generar otro tipo de efectos jurídicos.

IV.2. El principio de la libertad de forma

8. El contrato (en general, el negocio jurídico) no es un fenómeno psíquico sino un fenómeno social, un hecho social y, como tal, precisa de señales externas que hagan reconocible el acuerdo. El acuerdo tiene siempre necesidad de un medio a través del cual pueda exteriorizarse. Ese medio es lo que se conoce como la forma del contrato. Podemos entender a la forma como el modo en que se presenta el contrato frente a los demás en la vida de relación, su figura exterior[32]. "En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. Precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica"[33].

9. La forma es, entonces, "la técnica de comunicación social con la cual se manifiesta la voluntad"[34]. Así, contrato y forma son datos inescindibles: Todo contrato tiene una forma, porque si no la tuviera no existiría el acuerdo que es necesario para que exista contrato[35]. Esta situación de consustancialidad ha sido descrita en los siguientes términos: "No es posible hablar de un contrato privado de forma, del mismo modo que no es posible hablar de persona natural si está privada de un cuerpo"[36].

10. Las principales formas del contrato son la escritura pública, la escritura privada, la forma oral y el comportamiento concluyente[37].

11. En el derecho moderno rige el principio de la libertad de forma en mérito del cual las partes son libres de elegir la forma (la técnica comunicativa) por medio de la cual manifestarán su voluntad contractual. La vigencia de este principio obedece a exigencias de propiciar la mayor cantidad y celeridad en la circulación de las titularidades, exigencias propias de un mercado capitalista. En tal sentido, se ha dicho que: "La afirmación del principio de libertad de forma está determinada, en suma, por una precisa visión del mundo: la ideología liberal que ha acompañado las vicisitudes económicas de las sociedades capitalistas del siglo pasado y que quiere que la contratación se muestre libre, estable y copiosa"[38].

12. En nuestro sistema jurídico el principio de libertad de forma aparece recogido en el artículo 143 del Código Civil según el cual: "*Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente*". El mensaje es claro: Ante el silencio de la ley, las partes tienen plena libertad de escoger cualquier técnica de comunicación para exteriorizar su voluntad contractual. Podemos concluir, entonces, que la regla es la libertad de forma y que aquellas normas que imponen la observación de una determinada forma deben recibir el trato de normas excepcionales por lo que no podrán, por ejemplo, ser aplicadas vía analogía[39] (*ex* artículo IV del Título Preliminar del Código Civil[40]).

13. En atención a lo expuesto conviene superar la clásica clasificación de los negocios en "formales" y "no formales", pues pareciera denotar la existencia de negocios sin forma y, ya está visto, que un negocio no puede prescindir de una forma, por lo que parece mejor hacer referencia a negocios con forma vinculada y negocios con forma libre[41]. Nos encontraremos frente a una forma vinculada cuando ésta es exigida por ley (artículo 144 del Código Civil[42]) o por las partes en ejercicio de su autonomía privada (artículo 1411 del Código Civil[43]).

IV.3. Las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*.-

14. La forma vinculada puede ser de dos clases:

a. La forma solemne (o forma ad solemnitatem).- Es aquélla que constituye un elemento de validez del negocio jurídico, de manera que la celebración de este último sin observar la forma en cuestión conllevará su invalidez, específicamente, su nulidad, tal como lo establece el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil que a la letra dice: "*El acto jurídico es nulo:* [...] 6. *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad*". Respecto de la forma solemne se ha dicho que "cuando la ley prescribe una determinada forma (forma legal) o las partes eligen una de común acuerdo (forma convencional), esa se convierte en elemento esencial del negocio: si el negocio no es concluido en la forma prescrita, es nulo por falta de uno de sus elementos esenciales"[44]; entonces, la forma solemne puede tener su fuente en la ley (forma solemne legal) o en el convenio de las partes (forma solemne convencional).
En la forma solemne legal, la ley, de manera expresa, sancionará con nulidad la inobservancia de la forma (artículo 144 del Código Civil), tal es el caso, por ejemplo, del artículo 1871 del Código Civil: "*La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad*", lo propio sucede, entre otros, con los artículos 1304, 107, 1625, 1925, 1092 del Código Civil. Pero las propias partes

---

27 ARATA SOLIS, Moisés. Ob. cit., p. 39.

28 **Artículo 1558 del Código Civil.-** "El comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados. A falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien. Si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador".

29 **Artículo 1550 del Código Civil.-** "El bien debe ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios".

30 **Artículo 1551 del Código Civil.-** "El vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto".

31 **Artículo 1549 del Código Civil.-** "Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien".

32 Cfr. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Traducción y concordancias con el derecho español por A. MARTÍN PÉREZ, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 110.

33 Idíd.

34 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 217.

35 Ibíd.

36 GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La forma como requisito de validez*, Comentario al artículo 1411 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 430.

37 BIANCA, Massimo. *El contrato*, ob. cit., p. 293.

38 LEYVA SAAVEDRA. José. *Forma y formalismo contractual*, En: *Revista del Foro,* Colegio de Abogados de Lima Sur, marzo, 2013, p. 48.

39 Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, Tomo I, Volumen II, Traducción de Fernando HINESTROSA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 793.

40 **Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.-** "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

41 Así: BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 110; ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 219, TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Terza edizione, Giuffrè, Milano, 1977, p. 242; GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*, VII edizione aggiornata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 859.

42 **Artículo 144 del Código Civil.-** "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto".

43 **Artículo 1411 del Código Civil.-** "Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad".

44 ALPA, Guido. *El contrato en general*, Pacífico Editores, Lima, 2015, p. 132.

pueden convenir, previamente, que el negocio jurídico que celebrarán deberá observar una determinada forma, probatoria o solemne, en este último caso -tal y como sucede con la forma solemne legal- la inobservancia de la solemnidad origina la nulidad del negocio; cabe precisar, además, que ante el silencio de las partes respecto a la calificación de la forma se presumirá (presunción *iuris tantum*) que se ha convenido una forma solemne (artículo 1411 del Código Civil).

Teniendo en cuenta lo dicho en relación a la forma solemne legal y a la forma solemne convencional, podemos afirmar que "los sujetos solamente pueden introducir requisitos de forma en los actos jurídicos que según el ordenamiento jurídico son libres de formalidades o bien pueden establecer formalidades más severas que las previstas en la ley, siempre que no contravengan normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. En cambio, los otorgantes del acto jurídico no pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por la ley bajo sanción de nulidad, pero sí pueden dejar sin efecto una solemnidad impuesta por ellos"[45].

b. La forma probatoria (o forma ad probationem).- Es aquélla que sirve para acreditar la existencia y el contenido del negocio jurídico. Tradicionalmente se le ha atribuido a la observancia de esta clase de forma, la utilidad de constituir el medio probatorio idóneo para probar la existencia y el contenido del negocio; de hecho, algunos artículos explicitan esta (aparente) utilidad, tal es el caso del artículo 1605 del Código Civil que señala: "*La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios*"; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil dicha utilidad ha venido a menos[46], ya que en el artículo 197 del citado cuerpo normativo se ha establecido que: "*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada* [...]". Por lo tanto, actualmente, a los efectos de acreditar la existencia y el contenido del negocio jurídico, la forma probatoria constituye solo un medio de prueba más como cualquier otro.

IV.4. La naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública.-

15. Por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública se peticiona mutar la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina o permite la ley o porque así lo han acordado las partes y, en ambos casos, siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil en su primer párrafo, el referido dispositivo establece, además, en su segundo párrafo, que esta pretensión se sustanciará como proceso sumarísimo. Pues bien, como se ha visto en el planteamiento del problema, es esta última característica del proceso de otorgamiento de escritura pública la que se invoca a fin de descartar cualquier posibilidad de control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, por lo que resulta necesario realizar algunas precisiones en torno a la naturaleza del proceso sumarísimo.

16. Los procesos según su función pueden ser de tres tipos: proceso declarativo, proceso de ejecución y proceso cautelar[47]. El primero de los mencionados, esto es, el proceso declarativo es aquél que "tiene como presupuesto material la constatación de una inseguridad o incertidumbre en relación a la existencia de un derecho material en un sujeto, situación que ha devenido en un conflicto con otro, quien concibe que el derecho referido no acoge el interés del primer sujeto, sino el suyo"[48].

17. A su vez, dentro del proceso declarativo debemos distinguir entre lo que es un proceso ordinario y lo que es un proceso especial. Un proceso ordinario es aquél en el que "los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase, habiéndose establecido con carácter general"[49]. Los procesos ordinarios son aquellos que la ley establece "para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de la generalidad de las acciones. La inmensa mayoría de las acciones que se pueden afirmar en un proceso civil son juzgadas con arreglo a unas mismas normas procesales, con independencia de cuáles sean las peculiaridades de las normas jurídicas sustantivas en que se funden"[50]. En los procesos ordinarios "los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, habiéndose establecido con carácter general"[51], entre los tipos de procesos ordinarios "las diferencias son de tramitación, pero están previstos para que por ellos se conozcan todo tipo de objetos, distinguiéndose principalmente por la cuantía del asunto"[52]. Un proceso ordinario es aquél en el que se ventilará cualquier pretensión a la que la ley no le haya impuesto una tramitación especial. Nuestro Código Procesal Civil ha previsto tres procedimientos para sustanciar los procesos declarativos, y los ha denominado proceso de conocimiento, proceso abreviado y proceso sumarísimo, los tres son, en potencia, procesos ordinarios[53]. Por otro lado, un proceso especial será aquél previsto para ventilar una determinada controversia y que, además, cuenta con algunas reglas aplicables en forma exclusiva[54]. Los procesos especiales, entonces, son aquellos a los que la ley le ha asignado una tramitación especial. En efecto, los procesos especiales son "aquellos que el legislador ha establecido para que sirvan de cauce a la tutela jurisdiccional de ciertas materias. En principio, la previsión legal de procesos especiales se justifica en que el legislador advierte que el enjuiciamiento de dichas materias a través de los procesos ordinarios no sería adecuado porque las mismas exigen peculiaridades en su tratamiento jurisdiccional, es decir, están necesitadas de una *tutela jurisdiccional diferenciada*. Las peculiaridades, singularidades o especialidades reclamadas por esas materias pueden ser de muy variado tipo. Así, el legislador puede establecer normas especiales en instituciones tan distintas como la postulación y defensa, la legitimación, la intervención procesal, la acumulación de acciones y procesos, la carga de la prueba, las diligencias preliminares, y un largo etcétera. Hay casos en que, además, el legislador establece un entero procedimiento distinto del propio de los procesos ordinarios. Pues bien, cuando las especialidades de una materia son procedimentales estamos en presencia, en sentido estricto, de un proceso declarativo especial. Cuando las especialidades de una materia no son procedimentales, sino de otro orden, y el procedimiento a seguir es uno de los ordinarios [...] estamos en presencia de especialidades de los procesos declarativos ordinarios"[55]. En nuestro

---

45 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría General del Contrato*, Tomo I, Primera edición, Pacífico Editores, Lima, p. 568.

46 Conforme: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Causales de nulidad absoluta*, Comentario al artículo 219 del Código Civil, En: AA.VV. *Código Civil comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 923.

47 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Temis, Bogotá, 1996, p. 136.

48 Íd., p. 137.

49 MONTERO AROCA, Juan; FLORS MATÍES, José. *Tratado del juicio verbal*, Segunda edición, Editorial Navarra, Aranzadi, 2004, p. 143, citados por: ARIANO, DEHO, Eugenia. *El 'sumarísimo' proceso de otorgamiento de escritura pública*, En: *Actualidad Civil*, Volumen 24, Instituto Pacífico, junio, 2016, p. 33.

50 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Especialidades de los procesos declarativos ordinarios*, En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., p. 585.

51 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional*, I, *Parte General*, Décima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 305.

52 Íd., p. 306.

53 ARIANO DEHO, Eugenia. *El 'sumarísimo' proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 33.

54 Íd. p. 34.

55 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 586-587.

ordenamiento procesal son procesos especiales, por ejemplo, los procesos de divorcio, tercería de propiedad, prescripción adquisitiva, alimentos, interdicción, etc.

18. Desde otra perspectiva, específicamente, en relación al grado de cognición del juez, debemos distinguir entre un proceso plenario y un proceso sumario. Son procesos plenarios aquellos en donde las partes no encontrarán restricción en torno a las alegaciones que podrían formular y a los medios probatorios que podrían aportar, lo que conlleva a que la cognición del juez sobre la controversia sea plena o completa[56]. Sobre los procesos plenarios o de conocimiento, se ha señalado que: "La intervención del juez en un proceso de conocimiento es más o menos amplia, depende de la naturaleza del conflicto de intereses y de la opción del legislador de conceder más o menos posibilidades de actuación al juez y a las partes, sea en lo que se refiere a facultades o a plazos. Precisamente esta variación determina la existencia de distintas clases de procesos de conocimiento. A los más amplios se les suele denominar *plenos o de conocimiento propiamente dichos*, los intermedios –en donde la capacidad y tiempo se ha reducido- reciben el nombre de *plenarios rápidos o abreviados*, y finalmente aquellos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos reciben el nombre de *plenarios rapidísimos o sumarísimos*"[57]. Y son procesos sumarios aquellos en donde, por ley, se han limitado las alegaciones que podrían formular las partes o los medios probatorios que éstas podrían aportar, lo que conlleva a que la cognición del juez sobre la controversia sea, también, limitada[58], estos procesos se basan en un "conocimiento no definitivo o parcial o superficial"[59]. En forma precisa, Ignacio Diez-Picazo, explica que el significado técnico-jurídico de proceso sumario no es el de proceso rápido sino el de proceso con limitación de cognición y ausencia de cosa juzgada -el primero es solo un significado "vulgar"- y, en consecuencia, proceso sumario es lo contrario a proceso plenario: "En sentido amplio o vulgar, se dice que un proceso es sumario cuando está configurado por la ley para que sea un proceso rápido. Sumariedad es, en ese sentido, sinónimo de rapidez o celeridad. En sentido técnico-jurídico, en el Derecho procesal, la sumariedad –aunque comporta, como consecuencia, la rapidez de la tutela jurisdiccional- significa limitación de la cognición del tribunal y ausencia de cosa juzgada. Un proceso es sumario porque en él se limitan las alegaciones de las partes y, en ciertos casos, los medios de prueba utilizables. Lo contrario de un proceso sumario es un proceso plenario"[60]. Luego de explicar el significado y las principales características del proceso sumario, el citado autor precisa el objeto y las consecuencias de esta clase de proceso: "un proceso sumario tiene siempre un objeto limitado, es decir, no permite el enjuiciamiento de todos los aspectos de una relación jurídica. A través de un proceso sumario, lo que el legislador pretende es brindar al demandante, caso de que la demanda sea estimada, una tutela jurisdiccional provisional o interna (aunque, de hecho, la misma pueda ser indefinida). Dadas las limitaciones impuestas, la tutela jurisdiccional sumaria no puede ser definitiva. Por eso, la sentencia dictada en un proceso sumario no tiene fuerza de cosa juzgada material y no impide que se incoe un ulterior proceso declarativo plenario que tenga el mismo objeto. Dado que la tutela jurisdiccional sumaria es provisional, la ley procesal debe procurar que sea rápida"[61]. Con todo, dos son los rasgos fundamentales de los procesos sumarios: Primero, "la finalidad del proceso sumario es otorgar una tutela más rápida que la concedida en el proceso plenario; sin embargo, la rapidez o brevedad no es la esencia del proceso sumario, sino lo esencial será la limitación en la cognición"[62]. En efecto, cierto es que "la aceleración de los procesos ha sido el motivo del desarrollo de la sumarización, en otras palabras su razón de ser, pero este –es decir la rapidez en su tramitación- no es su esencia, al punto que podemos afirmar que no todo proceso de tramitación rápida es sumario, ya que procesos rápidos pueden también ser de cognición plenaria, pero si se puede afirmar que un proceso de cognición limitada es sumario"[63]. Y segundo, lo resuelto en el proceso sumario no tendrá el efecto de la cosa juzgada, lo que se explica precisamente por la cognición limitada de la controversia[64]. Por ello, "la sumariedad supone limitación y esta se refiere a las alegaciones de las partes, al objeto de la prueba y a la condición judicial, lo que lleva a que en el proceso sumario no se plantee con plenitud el conflicto existente entre las partes, sino solo un aspecto concreto del mismo; en esas circunstancias es lógico que pueda existir un proceso plenario posterior en el que pueda plantearse la totalidad de litigio y en el que no podrá excepcionarse cosa juzgada"[65]. En nuestro ordenamiento procesal será un proceso sumario, por ejemplo, el proceso de desalojo por falta de pago, en tanto solo se admitirán como medios probatorios: el documento, la declaración de parte y la pericia (artículo 591 del Código Procesal Civil)[66].

19. En consecuencia, son distintos los procesos plenarios y los procesos sumarios y, específicamente, son distintos los procesos plenarios rápidos y los procesos sumarios: "Los plenarios rápidos son aquellos procesos en los cuales se ha simplificado las formas, reduciendo los plazos pero sin que exista una restricción de la cognición, y lo que es más importante, lo resuelto en estos procesos generan cosa juzgada. En tanto que el proceso sumario o sumarizado –en oposición al de cognición plena o plenario- es aquel que se tramita en forma rápida y simple, cuya cognición se encuentra limitado legalmente, tanto en la posibilidad de alegación como de prueba, y cuya resolución definitiva –necesariamente-no tiene los efectos de cosa juzgada"[67]. Pues bien, el hecho de que un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública, presente plazos más cortos y una menor cantidad de actos procesales, no hace que devenga, necesariamente, en un proceso sumario. Proceso sumarísimo no es sinónimo de proceso sumario. Y nuestro proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública no tiene legalmente impuestas limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, por lo que no es un proceso sumario, sino un proceso "plenario rápido"[68], sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil[69] para todos los procesos sumarísimos.

20. Lo antes dicho constituye un importante argumento a favor de la posibilidad de realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, aun cuando la causa se tramite en la vía del proceso sumarísimo.

IV.5. El proceso de calificación del negocio jurídico.-

21. El negocio jurídico ha de ser portador de intereses dignos de protección y las reglas que las partes se han impuesto a sí mismas como mecanismos para alcanzar

---

56 ARIANO DEHO, Eugenia. *El 'sumarísimo' proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

57 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, ob. cit., p. 138.

58 ARIANO DEHO, Eugenia. *El 'sumarísimo' proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

59 CHIOVENDA, Giusseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen III, Traducción de E. Gómez Orbaneja, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2008, p. 21.

60 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Ob. cit., p. 611.

61 Íd., p. 612.

62 CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. *El régimen de promoción del arrendamiento para vivienda y el (pseudo) proceso único de ejecución de desalojo*, En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Número 27, septiembre, 2015, p. 77.

63 Ibíd.

64 Íd., p. 77-78.

65 MONTERO AROCA, Juan. *Proceso (Civil y Penal) y garantía: El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 344, citado por: CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. Ob. cit., p. 78.

66 ARIANO DEHO, Eugenia. *El 'sumarísimo' proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 34.

67 CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino. Ob. cit., p. 76.

68 Conforme: ARIANO DEHO, Eugenia. *El 'sumarísimo' proceso de otorgamiento de escritura pública*, ob. cit., p. 35.

69 Artículo 559 del Código Procesal Civil.- "En este proceso no son procedentes:
1. La reconvención.
2. Los informes sobre los hechos".

la satisfacción de aquellos intereses, han de guardar conformidad con las normas del ordenamiento jurídico. Es así que se habla de un proceso de calificación del negocio jurídico que permitirá concluir no sólo si éste se ha celebrado con arreglo a Derecho sino, además, si ha producido sus efectos y si estos conservan vigor o si por alguna circunstancia no resultan exigibles o han venido a menos. Esta calificación se realiza en tres niveles: relevancia/irrelevancia, validez/invalidez y eficacia/ineficacia.

22. En el primer nivel se practica el **juicio de relevancia**, aquí se verificará "la presencia de algunos datos mínimos idóneos para identificar típicamente el hecho y para permitir 'su subsunción en el *nomen iuris*'"[70], lo que significa que si el hecho no presenta algunos datos mínimos que permitan la identificación de un determinado negocio jurídico (compraventa, donación, testamento, etc.), éste será jurídicamente inexistente. En esa misma línea se ha dicho que "es inexistente el contrato o el acto que no es identificable como tal, pues carece del mínimo esencial que permita hablar de un cierto evento como de contrato o de acto unilateral"[71]. Así, por ejemplo, no pasará el juicio de relevancia un contrato en donde no se pueda identificar un acuerdo o la presencia de más de una parte, en general, no pasarán este examen aquellos "comportamientos humanos que sean, como suele decirse, meros 'simulacros' de negocio, en cuanto desprovistos de los requisitos mínimos que permiten calificar *sub especie iuris* el hecho, así hayan 'provocado en alguno de los interesados la impresión superficial de haber celebrado un negocio o de haber asistido a él'"[72].

23. En el segundo nivel se practica el **juicio de validez**, en donde se verificará que los componentes del negocio jurídico (parte, objeto, causa, manifestación de voluntad y forma solemne) no contravengan las directrices del ordenamiento jurídico, este análisis "puede concluir en sentido afirmativo (el hecho es conforme a las opciones del sistema), o en sentido negativo (el hecho es valorado con disfavor por el ordenamiento)"[73], si sucede lo primero el negocio será válido, si, por el contrario, sucede lo segundo, el negocio será inválido, es decir, nulo (artículo 219 del Código Civil) o anulable (artículo 221 del Código Civil).

24. Finalmente, en el tercer nivel se practica el **juicio de eficacia**, en donde se verificará si el negocio jurídico produce efectos jurídicos o no; en este nivel se debe considerar que un negocio válido, en principio, es idóneo para desencadenar sus efectos, pero no necesariamente será así, pues el negocio podría estar sujeto a un plazo o condición suspensiva, o dejar de producir sus efectos a consecuencia de eventos sobrevenidos (v.gr.: resolución del contrato), o dejar de producir algún efecto específico a consecuencia de no haberlo ejercitado oportunamente (v.gr.: prescripción extintiva). Asimismo, se debe considerar que un negocio inválido, en principio, no desencadenará sus efectos, pero no siempre será así, como sucede, por ejemplo, con el negocio anulable el cual produce efectos precarios que podrían tornarse en definitivos por convalidación o por prescripción extintiva de la acción de anulación[74].

25. Conviene recordar que en el Quinto Pleno Casatorio Civil (Casación Nº 3189-2012 - Lima Norte), de fecha 03 de enero de 2013, publicado el 09 de agosto de 2014, se ha señalado que la categoría de la inexistencia (o irrelevancia) no es de aplicación en nuestro sistema, aseveración que se sostiene sobre la base de las siguientes razones: "***160.*** *De esta manera el supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originalmente ideada respecto de supuestos normativos en donde no se establecía la nulidad del negocio, no es de aplicación entre nosotros, primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual*". Por lo tanto, los actos que no superen el juicio de relevancia, deberán ser sancionados con la forma más grave de invalidez que prevé nuestro sistema jurídico, esto es, la nulidad.

26. En las líneas sucesivas deberá determinarse, entonces, si los exámenes antes descritos pueden o no realizarse dentro del proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

IV.6. Control de validez del acto que se pretende elevar a escritura pública

IV.6.1. Declaración de oficio de la invalidez del acto que se pretende elevar a escritura pública.-

27. Si lo que se busca es determinar si dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, el Juez puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 220 del Código Civil, según el cual: "*La nulidad* [...] *puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*".

28. Lo primero que se advierte es que la norma hace referencia solo a una de las dos clases de invalidez: la nulidad, mas no a la anulabilidad. La nulidad es la forma más grave de invalidez que, de acuerdo con el artículo 219 del Código Civil, puede ser demandada cuando el negocio jurídico presenta las siguientes patologías: **a)** falta de manifestación de voluntad; **b)** incapacidad absoluta de la parte que lo celebró; **c)** objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable; **d)** fin ilícito; **e)** simulación absoluta; **f)** ausencia de la forma solemne; **g)** declaración expresa de nulidad; **e)** contravención al orden público o a las buenas costumbres. La nulidad es un remedio que busca tutelar intereses generales, a diferencia de la anulabilidad que más bien busca tutelar intereses particulares[75], de ahí que, por ejemplo, la nulidad no es susceptible de confirmación, mientras que la anulabilidad sí lo es. Pero estos no son los únicos rasgos que diferencian a ambas categorías, podemos mencionar, además, que: **(i)** el negocio nulo no produce efectos, mientras que el negocio anulable genera efectos precarios; **(ii)** el negocio nulo no precisa de una sentencia para no producir efectos (sentencia meramente declarativa), a diferencia de lo que sucede con el negocio anulable que dejará de producir sus efectos (precarios), en forma retroactiva hasta su celebración, una vez que quede firme la sentencia que declare la anulación (sentencia constitutiva) (artículo 222 del Código Civil); **(iii)** la nulidad puede ser peticionada por las partes que celebraron el negocio, por quien tenga algún interés o por el Ministerio Público (artículo 220 del Código Civil), en tanto que la anulabilidad solo puede ser peticionada por la parte que se considere afectada; **(iv)** la acción de nulidad prescribe a los 10 años (artículo 2001.1 del Código Civil) y la acción de anulabilidad prescribe a los 2 años (artículo 2001.4 del Código Civil); **(v)** el negocio nulo –ya está dicho- no puede ser convalidado, mientras que el negocio anulable sí puede serlo por medio de la confirmación (artículo 230 Código Civil); y, **(vi)** la nulidad puede ser apreciada de oficio por el juez (artículo 220 del Código Civil) mientras que la anulabilidad no.

29. La nulidad busca tutelar intereses generales, "valores fundamentales, colectivos e irrenunciables que un sistema jurídico preestablece (aunque sea implícitamente) y que podríamos calificar como trascendentes de la esfera individual [...] la nulidad está fuera del ámbito dispositivo de las partes, es de orden público"[76], es esto lo que explica que el legislador haya previsto, en el precitado artículo 220

---

70 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 994.

71 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, Traducción de Francisco BLASCO GASCÓ y Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Editorial Tirant to Blanch, Valencia, 1992, p. 261.

72 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 1028.

73 Íd., p. 995.

74 Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 996.

75 BIANCA, Massimo. *El contrato*, ob. cit., p. 635.

76 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 58.

del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aprecie de oficio la nulidad -es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado- y funde en dicha apreciación su decisión. En efecto, al comprometer la nulidad, intereses generales, su declaración no solo puede ser instada por las partes que celebraron el negocio jurídico, sino también por cualquier tercero que tenga algún interés en ello y por el Ministerio Público y, además, el Juez puede apreciarla de oficio. En este mismo sentido se ha sostenido que "la nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez, lo que se explica porque la nulidad es la sanción típica a que recurre el legislador para garantizar el respeto de la norma imperativa, en atención a un interés general"[77].

30. La posibilidad de que el Juez pueda apreciar de oficio la nulidad, es decir, aun cuando la parte demandada en el proceso judicial no la haya alegado, ha sido pacíficamente admitida por los sistemas jurídicos más influyentes.

31. En el sistema alemán, en donde aunque su Código Civil no contemple un dispositivo que expresamente atribuya al Juez la facultad en cuestión, se considera que ésta es una consecuencia necesaria de la nulidad, tal y como lo señala Werner Flume: "La causa de nulidad provoca '*per se*' que la reglamentación negocial del negocio jurídico nulo no valga. El juez tiene que tener en cuenta la nulidad si de la exposición de las partes resulta la existencia de una causa de nulidad, aunque el demandado no invoque la nulidad, es decir, no la haga valer. Si el demandado no está representado en el proceso, no se estimará la acción del demandante cuando de su exposición resulte que el negocio jurídico en el que apoya su demanda es nulo [...] La nulidad del negocio jurídico vale, por principio, a favor y en contra de cualquiera"[78]. Y en ese mismo sentido se ha dicho que: "El negocio es nulo cuando como consecuencia de un vicio del factum no produce los efectos que corresponden a su contenido. El vicio consiste en que falta un hecho constitutivo –p. ej., el negocio carece de la forma prescrita- o existe un hecho impediente –p. ej., incapacidad de obrar de una de las partes, falta de seriedad en la declaración, simulación, etc.-. Si por mencionarlo una de las partes en la audiencia, ha llegado a conocimiento del juez que falta un hecho constitutivo o que existe un hecho impediente, el juez debe tomar en consideración la nulidad que resulte sin que sea necesario que una de las partes la invoque. La nulidad es un efecto que se produce *ipso iure* por el hecho mismo de la existencia del vicio"[79].

32. Lo propio sucede en el sistema francés, en donde, respecto de la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad se ha dicho que: "cuando el acto nulo haya sido invocado principal o incidentalmente por vía de acción o de excepción, tendrá pleno derecho de descubrir la ilicitud y aplicar la nulidad. La única restricción que deberá observar será la de mantenerse en el campo estricto de la ilicitud aparente: no podrá, por consiguiente, llevar el análisis más allá del contenido del acto jurídico, no tendrá derecho a aventurarse en la investigación de circunstancias exteriores del acto, ni a inquirir en el dominio de la intención de las partes. Para él, el único hecho que tiene valor es el acto jurídico y los documentos que le acompañan. Si de su apariencia resulta el carácter de ilicitud, podrá colocarse al amparo del orden público para hacer valer la nulidad"[80].

33. En Italia, la prerrogativa en cuestión se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1421 del Códice Civile que a la letra dice: "*Salvo disposición diversa de ley, la nulidad puede ser hecha valer por quien tenga interés, y puede ser estimada de oficio por el juez*" [el resaltado es nuestro]. Comentando dicha norma se ha dicho que: "Siendo el negocio nulo completamente inválido (non valet) para el derecho, es lógico que cualquiera pueda hacer valer la nulidad: las partes, sus herederos o causahabientes, y los acreedores (art. 1421 C. C.). Es necesario un interés jurídico, se entiende; de ser el negocio nulo o válido debe seguirse una diversidad de consecuencias para la situación jurídica de quien intenta el ejercicio de la acción. Puesto que el negocio afecto de nulidad *non valet,* el Juez puede apreciar de oficio la nulidad (art. 1421 cit); puede, no debe, y en tanto puede en cuanto tiene modo de deducirla de los actos, ya que debe juzgar *iuxta alligata et probata*"[81]. Sobre el particular, Francesco Galgano ha sostenido que: "La nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez (art. 1421); el cual puede declarar nulo un contrato que haya sido aportado al juicio, incluso cuando no haya sido interpuesta por el interesado una demanda o una excepción en tal sentido. La anulación, en cambio, sólo puede ser pronunciada por el Juez como resultado de la demanda o de la excepción de la parte legitimada"[82]. Para seguidamente resaltar algo de suma importancia: "La declaración de oficio de la nulidad, admitida por el Código civil, debe ser coordinada sin embargo con los principios del *Codice di Procedura Civile* y, particularmente, con el principio de la demanda (art. 99 c.p.c.) y con la congruencia entre demanda o excepción y el fallo (art. 112 c.p.c.), así como con el principio sobre la disponibilidad de las pruebas (art. 115 c.p.c.)"[83]. Finalmente, expone algunos lineamientos que ha establecido la jurisprudencia italiana a fin de conseguir la referida coordinación entre la norma sustantiva y los principios procesales: "a) el Juez puede declarar de oficio la nulidad de un contrato si su validez es el elemento constitutivo de la demanda y si entre las partes existe discusión sobre su aplicación o sobre su ejecución; b) el Juez no puede declarar de oficio la nulidad del contrato si la parte interesada ha formulado frente al mismo un remedio distinto, como la anulación o como la resolución, o si ha sido demandada la declaración de nulidad por cual otra causa; c) el Juez puede declarar de oficio la nulidad sólo si la causa de nulidad proviene de los documentos y no precisa ninguna otra investigación posterior de hecho; d) la nulidad del contrato puede ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso: incluso en grado de apelación o de casación, siempre que el Juez de grado inferior no se haya pronunciado sobre la validez del contrato, puesto que esto comportaría la formación de un fallo que precluiría el examen posterior de la materia"[84]

34. Y, en España se ha dicho lo siguiente: "Los Tribunales de Justicia pueden apreciar 'de oficio' la existencia de la nulidad; es decir, aunque la declaración de nulidad no haya sido pedida por ninguna de las partes contendientes. Resultado a que se ha llegado, aunque para ello se haya tenido que superar el principio de Justicia rogada, predominante en el procedimiento civil, y dejar de lado la exigencia de que la sentencia haya de ser congruente con la demanda (artículo 359 L.E.C.). Desviación del criterio general de la Ley Rituaria civil, que se considera necesaria, en obediencia a los principios generales de nuestro Derecho; porque sería inadmisible que el juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, el cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral o contraída por un niño"[85].

35. El juicio de validez que el Juez realiza de oficio, es decir, al amparo del artículo 220 del Código Civil, se ajusta a verificar que un determinado negocio jurídico no incurra en una específica clase de invalidez: la nulidad, pero no cualquier nulidad, sino una nulidad cualificada, una nulidad manifiesta, de manera que se circunscribirá a verificar que los componentes del negocio jurídico (parte, objeto, causa, manifestación de voluntad y forma solemne) no contravengan en forma evidente aquellas directrices del ordenamiento jurídico que tutelen intereses generales, es

---

77 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. LEÓN, Primera edición, Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 239.

78 FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, Traducción de José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE, Cuarta edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 653.

79 TUHR, Andreas von. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Volumen II: *Los hechos jurídicos*, Traducción de Tito RAVÁ, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 253.

80 LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*, Traducción de Manuel ROMERO SÁNCHEZ y Julio LÓPEZ DE LA CERDA, Porrúa, México Distrito Federal, 1993, p. 282, citado por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., p. 95.

81 CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, Traducción, prólogo y notas de Manuel ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, p. 282.

82 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 316.

83 Ibíd.

84 Íd., p. 317.

85 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1997, p. 476.

decir, que no contravengan las disposiciones contenidas en el artículo 219 del Código Civil. El juicio de validez que el Juez realiza de oficio, no podrá extenderse a la verificación de alguna causal de anulabilidad, y es coherente que así sea, pues -como se ha visto- la anulabilidad solo opera a petición de parte y precisa de una sentencia que la declare.

36. En efecto, se advierte que el precitado artículo 220 del Código Civil señala que aquello que el Juez puede declarar de oficio es la nulidad "manifiesta", es decir, no cualquier nulidad sino una nulidad especial, una nulidad, podríamos decir, "cualificada". La misma terminología aparecía en el antecedente legislativo de la referida norma, el artículo 1124 del Código Civil de 1936: "*La nulidad* [...] *puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*".

37. Toca, entonces, determinar, qué debemos entender por nulidad "manifiesta". Sobre el particular José León Barandiarán sostuvo que el vicio es manifiesto en caso de que "aparezca inequívoca e inmediatamente del acto mismo, sin necesidad de ninguna otra comprobación"[86], como sucede, por ejemplo, "si se ha celebrado una anticresis sin haberse empleado escritura pública; si Pedro, marido de Juana, ha celebrado con ésta un contrato pese a la prohibición del art. 1139"[87]. Encontramos mayores alcances en la opinión de Fernando Vidal[88] quien sostiene que la nulidad "manifiesta" se orienta a dos significados: **(i)** puede ser la que se presenta al descubierto, de manera clara y patente, que es fácil de advertir por el órgano jurisdiccional, un ejemplo de esto se encontraría en el acto jurídico que no respeta la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad; **(ii)** puede ser la que inicialmente se presenta encubierta, pero luego resulta manifiesta como consecuencia de la evaluación que realiza el juez, ejemplo de esto se da "cuando se celebra un contrato con finalidad ilícita que no ha sido expresada, ya que, en tal caso, si una de las partes recurre al órgano jurisdiccional para alcanzar la pretensión a la que se siente con derecho, el juzgador podrá evaluar la finalidad del contrato y declararlo nulo, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, materia de la controversia"[89]. Por su parte, Juan Lohmann plantea que lo manifiesto se puede entender de dos formas: **(i)** Puede ser aquello que al juez le resulte visible en el contexto general del proceso merced a la luz que proporcionen otros elementos de prueba sobre circunstancias contingentes o hechos ajenos al acto jurídico mismo; o **(ii)** puede ser aquello ostensible, patente, que se expresa, muestra, expone, evidencia y revela por y en el acto mismo y que, por tanto, no requiere de prueba extrínseca para su demostración[90]. El citado autor se inclina por la segunda alternativa y sostiene que: "Manifiesta ha de significar lo que ya esté manifestado (no cubierto o desconocido) con tal grado de claridad que no se requiera de prueba alguna o de análisis externo, auxiliar y complementario para ponerlo de manifiesto, esto es, para descubrir lo encubierto y poner a la vista el vicio suprimiendo la apariencia de validez. Que 'resulte manifiesta' significa pues, que la nulidad ya sea evidente y directa e inmediatamente perceptible"[91]. Juan Lohmann considera, además, que no son casos de nulidad manifiesta en tanto precisan de una prueba extrínseca: **(i)** la simulación, pues se presume la autenticidad del acto; **(ii)** el objeto indeterminado pero cuya determinabilidad no consta del acto, pues se supone la determinabilidad del objeto, no que las partes han querido lo impreciso; **(iii)** objeto cuya imposibilidad física sea relativa o subjetiva, pero no objetiva o absoluta, pues se supone la posibilidad del objeto, no que las partes han querido lo imposible; **(iv)** la finalidad ilícita que no conste del propio acto y que requiera ser comprobada, pues se presume la rectitud y la licitud, no un propósito del acto que el ordenamiento repudie[92]. Para Aníbal Torres, la nulidad es manifiesta "cuando no existe lugar a ninguna duda sobre su existencia, se infiere del simple examen del documento que contiene al acto jurídico o de las pruebas actuadas en el proceso, caso en el que puede declararla de oficio por el Juez, sin requerirse de que exista invocación de parte. El juez no acciona en el sentido de interponer una demanda para que se declare la nulidad, sino que cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conozca de los hechos que la provocan, puede e incluso debe declararla de oficio, pues le está vedado permanecer impasible, por ejemplo, frente a un acto ilícito o contrario a las normas imperativas o a las buenas costumbres"[93]. Freddy Escobar sostiene que la nulidad es manifiesta "cuando la causal que la produce se encuentra al descubierto de manera clara y patente (piénsese en el caso del negocio celebrado en un instrumento que no es el que representa la forma solemne exigida por la ley)"[94]. Finalmente, para Fort Ninamancco, a la luz del principio de conservación del negocio jurídico se debe realizar una interpretación restrictiva de la segunda parte del artículo 220 del Código Civil, por lo que la "nulidad manifiesta" no puede estar referida a todas las causales sino solamente a una, aquélla cuya presencia resulta más patente entre todas las causales de nulidad: "Hay, pues, que considerar únicamente a la causal de nulidad que menos análisis probatorio requiere para su comprobación y cuya presencia en un caso concreto admite menos margen de discusión"[95], esa causal –para el citado autor- sería "la ausencia de formalidad *ad probationem*. Las otras causales, en cambio, requieren mayores elementos probatorios para su determinación, o su presencia, en un caso concreto, admite amplios márgenes de controversia derivada de las diferentes interpretaciones que se pueden dar de la realidad fáctica o jurídica. Esto no ocurre con la causal de ausencia de forma prescrita bajo sanción de nulidad. Al margen de esta causal, por lo tanto, no debería encontrar ninguna aplicación la segunda parte del artículo 220 de nuestro Código Civil"[96].

38. Este Supremo Tribunal considera acertado partir de la premisa planteada por Juan Lohmann, y, entonces, debemos responder a la siguiente pregunta: ¿La nulidad manifiesta es aquélla que se advierte del análisis del mismo documento, sin que haya necesidad de valorar algún medio probatorio adicional o es que la nulidad manifiesta podría derivar, también, de un elemento de prueba externo al acto pero, evidentemente, incorporado al proceso?

39. Como se acaba de ver, algunos autores han optado claramente por una u otra tesis: José León y Juan Lohmann consideran que la nulidad manifiesta es aquélla que se advierte del acto mismo; Fernando Vidal y Aníbal Torres consideran que la nulidad manifiesta también podría derivarse de alguna otra prueba actuada en el proceso. A nivel jurisprudencial encontramos pronunciamientos en donde la nulidad manifiesta se deriva del acto mismo como, por ejemplo, la Casación Nº 2009-2002-Puno, en donde, dentro de un proceso de desalojo, se consideró que el contrato de anticresis es manifiestamente nulo si no reviste la formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad: "***Sétimo**: [...] de autos se advierte que, el contrato notarial de anticresis, no se encuentra formalizado por escritura pública, de conformidad con lo que establece el artículo 1005 del CC de 1936, corroborado con el artículo 1092 del CC actual, resultando por tanto nulo por carecer del requisito de forma a que se refiere el inciso tercero del artículo 1123 del CC de 1936, referido a que el acto jurídico es nulo, cuando no reviste la forma prescrita en la ley* [...] ***Noveno**: que, en consecuencia, siendo nulo el contrato de anticresis, los demandados resultan ser precarios, de conformidad con el artículo 911 del CC, que establece que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía feneció*". Del mismo modo, en la Casación Nº 1519-2008-Ica, se consideró que el contrato de donación es manifiestamente nulo si no reviste la formalidad exigida por ley bajo sanción de nulidad: "***Cuarto**: [...] la sentencia, recurrida ha inaplicado los artículos 1625, 220 y 219 inciso 6 del Código Civil, pues el documento de donación no ha sido otorgado mediante escritura pública y al no haber sido realizada bajo la forma*

---

86 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del Acto Jurídico*, Cuarta edición, aumentada y corregida-con notas suplementarias, Gráfica Marsom. S.A., Lima, p.67.

87 Ibíd.

88 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. cit., p. 509.

89 Ibíd.

90 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 59.

91 Íd., pp. 59-60.

92 Íd., p. 60.

93 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*, ob. cit., p. 701.

94 ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Nulidad absoluta*, Ob. cit., p. 932.

95 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., p. 119.

96 Ibíd.

prescrita por la Ley resulta nula de pleno derecho, ello en aplicación del inciso 6 artículo 219 del Código Civil, siendo así la posterior transferencia efectuada mediante el contrato privado de fojas veintitrés es también nula de pleno derecho por haber sido celebrado por quien no tiene el derecho de propiedad, resultando igualmente nulo el acto jurídico de confirmación contenido en la Escritura Pública de fojas veinticuatro, en aplicación de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 220 del Código Civil, ya que el acto nulo no puede ser subsanado por la confirmación". Pero también encontramos pronunciamientos en donde la nulidad manifiesta se deriva de algún otro medio probatorio actuado en el proceso como, por ejemplo, la Casación Nº 609-2009-Lima: "*Respecto a los agravios en los términos denunciados por ambas partes procesales, se advierte de autos que la sala de mérito sostiene en los fundamentos noveno, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero lo siguiente: está probado que quien suscribe el contrato que da origen a la obligación puesta a cobro en representación del comitente ha sido condenado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, con autoridad de cosa juzgada y si bien al representante legal de la empresa demandante no se le ha condenado, por tanto su responsabilidad penal personal no puede ser invocada en este fallo, sin embargo, sí resulta siendo imprescindible la misma para entender el origen ilícito de la obligación, que da lugar a la nulidad manifiesta de la obligación puesto a cobro, dicha nulidad manifiesta, como se aprecia de la jurisprudencia casatoria citada, y de conformidad con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, puede ser declarada de oficio por el juez, sin necesidad inclusive que la nulidad del contrato de prestación de servicios sea objeto del debate en el proceso judicial o independientemente de que las partes hayan invocado tal circunstancia; y respecto a la reconvención formulada por la demandada concluye: cuando se interpuso la demanda los citados procesos penales no habían sido aún resueltos y al evidenciarse un interés jurídicamente justificado de la demandante no puede dar lugar a una prestación indemnizatoria; al respecto el órgano de segundo grado ha apreciado de las copias certificadas del proceso penal obrantes a folios quinientos diecisiete, específicamente en la sentencia penal de folios setecientos cinco, que en la celebración del contrato de servicios celebrado con fecha veintisiete de enero del año mil novecientos noventa y dos –según refiere la recurrida- se produjo un gran desbalance entre las sumas cobradas por los contratistas y el valor de las obras ejecutadas, habiendo existido concertación entre los contratantes; de lo expuesto se colige que la obligación demandada, al provenir de un acto jurídico con finalidad ilícita, no puede ser exigido vía acción judicial; en tal sentido no se puede pretender que la parte demandada honre la obligación puesta a cobro, si se tiene en consideración conforme a los actuados penales (fundamento quinto de la sentencia de fecha ocho de febrero del año dos mil uno) que el contrato de servicios del cual deriva la obligación reclamada fue sobrevalorado en el costo de los servicios contratados, de tal forma que el mismo contraviene normas legales imperativas*"[97].

40. A nivel legislativo -por supuesto a partir de una interpretación literal- encontramos que -a diferencia del nuestro- algunos Códigos Civiles latinoamericanos, también, han optado expresamente por una u otra opción: El artículo 1683 del Código Civil de Chile estipula que "*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte,* ***cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato*** [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1699 del Código Civil de Ecuador dice que "*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte,* ***cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato*** [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1742 del Código Civil de Colombia menciona que "*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte,* ***cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato*** [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 1561 del Código Civil de Uruguay señala que "*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez de oficio,* ***cuando aparece de manifiesto*** [...]" [el resaltado es nuestro]; el artículo 359 del Código Civil de Paraguay prescribe que "*cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el juez,* ***si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio*** [...]" [el resaltado es nuestro]; y el vigente Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en su artículo 387, señala que "*la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia* [...]".

41. Para este Supremo Tribunal la nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil siempre que –repetimos- la incursión en alguna causal, cualquiera que ésta sea, resulte fácil de advertir. Estaremos ante un contrato manifiestamente nulo cuando, por ejemplo: exista discrepancia entre la oferta y la aceptación, la oferta no haya sido seguida de la aceptación, el contrato aparezca firmado por una persona que al tiempo de su celebración ya había fallecido, el contrato aparezca firmado por persona inexistente, el contrato no revista la formalidad prescrita por ley bajo sanción de nulidad, el contrato ha sido celebrado por medio de declaración carente de seriedad (hecha en broma, por jactancia o con fines didácticos), cuando se advierta la ausencia de la causa del contrato, cuando se advierta la ausencia del objeto del contrato, cuando el fin ilícito se evidencie por medio de sentencia penal firme, etc.

42. Por último, toca determinar si esta nulidad manifiesta puede ser apreciada o no en un proceso sumarísimo. Sobre el particular una doctrina ha señalado que ello no es posible en atención a las siguientes razones: "**(i)** En ella [la vía sumarísima] solo se admiten los medios probatorios de actuación inmediata; **(ii)** en el proceso sumarísimo no se admite la reconvención lo que impide que el demandado contrademande la declaración de nulidad, conduciendo eventualmente al absurdo de que se ampare la demanda negando el examen de la validez del negocio, cuya nulidad habría que discutir en otro proceso; y, **(iii)** en el proceso sumarísimo no es posible ofrecer medios probatorios en apelación (artículo 374) para sostener que no hay la nulidad declarada de oficio en la sentencia"[98].

43. Este Supremo Tribunal considera que es necesario uniformizar los criterios jurisprudenciales en el sentido de que, dentro de un proceso sumarísimo, sí es posible que el Juez declare la nulidad del contrato del que se pretende extraer algún efecto, siempre que aquélla resulte manifiesta, toda vez que el artículo 220 del Código Civil no establece ninguna proscripción que nos lleve a sostener lo contrario y tampoco encontramos alguna a nivel de la legislación procesal. En efecto, como se ha visto, el proceso sumarísimo es un proceso plenario (rápido), es decir, un proceso en el que no hay restricciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes y a los medios probatorios que podrían aportar, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil. En el proceso sumarísimo, a menos que se trate de un proceso especial, no existe limitación en la aportación de medios probatorios relativos al tema de fondo, la restricción al aporte de medios probatorios de actuación inmediata es para resolver las cuestiones probatorias (artículo 553 del Código Procesal Civil[99]). Cierto es que en el proceso sumarísimo no procede la reconvención (artículo 559 del Código Procesal Civil[100]), no obstante, la nulidad de un negocio jurídico no solo puede hacerse valer vía acción (reconvención) sino también

---

97 Citada por NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. Ob. cit., pp. 84-85.

98 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 62-63.

99 Artículo 553 del Código Procesal Civil: "Las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el Artículo 554".

100 Artículo 559 del Código Procesal Civil: "En este proceso no son procedentes:
1. La reconvención.
2. Los informes sobre los hechos".

vía excepción (material) que merecerá pronunciamiento al resolver el fondo de la controversia[101], además, la nulidad manifiesta constituye una circunstancia que debe ser tomada en cuenta por el Juez, aun cuando no haya sido alegada por la parte demandada, es decir, de oficio. Asimismo, con la modificación del Código Procesal Civil efectuada por la Ley Nº 30293, publicada el 28 diciembre 2014, que entró en vigencia a los treinta días hábiles de su publicación, se ha eliminado la restricción del ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia en los procesos sumarísimos (artículos 374 y 559 del Código Procesal Civil), por lo que el derecho de defensa y, específicamente, el derecho a probar, de la parte que se ve perjudicada con la apreciación de oficio de la nulidad, no se vería comprometido por tal limitación, ello sumado a la forma en que debe ejercerse este poder que tiene el Juez, tema del que nos ocuparemos más adelante. Por lo demás, el hecho de que dentro de los procesos declarativos, el proceso sumarísimo -en atención a los plazos más cortos y al menor número de actos procesales- sea el más rápido, no releva al Juez de su deber de verificar que los componentes de un determinado negocio jurídico no vulneren en forma manifiesta las directrices del ordenamiento jurídico relativas a la validez de esta clase de actos.

44. En el proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública el control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar se circunscribirá a la nulidad manifiesta del mismo, circunstancia que podrá ser advertida de oficio por el Juez. El análisis de la nulidad no manifiesta y de la anulabilidad por alegación de la parte demandada, constituye un paso más atrevido que, este Supremo Tribunal, considera no posible, dado que la controversia se tornaría demasiado compleja y no permitiría su tramitación en la vía procedimental más corta que ha previsto nuestro ordenamiento procesal para los procesos civiles de cognición, ello sin perjuicio de que en el particular caso de la anulabilidad, la sentencia es constitutiva, es decir, no basta la mera alegación de la parte interesada, lo que abunda a favor de no realizar este análisis en el proceso de otorgamiento de escritura pública.

45. No obstante, la parte demandada puede peticionar en vía de acción la nulidad (no manifiesta) o la anulabilidad del referido negocio jurídico y, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil[102], puede solicitar la suspensión de la expedición de la sentencia en el proceso de otorgamiento de escritura pública hasta que se resuelva el proceso de nulidad (no manifiesta) o anulabilidad del negocio jurídico, en cuyo caso el Juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva. Cabe señalar que si una vez resuelto el proceso de nulidad o anulabilidad, el Juez del proceso de otorgamiento de escritura pública aprecia que en la solicitud de suspensión de la expedición de la sentencia ha existido temeridad o mala fe, podrá actuar conforme a lo establecido en los artículos 110[103] y 111 del Código Procesal Civil[104], esto es, imponer a la parte demandada y/o a su abogado y/o apoderado, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal y, en caso, considere que el abogado ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

IV.6.2. Declaración de oficio de la invalidez y principios del proceso.-

46. Ya se ha determinado cuándo existe una nulidad manifiesta y que ésta puede ser apreciada de oficio por el Juez incluso en un proceso sumarísimo como el de otorgamiento de escritura pública. Corresponde, ahora, determinar en qué forma se ejerce este específico control de validez del negocio jurídico o, si se prefiere, en qué forma el Juez debe ejercer el poder que se le ha conferido por medio del segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil.

47. La facultad que tiene el Juez de apreciar de oficio la nulidad manifiesta de un determinado negocio jurídico, es decir, aun cuando la parte demandada no la haya alegado, podría entrar en colisión con algunos principios que orientan el proceso judicial, como son: el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

48. El proceso judicial es un instrumento de realización de los derechos materiales de los justiciables, quienes someten sus conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, a la decisión de un Juez que representa al Estado, empero el uso de este instrumento no queda al arbitrio del Juez sino que éste ha de respetar una serie de principios y derechos que en su conjunto conforman lo que conocemos como debido proceso. Estos principios y derechos encuentran consagración en la Constitución y en las leyes, tal y como lo establece el artículo 138 de la Constitución Política de Estado: "*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos* ***con arreglo a la Constitución y a las leyes*** [...]" [el resaltado es nuestro].

49. Uno de los principios que deben ser respetados por el juzgador a los efectos de resolver válidamente la controversia es el principio dispositivo, que se encuentra consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil según el cual: "*El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar* [...]". Por este principio se entiende que las facultades de iniciar el proceso

---

101 De acuerdo con Montero Aroca: Mientras las excepciones procesales están referidas a la válida constitución de la relación jurídico procesal, las excepciones materiales están referidas al fondo de la controversia y buscan que la pretensión sea desestimada (MONTERO AROCA, Juan. "*El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000*", Segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 431). Los hechos que sustentan una excepción material pueden ser: (i) Hechos impeditivos: Que vienen a ser aquellos que "impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia normal y, por tanto, que se produzca el efecto jurídico pedido por el demandante" (Íd., p. 432), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que el derecho del demandante no llegó a nacer; un hecho impeditivo sería, por ejemplo, la nulidad del contrato. (ii) Hechos extintivos: En estos casos "los hechos constitutivos han existido y han desplegado sus eficacia normal, pero posteriormente se ha producido otro que hecho que ha suprimido esos efectos" (Ibíd.), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que el derecho del demandante nació pero al tiempo actual ya feneció; un hecho extintivo sería, por ejemplo, el pago. (iii) Hechos excluyentes: En estos casos también "se han producido los efectos de los hechos constitutivos, pero el demandado alega otros hechos, supuesto de la aplicación de una norma que le permite excluir dichos efectos. Frente al existente derecho del actor, existe otro contraderecho del demandado que puede excluir los efectos de aquél" (Ibíd.), en buena cuenta lo que aquí alega el demandado es que si bien existe el derecho del demandante también existe un derecho a favor del demandado que le restaría efectos a aquél; un hecho excluyente sería, por ejemplo, la excepción de incumplimiento.

102 Artículo 320 del Código Procesal Civil: "Se puede declarar la suspensión del proceso, de oficio o a pedido de parte, en los casos previstos legalmente o cuando a criterio del Juez sea necesario.
El Juez a pedido de parte, suspende la expedición de la sentencia en un proceso siempre que la pretensión planteada en él dependa directamente de lo que debe resolver en otro proceso en el que se haya planteado otra pretensión cuya dilucidación sea esencial y determinante para resolver la pretensión planteada por él. Para ello es necesario que las pretensiones sean conexas, a pesar de lo cual no puedan ser acumuladas, caso contrario, deberá disponerse su acumulación".

103 Artículo 110 del Código Procesal Civil: "Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.
Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria".

104 Artículo 111 del Código Procesal Civil: "Además de lo dispuesto en el Artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar".

judicial y de fijar los extremos de la controversia, no le corresponden al Poder Estatal sino a los particulares. En efecto, según este principio, "tanto el ejercicio de la acción como el desenvolvimiento de ella a través del proceso, así como los límites de dicha acción y la actividad misma del juez, están en gran medida regulados por la voluntad de las partes, esto es, que las partes, así como son dueñas de disponer de su propio derecho sustancial, así también disponen, si la ley no establece otra cosa, de la iniciación y del desenvolvimiento del proceso"[105]. Siendo así, el principio dispositivo guarda concordancia con la garantía de imparcialidad del Juez frente a los particulares.

50. Otro principio que inspira nuestro proceso judicial es el principio de contradictorio que se encuentra vinculado con el derecho de defensa consagrado en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado que dice: "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:* [...] *14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*". Según este principio, salvo que la ley establezca lo contrario, debe posibilitarse a ambas partes del proceso el plantear sus posiciones sobre toda cuestión que podría generar alguna controversia. "La razón de este principio consiste en el hecho de que en la función de realización de los intereses tutelados por el derecho hay que tomar en cuenta no sólo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al del actor. Sólo mediante el contraste de la posición del actor y de la posición del demandado podrá suministrarse al juez un exacto criterio de decisión, sobre la base del material de prueba y de las argumentaciones, en hecho y en derecho, que la una y la otra parte hayan desplegado en el desarrollo del proceso"[106].

51. El principio de congruencia procesal ha sido recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual establece que: "*el juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*". De acuerdo con este principio debe existir correspondencia o identidad entre las pretensiones formuladas por las partes y lo resuelto por el Juez, de manera que no se incurra en una sentencia *extra petita*: cuando se concede algo distinto a lo pedido, es decir, cuando se resuelve sobre una pretensión que no ha sido discutida en el proceso; *infra petita*: cuando se omite resolver alguna pretensión; o *ultra petita*: cuando se concede más de lo pedido; pues cualquiera de estas situaciones conllevará la invalidez del pronunciamiento.

52. Finalmente, el principio de doble instancia, en el inciso 6 del artículo 138 de la Constitución Política del Estado: "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:* [...] *6. La pluralidad de la instancia*"; y en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dice: "*El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta*". Este principio garantiza que las decisiones emitidas por un juez puedan ser materia de revisión por un órgano jerárquico superior.

53. Sobre la relación que existe entre el poder que tiene el juez de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico y el principio de congruencia procesal se generó en nuestro medio un interesante debate entre dos reconocidos juristas. Por un lado, Juan Lohmann sostiene que la declaración de oficio de la nulidad de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de congruencia procesal, lo que se justifica en atención a que la nulidad es de orden público, es decir, se encuentra fuera del ámbito dispositivo de las partes. Así, el referido autor señala que: "A la necesidad de proteger este orden público, las buenas costumbres y, a la postre, esos intereses superiores; y privar al acto jurídico de los efectos que negativamente podrían repercutir sobre todo ello, obedece el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil como excepción al principio de congruencia entre petitorio y fallo"[107]. Y continúa diciendo que: "el artículo VII del Código Procesal Civil cede ocasionalmente su rigor cuando el petitorio y, en relación con él, los hechos invocados, no versan sobre derechos disponibles. La regla de que el juez no puede apartarse de las peticiones de las partes no es plena ni irrestricta si esas peticiones van más allá de sus privativos intereses tutelables y disponibles"[108]. No obstante, el citado autor sostiene que la norma civil y la norma procesal no son contradictorias y podrían conciliarse si interpretamos la primera a la luz de la última y entendemos que "el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes sobre el particular"[109], ante ello "lo que el juez puede hacer es plantear de oficio la cuestión, pedir a las partes que formulen sus posiciones al respecto y, en su momento, si a su criterio hay nulidad, emitir declaración en la sentencia sobre ello, aunque no formara parte de las pretensiones". Y, en opinión del autor que venimos citando, el momento adecuado para que el Juez pueda traer a colación una posible nulidad no alegada por las partes es el de la audiencia de determinación de puntos controvertidos[110]. Con todo, hay que enfatizar que para Juan Lohmann la nulidad que el Juez advierta de oficio puede ser declarada en la parte resolutiva de la sentencia. Finalmente, el citado autor plantea importantes lineamientos en torno a la forma en que el Juez debe ejercer su facultad de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico: "**(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 directamente 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"[111].

54. De otro lado, Eugenia Ariano manifiesta no estar de acuerdo con que la declaración de nulidad *ex officio* se haga en la parte resolutiva de la sentencia, y sustenta su discrepancia en que el término "declarar" que aparece en el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no debe interpretarse como que el juez pueda introducir en su fallo un extremo que no fue objeto de demanda o de reconvención[112], pues, "si así se hace se incurre, siempre, en vicio de extra petición, y como consecuencia la sentencia será nula (al menos en el extremo 'extra')"[113]. Para la citada autora, la congruencia de la sentencia, es decir, la correspondencia entre lo pedido y lo resuelto, no encuentra ninguna excepción, ni siquiera en materia de nulidad absoluta[114], lo que en realidad sucede es que "hay hechos (impeditivos, modificativos o extintivos), que aún cuando no alegados expresamente por la parte demandada, pueden (y deben) ser 'tenidos en cuenta' de todas maneras por el juez (justamente de oficio). Esos hechos configuran lo que la doctrina italiana llama, en expresión por demás elíptica (y equívoca), '*eccezioni rilevabili d'ufficio'* o '*eccezioni in senso lato'*, por contraposición a las '*eccezioni in senso stretto'* o 'excepciones' a secas. Uno de ellos es, justamente,

---

105 ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. *Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Jurídica Universitaria, 2008, México, p. 322.
106 Íd., p. 321.
107 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 58.
108 Íd., p. 61.
109 Íd., p. 60.
110 Ibíd.
111 Íd., p. 63.
112 ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 140-141.
113 Íd., p. 141.
114 Íd., pp. 142-143.
115 Íd., p. 145.

la nulidad"[115]. Por lo tanto, "la nulidad *ex* art. 219 CC constituye un hecho impeditivo de la pretensión actora que el juez puede 'tener en cuenta' de oficio, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de parte, a los efectos de desestimar (sólo) la demanda. Nada más". Lo que lleva a la citada autora a proponer que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil se lea como si dijera: "el juez puede fundar sus fallos en la nulidad que le resulte manifiesta aunque no haya sido invocada"[116], y a concluir que el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil no es una excepción a la regla de congruencia sino que es una excepción de la regla que las excepciones las plantea sólo el demandado[117]. En buena cuenta, lo que plantea la citada doctrina es que el Juez puede, de oficio, apreciar la nulidad manifiesta de un negocio jurídico y fundar su decisión sobre ésta, mas tal apreciación únicamente puede realizarse en la parte considerativa de la sentencia sin que sea posible emitir pronunciamiento sobre la nulidad manifiesta en la parte resolutiva de la sentencia.

55. El tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, incluso ha sido materia de debate en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, llevado a cabo en la ciudad de Lima, los días 26 y 27 de marzo de 2010, en donde se planteó el problema en los siguientes términos: "¿Puede el juez de oficio declarar la nulidad del acto jurídico de compraventa, al existir una causal manifiesta de nulidad, en un proceso en el cual se busca otorgarle eficacia al acto jurídico nulo, pero que todavía no ha sido declarado como tal?"[118], y se formularon dos Ponencias: La primera establecía que: "El juez sí puede declarar de oficio la nulidad del acto jurídico en la parte resolutiva de la sentencia, en la medida que haya tenido en cuenta como pautas a seguir que lo haya fijado como punto controvertido y que haya dado la posibilidad a las partes procesales para el contradictorio respectivo; sin que ello implique vulneración alguna al principio de congruencia procesal, habida cuenta que como todo principio, éste no es absoluto; por tanto admite excepciones, siendo una de ellas la facultad contenida en el artículo 220 del Código Civil"[119]; y la segunda señalaba que: "El juez puede utilizar el argumento de la nulidad manifiesta, en la parte considerativa de la sentencia, a efecto de enervar la pretensión postulada, sustentada en el acto manifiestamente nulo, sin necesidad de declarar la nulidad del acto en la parte resolutiva. La aplicación de esta norma debe hacerse de manera restrictiva, y sólo para aquellos supuestos de actos jurídicos manifiestamente contrarios al orden público y a las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 219, inciso 8) del Código Civil"[120]. Adoptándose como conclusión plenaria, por mayoría, la primera ponencia.

56. Sobre el particular, en el sistema español se han planteado dos tesis[121]: **(i) la tesis civilista**, según la cual, el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad del negocio jurídico en cualquier estado del proceso y a nivel de cualquier instancia, incluso a nivel de la Corte Suprema, y sin que sea necesario promover una actividad contradictoria entre las partes del proceso, a pesar de lo cual el pronunciamiento en torno a la nulidad del negocio jurídico adquiriría la calidad de cosa juzgada, y ello sería así en tanto que la nulidad opera por ministerio de la ley, de forma automática[122]. Los partidarios de esta tesis consideran que "si el contrato nulo accede al proceso el juez debe eliminarlo definitivamente del tráfico jurídico, declarando su nulidad sin necesidad de actuaciones procesales contradictorias entre las partes previas a la declaración, ni tampoco de otro proceso ulterior"[123]. **(ii) la tesis procesalista** que, a su vez, presenta dos manifestaciones: **la primera**, según la cual, el Juez, de oficio, puede apreciar la nulidad del negocio jurídico, con eficacia *incidenter tantum*, limitándose a desestimar la demanda y dejando a salvo la posibilidad de que las partes puedan ejercitar la acción de nulidad en un proceso posterior en el que se observen todas las garantías procesales, mas no puede declarar la nulidad, pues esto contravendría el principio dispositivo y las garantías procesales de las partes; y **la segunda**, según la cual, el Juez, de oficio, podría declarar la nulidad del negocio jurídico, pero siempre que inserte el cauce contradictorio que permita a las partes debatir sobre la nulidad, con lo cual la declaración de nulidad podría pasar en autoridad de cosa juzgada[124].

57. Este Supremo Tribunal considera que la forma en que el Juez debe ejercer el poder que tiene para declarar de oficio una nulidad manifiesta debe ser aquélla que logre conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, es decir, aquélla que permita armonizar de mejor forma los postulados del Derecho sustantivo y del Derecho procesal. En esa línea consideramos que no puede acogerse la denominada tesis civilista que plantea que el Juez, de oficio, puede declarar la nulidad a nivel de cualquier instancia y sin necesidad de promover el contradictorio, pues tal solución si bien representa una amplia tutela para los intereses que se pueden ver perjudicados con la nulidad, vulnera importantes garantías procesales, tales como, el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia.

58. Por el contrario, la tesis procesalista, en sus dos manifestaciones, sí intenta conciliar las dos tutelas antes referidas, por lo que el criterio dirimente para optar por una u otra manifestación, debe ser otro, también digno de consideración, como es la economía procesal. Así, por un lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, no puede declarar la nulidad sino solo apreciar la misma y sobre la base de dicha apreciación desestimar la demanda, con lo cual si bien se ahorra el promover el contradictorio entre las partes, se deja abierta la posibilidad de que éstas puedan iniciar un nuevo proceso en el que se discuta la validez del negocio jurídico, con el contrasentido de que un nuevo juez tenga que verificar si la apreciación realizada en su oportunidad por otro juez se ajustó o no a derecho. Por otro lado, tenemos el planteamiento según el cual el Juez, de oficio, puede declarar (entiéndase, en el fallo) la nulidad pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes, con lo cual lo que se decida en torno a la nulidad, adquiriría la calidad de cosa juzgada y eliminaría la posibilidad de que se reabra el debate sobre dicha situación en otro proceso. Es en mérito a tales razones que este Supremo Tribunal se adhiere a este último planteamiento.

59. Este Supremo Tribunal considera que la asunción de esta tesis guarda concordancia con el segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a que el Juez puede "declarar" la nulidad manifiesta, mas no hace referencia a que el Juez puede solo "apreciar" la nulidad manifiesta, asimismo, el planteamiento en cuestión es consecuente con que el ejercicio, de oficio, de un poder por parte del Juez debe previamente promover el contradictorio entre las partes. Es justamente la apertura de este incidente contradictorio lo que remedia en gran medida la posible vulneración no solo del principio de contradictorio, sino también del principio dispositivo y del principio de congruencia. En efecto, en relación al principio de congruencia, debemos decir que el artículo 219 del Código Civil y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil podrían conciliarse si entendemos que "el juez puede declarar la nulidad que no forma parte del petitorio, pero no debe significar que resuelva sin discusión de las partes

---

116 Íd., p. 149.

117 Íd., p. 150.

118 Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. *Material de lectura. Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2010*, Lima, 2010, p. 645.

119 Ibíd.

120 Ibíd.

121 MARCOS GONZÁLES, María. *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Navarra, 2011, pp. 19 y ss.

122 Íd., principalmente, pp. 53-56.

123 Así lo explica, aunque sin suscribirse a dicha tesis: Íd., p. 21.

124 Íd., principalmente, pp. 56-68.

sobre el particular"[125]; asimismo, debemos tener en cuenta que la declaración de oficio de la nulidad guarda relación directa con el derecho que pretende efectivizar el demandante, pues aquél deriva, precisamente, del contrato que se considera manifiestamente nulo, además, se ha posibilitado a las partes y, específicamente, a la parte demandante, el plantear argumentos de defensa y aportar medios probatorios relativos a la nulidad del negocio jurídico, finalmente, proscribir la posibilidad de que el Juez declare de oficio la nulidad manifiesta "permitiría que las decisiones de los tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes o delictivos, absurdo ético jurídico inadmisibles"[126]. En relación al principio dispositivo, cierto es que en virtud de éste corresponde a los particulares iniciar el proceso judicial y fijar los extremos de la controversia, empero, también es cierto que excepcionalmente le está permitido al Juez incorporar al debate situaciones o cuestiones no alegadas por las partes como, por ejemplo, la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta (*iura novit curia*) y la nulidad manifiesta, máxime, si como sucede en este último caso, se ven comprometidos intereses públicos. Además, así como en el Tercer Pleno Casatorio Civil (Casación Nº 4664-2010-Puno), de fecha dieciocho de marzo de dos mil once, la flexibilización de determinados principios procesales (como el de iniciativa de parte, congruencia, formalidad y preclusión) encontró justificación en la especial tutela de las relaciones familiares, en el presente caso la flexibilización de los principios procesales de congruencia e iniciativa de parte encuentra justificación en la tutela de intereses generales que se ven perjudicados de forma manifiesta.

60. Luego, en relación al principio de contradictorio, ya está dicho que éste debe ser promovido por el Juez antes de que emita pronunciamiento sobre la nulidad, lo que significa que el Juez debe comunicar a las partes la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas (las partes) puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, siendo el momento adecuado para que el Juez traiga a colación una posible nulidad no alegada por las partes, el momento anterior al saneamiento del proceso, pues, es posible que se pueda plantear como argumento de defensa, por ejemplo, una excepción de cosa juzgada o una excepción de litispendencia, en caso de que en relación a la causal que pretende considerar el Juez ya exista un pronunciamiento firme o ésta se encuentre siendo discutida ante otro órgano jurisdiccional, respectivamente. La calificación de los medios probatorios y las excepciones procesales relativas a la nulidad manifiesta serán resueltas en la audiencia única o -en caso de que ésta haya sido suspendida, justamente, con ocasión de que durante su realización el Juez advirtió una posible nulidad manifiesta en el negocio jurídico que se pretende formalizar y promovió el contradictorio- en la continuación de la Audiencia única. Si el Juez advierte la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico, en un momento posterior al saneamiento del proceso, el Juez, igualmente, antes de emitir sentencia, comunicará a las partes tal posibilidad, especificando la causal de nulidad y concediéndoles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que éstas puedan formular sus posiciones al respecto y aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes, los cuales han de estar referidos únicamente a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico; y, de ser necesario, el Juez fijará fecha para una audiencia complementaria en la que se resolverán las (posibles) excepciones procesales, se calificarán y actuarán los (posibles) medios probatorios (cabe reiterar que las actuaciones estarán referidas únicamente a la pretensión incorporada de oficio) y se emitirá sentencia, salvo que el Juez reserve su decisión por el plazo de ley.

61. Finalmente, a fin de no vulnerar el principio de la doble instancia, debe existir pronunciamiento de parte de las dos instancias de mérito, en relación a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar. En consecuencia, si la instancia superior advierte una posible nulidad manifiesta, respecto de la cual la instancia inferior no ha emitido ningún pronunciamiento, se declarará la nulidad de la sentencia apelada, ordenándose que se promueva el contradictorio entre las partes en la forma antes señalada, esto es, concediéndoseles un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda, para que formulen sus posiciones al respecto y aporten los medios probatorios que juzguen pertinentes, y, de ser necesario, se cite a las partes a una audiencia complementaria. Si la posible nulidad manifiesta es advertida a nivel de la Corte Suprema, no habiendo, las instancias de mérito, emitido pronunciamiento sobre el particular, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia proceda conforme a lo antes señalado.

62. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutiva de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutiva únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

63. Emitido un precedente vinculante éste ha de ser observado por todo órgano jurisdiccional, incluyendo a aquél que lo emitió. Sin embargo, existen técnicas que permiten inaplicar un precedente vinculante, siendo las más conocidas: **(i)** la técnica del *distinguishing*; y **(ii)** la técnica del *overruling*. La técnica del *distinguishing* "es la operación por la cual el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estaría obligado a aplicar"[127]; en buena cuenta, la técnica del *distinguishing* permite evadir el efecto vinculante de un precedente para un caso concreto sobre la base de la existencia de diferencias fácticas entre el caso que se resuelve y el caso que motivó la emisión del precedente vinculante, pero sin llegar a modificarlo. La técnica del *overruling* "no se refiere a un simple problema de aplicación del precedente judicial –no se satisface con la no ocurrencia de sus consecuencias en el caso concreto-, sino va más allá de eso, ya que representa una *abrogación* de la propia norma adscrita aceptada como precedente. El *overruling* se presenta como el resultado de un *discurso de justificación* en que resulta descartada la propia *validez* de la regla antes visualizada como correcta"[128]; en buena cuenta la técnica del *overruling* permite cambiar el precedente vinculante por uno nuevo, es decir, se modifica el precedente vinculante pero no solo eso, sino que, además, se impone un precedente vinculante que sustituye al anterior. A su vez, el *overruling* puede ser de dos clases: **(i)** *overruling* retroactivo; y **(ii)** *overruling* prospectivo. En el *overruling* retroactivo la nueva regla jurisprudencial se aplica a los casos anteriores a su emisión, al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Mientras que en el *overruling* prospectivo el nuevo precedente vinculante se aplica sólo a los

---

125 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 60.

126 STS de 31 de diciembre de 1979, citada por: MARCOS GONZÁLES, María. Ob. cit., p. 183.

127 MORETTI, Francesca. *El precedente judicial en el sistema inglés*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fondo Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 45.

128 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoría del Precedente Judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y Brian L. Ragas Solórzano, Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 398.

casos futuros mas no a los casos anteriores a su emisión y tampoco al caso concreto que motivó su emisión, entonces, el *overruling* prospectivo "se configura como la posibilidad de un juez de modificar un precedente, considerado inadecuado para regular cierto supuesto con relación a todos los casos que se presenten en el futuro, decidiendo, sin embargo, el caso en examen aplicando la regla superada"[129]. No obstante, conforme da cuenta Juan Monroy[130], existen variantes del *overruling* prospectivo como son: **(i)** la derogación prospectiva prospectiva, que consiste en posponer los efectos de la nueva regla a una fecha futura determinada; y **(ii)** la derogación cuasi-prospectiva, la nueva regla se aplica al caso concreto que motivó su emisión y a los casos futuros. Con todo, en las *judicial departures*, es decir, en los casos de apartamiento de un precedente vinculante (*distinguishing*; *overruling,* etc.), "la decisión precedente debe ser apropiadamente semejante al caso subsecuente. En última instancia, el precedente y el caso a ser decidido deben platear las mismas cuestiones jurídicas, y el caso precedente ya debe haber resuelto la cuestión"[131].

64. El poder que tiene el Juez de declarar de oficio la nulidad manifiesta de un negocio jurídico, importa que aquél podrá declararla –siempre que se haya propiciado el contradictorio- aun cuando las partes no hayan alegado la nulidad manifiesta en sus escritos postulatorios o en sus recursos impugnatorios (apelación o casación), pues, justamente, se trata de una declaración oficiosa que busca evitar que se lesionen intereses indisponibles por las partes. Por lo tanto, en aplicación de la técnica del *overruling* debe quedar superada la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación Nº 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, que establecía que: "*Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220º del Código Civil- que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada* [...] *De igual guisa* [la nulidad manifiesta] *tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que* [...] *en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del iura novit curia, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386º del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio*". En efecto, conforme a lo antes señalado, la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad (y, en consecuencia, no hayan emitido pronunciamiento sobre el particular) y aun cuando (la nulidad manifiesta) no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, la Corte de Casación en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta. En suma, en un proceso de otorgamiento de escritura pública y, en general, en cualquier proceso civil de cognición, el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60.

65. Por otro lado, en nuestro sistema jurídico, respecto a la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, en el Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, se ha establecido como precedente vinculante (5.3.) que: "*Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil,* ***sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia*** *–sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta*" [el resaltado es nuestro]; de donde se tiene que el Juez no "declarará" la nulidad manifiesta, es decir, no emitirá pronunciamiento sobre el particular en la parte resolutiva de la sentencia, sino que sólo la analizará en la parte considerativa, lo que conlleva a que aquello que se decida no tendrá la calidad de cosa juzgada, dejándose abierta la posibilidad de que se inicie un nuevo proceso en el que se peticione que se declare la validez del negocio jurídico que otro órgano jurisdiccional ya consideró manifiestamente nulo; asimismo, no se supedita el ejercicio del poder en cuestión a la promoción del contradictorio entre las partes. Pues bien, replanteado el tema de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, se advierte que por las razones expuestas en los fundamentos 57, 58, 59 y 60, específicamente, por la necesidad de conciliar en la mayor medida posible la tutela de los intereses generales que se ven perjudicados con la nulidad y la tutela de las garantías procesales de las partes del proceso, las ventajas que, en coherencia y economía procesal, determina la "declaración" de la nulidad manifiesta, que posibilita que aquélla adquiera la calidad de cosa juzgada, la concordancia con la literalidad del artículo 220 del Código Civil que hace referencia a la "declaración" y no a la (sola) "apreciación", la necesidad de propiciar el contradictorio entre las partes, etc.; este Supremo Tribunal considera que, en aplicación de la técnica del *overruling* que permite cambiar un precedente vinculante, corresponde modificar el citado precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: "*Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutiva de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta*". En general, la declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición siempre que la invalidez del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes. Cierto es que el presente Pleno Casatorio se emite en un proceso de otorgamiento de escritura pública, mientras que el precedente vinculante (que se modifica) contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil fue emitido en un proceso de desalojo, sin embargo, no puede perderse de vista que ambos llegan a ocuparse de la forma en que el Juez debe ejercer el poder que le confiere el artículo 220 del Código Civil, ambos han establecido el lineamiento en cuestión en el marco de un proceso sumarísimo y no existe razón alguna que justifique un trato diferenciado para el ejercicio del referido poder, esto es, que el mismo sea ejercido de una forma en el proceso (sumarísimo) de desalojo y de

---

129 MATTEI, Ugo. *Stare decisis en los Estados Unidos*, En: GALGANO, Francesco (Coordinador). *Atlas de Derecho Privado Comparado*, ob. cit., p. 60.

130 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law*, Disponible en: <www.jusdem.org.pe/webhechos/CUARTA/12.RTF> p. 24 del documento (Consulta: 15/07/16).

131 SUMMERS, Robert y ENG, Svein. "*Departures from precedent*", In: MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents – A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, p. 521, citados por BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ob. cit., pp. 397-398.

otra forma en el proceso (sumarísimo) de otorgamiento de escritura pública.

66. Finalmente, cabe señalar que los precitados cambios en los precedentes vinculantes serán de aplicación para los casos en los que aún no existe cosa juzgada, es decir, no afectarán lo decidido conforme a los precedentes vinculantes preexistentes.

IV.7. Casos específicos sobre otorgamiento de escritura pública

IV.7.1. El otorgamiento de escritura pública del contrato de compraventa.-

67. El contrato de compraventa es aquél por medio del cual un sujeto (denominado, vendedor) transfiere o se obliga a transferir la propiedad de un bien a otro (denominado, comprador) y éste se obliga a pagar su precio en dinero. En efecto, tratándose de un bien inmueble, la transferencia de la propiedad se producirá con el solo acuerdo entre las partes sobre el bien y el precio, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (interpretación sistemática de los artículos 949 y 1529 del Código Civil), mientras que tratándose de un bien mueble, sí se genera una obligación de transferir la propiedad que se ejecutará con la entrega del bien (interpretación sistemática de los artículos 947 y 1529 del Código Civil). Como se ha visto, este contrato genera una serie de efectos obligacionales, tales como: la obligación de pagar el precio (artículo 1558 del Código Civil), la obligación de entregar el bien (artículo 1549 y 1550 del Código Civil), la obligación de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien (artículo 1551 del Código Civil), la obligación de formalizar el contrato (artículo 1549 del Código Civil), etc.

68. Es el cumplimiento de una de estas específicas obligaciones (la de formalizar el contrato) lo que constituye la pretensión más usual en los procesos de otorgamiento de escritura pública, de ahí la necesidad de analizar el fundamento y la viabilidad de esta pretensión. El artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, establece que: "***Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública*** *o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida*" [el resaltado es nuestro]. Pues bien, el contrato de compraventa no es uno cuya celebración deba observar una determinada forma bajo sanción de nulidad (forma solemne legal) y si las partes no se han impuesto la observancia de una determinada forma para su celebración (forma solemne convencional), puede ser celebrado en cualquier forma. En este caso la obligación de elevar a escritura pública el contrato puede derivar de la autonomía privada de las partes, en caso de que hayan previsto dicha obligación en el programa contractual, pero aun cuando las partes no la hayan previsto, tal obligación viene impuesta por ley, específicamente, por el artículo 1549 del Código Civil que estable que: "*Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien*". Así es, esta obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que tiene a su cargo el vendedor supone la realización de aquellos actos que le permitan al comprador ejercitar a plenitud su derecho de propiedad[132], esto es, que le permitan usar, disfrutar, disponer, reivindicar y oponer el derecho adquirido, de manera que entre tales actos se encuentran: la entrega del bien y el otorgamiento de la escritura pública, pues ésta es necesaria para el acceso al Registro Público, instrumento que permitirá que el derecho subjetivo en cuestión alcance la mayor oponibilidad. En similar sentido se ha dicho que "la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad impuesta por el artículo 1549 del Código Civil, lejos de ser asimilada a la *necessitas* de completar dicha transferencia (o a la de producirla o a la de entregar el bien), debe ser asimilada a la *necessitas* de realizar todos los actos necesarios para otorgar oponibilidad a la propiedad transferida"[133], y uno de esos actos, sin duda el principal, es el otorgamiento de escritura pública, presupuesto necesario para el acceso al Registro Público.

IV.7.2. El otorgamiento de escritura pública del contrato de donación y del contrato de anticresis.-

69. El contrato de donación es aquél por medio del cual un sujeto (denominado donante) transfiere o se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien (artículo 1621 del Código Civil). Transfiere, en caso de tratarse de un bien inmueble, y se obliga a transferir, en caso de tratarse de un bien mueble. Aunque este contrato sea, al igual que el contrato de compraventa, un contrato traslativo de dominio; el contrato de donación y el contrato de compraventa presentan, entre otras, una importante diferencia, aquél constituye un contrato con forma vinculada, específicamente, con forma solemne legal, es decir, un contrato que, por imposición de una norma, debe observar una específica forma para que se considere válidamente celebrado.

70. De acuerdo con el artículo 1624 del Código Civil[134], si el bien materia de transferencia es un bien mueble y su valor supera el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento de la celebración del contrato, éste se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad; y de acuerdo con el artículo 1625 del Código Civil[135], si el bien materia de transferencia es un bien inmueble, el contrato de donación deberá celebrarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Luego, si de acuerdo con el artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, las partes pueden compelerse al otorgamiento de escritura pública siempre que ésta no constituya forma solemne (legal o convencional) para la celebración del contrato, entonces, no resulta viable que se pretenda el otorgamiento de escritura pública de una minuta de donación inmobiliaria, ya que aquélla (la escritura pública) constituye una forma solemne legal, por lo que al no haberse observado dicha forma el referido contrato de donación es un contrato nulo (artículo 219.6 del Código Civil[136]) que, como tal, no produce ningún efecto jurídico y, por lo tanto, la demanda incurriría en causal de improcedencia por petitorio jurídicamente imposible, prevista, actualmente, en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil[137]. Sobre el particular existe uniformidad a nivel jurisprudencial, véase, por ejemplo, la Casación 1188-2009-La Libertad: "***Quinto:*** *Que, con relación a la forma que debe guardarse en la celebración de los actos de donación, el artículo 1621 del Código Civil establece que en esta clase de actos jurídicos el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien y el artículo 1625 del citado texto material señala que la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, coligiéndose de ello que el legislador estableció una formalidad ad solemnitatem para la celebración de este acto jurídico, que consiste en el otorgamiento de la escritura pública en la que concurran ambas voluntades, la del donante, que se obliga a transferir la propiedad de un*

---

132 ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 65.

133 ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el código civil peruano*, En: *Ius et veritas*, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, Número 25, Lima, 2002, pp. 264-265.

134 **Artículo 1624 del Código Civil.-** "Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad [...]".

135 **Artículo 1625 del Código Civil.-** "La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad".

136 **Artículo 219 del Código Civil:** "El acto jurídico es nulo: [...] 6.Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

137 **Artículo 427 del Código Procesal Civil.-** "El Juez declara improcedente la demanda cuando: [...] 5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible".

bien y la del donatario que se traduce en la aceptación de la liberalidad, acorde con lo establecido en el artículo 1351 del Código Civil que señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y el artículo 1352 según el cual los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. ***Sexto:*** *Por consiguiente, la posibilidad señalada en el artículo 1412 del Código Sustantivo de compelerse entre las partes de un acuerdo a llenar las formalidades que exige la ley respecto de un contrato de donación, no resulta de aplicación a este caso habida cuenta que no existe por parte del demandado una manifestación de voluntad al ser dicho acto un acto jurídico unilateral; máxime si en este caso ha existido contradicción desde el inicio del presente proceso, además, por cuanto esta norma sirve para dar forma al acto constituido y no para constituir el acto mismo, razón por la cual la pretensión planteada deviene en un imposible jurídico a tenor de lo dispuesto en el artículo 427 numeral 6) del Código Procesal Civil, no apreciándose por consiguiente la interpretación errónea de la norma denunciada*".

71. Respecto del contrato de anticresis que es aquél por medio del cual el deudor o un tercero se obliga a entregar un inmueble al acreedor en garantía del crédito (es decir, de su realización) a fin de que el acreedor perciba los frutos, imputándolos a los intereses y gastos, y luego al capital[138] (artículos 1091[139] y 1093 del Código Civil[140]); debe arribarse a la misma conclusión, pues este contrato, al igual que el contrato de donación inmobiliaria, también debe ser celebrado por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1092 del Código Civil), es decir, la escritura pública constituye forma solemne legal para celebración del contrato de anticresis. Luego, si de acuerdo con el artículo 1412 del Código Civil, que sustenta la pretensión de otorgamiento de escritura pública, las partes pueden compelerse al otorgamiento de escritura pública siempre que ésta no constituya forma solemne (legal o convencional) para la celebración del contrato, entonces, no resulta viable que se pretenda el otorgamiento de escritura pública de una minuta de anticresis, ya que, al no haberse celebrado por escritura pública, el referido contrato de anticresis es un contrato nulo (artículo 219.6 del Código) que, como tal, no produce ningún efecto jurídico y, por lo tanto, la demanda incurriría en causal de improcedencia por petitorio jurídicamente imposible, prevista, actualmente, en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil.

IV.8. Control de eficacia del acto que se pretende elevar a escritura pública.-

72. En las líneas precedentes hemos visto que en los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez debe realizar un específico control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, es decir, debe constatar que éste no incurra en una nulidad manifiesta. Pero éste no es el único control que puede realizar el Juez, quien podrá, además, realizar un control de eficacia del negocio jurídico o, en otras palabras, deberá verificar que la obligación de formalizar el contrato resulte exigible, pues el resultado de este control determinará el amparo o rechazo de la pretensión de otorgamiento de escritura pública. A continuación, y sin que se pretenda realizar una relación taxativa, se enunciarán algunos supuestos que podrán ser analizados dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar.

IV.8.1. La condición suspensiva, el plazo suspensivo y el otorgamiento de escritura pública.-

73. Una de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la presencia de alguna condición suspensiva o plazo suspensivo en el contrato que se pretende formalizar.

74. La condición y el plazo son mecanismos o instrumentos de autonomía privada, es decir, de ese poder que le permite a los sujetos regular sus propios intereses[141]: instrumentos que las partes pueden insertar o no en el programa contractual y que, si lo hacen, influirán sobre los efectos del contrato de manera conforme a los planes y a los intereses de aquellas[142]. La condición y el plazo inciden en la eficacia del contrato, no en su existencia, ni en su vinculabilidad, ni en su validez. El contrato sujeto a condición o a plazo, es un contrato que ha cumplido su procedimiento de formación, es un contrato que vincula a las partes y genera deberes instrumentales a cargo de las partes y, es además, un contrato válido, a menos que su validez se vea perjudicada por un defecto de la condición[143], como alguno de aquellos previstos en los artículos 171[144] y 172[145] del Código Civil.

75. La condición es un evento futuro e incierto de cuya verificación se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre condición suspensiva y condición resolutoria: **(i)** La condición suspensiva es aquella que determina que el contrato no produzca sus efectos (o alguno de ellos) sino hasta que se verifique el evento futuro e incierto puesto como condición, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos (o alguno en particular): el contrato ineficaz deviene en eficaz; **(ii)** La condición resolutoria es aquella que determina que el contrato deje de producir sus efectos una vez que se haya verificado el evento futuro e incierto puesto como condición: el contrato eficaz deviene en ineficaz. En este momento nos interesa detenernos en la primera, es decir, en la condición suspensiva.

76. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de una condición suspensiva en el programa contractual, siempre que la parte demandada alegue la falta de verificación del evento futuro e incierto puesto como condición. Como se ha visto, la condición suspensiva puede determinar que el contrato no produzca ninguno de sus efectos o solamente alguno de ellos como podría ser la obligación de elevar a escritura pública el contrato. Respecto a esta última posibilidad es usual encontrar que las partes han convenido que la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo una parte, se ejecutará una vez que la otra parte haya ejecutado una contraprestación a su cargo (por ejemplo, se supedita la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo el vendedor, al hecho de que el comprador pague el precio de venta o una parte del mismo). Recuérdese que la condición suspensiva "tutela contra el *riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde*"[146] y, en este caso, ese evento sería el recibir la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio).

77. Pues bien, si lo que se ha supeditado a una condición suspensiva es el efecto específico consistente en la obligación de elevar a escritura pública el contrato y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

---

138 GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 1190.

139 **Artículo 1091 del Código Civil:** "Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos".

140 **Artículo 1093 del Código Civil:** "La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital".

141 BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 57-59.

142 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 594.

143 Cfr. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 564.

144 **Artículo 171 del Código Civil.-** "La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.
La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas".

145 **Artículo 172 del Código Civil.-** "Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor".

146 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 565.

78. Cabe precisar que un contrato sujeto a alguna condición puede acceder al Registro Público (lo que presupone que aquél haya sido elevado a escritura pública, es decir, que esta específica obligación no haya sido supeditada a la verificación de algún evento ulterior), posibilidad que guarda concordancia con lo establecido en el inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil según el cual: "*Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:* [...] *4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados*", y en el primer párrafo del artículo173 del citado cuerpo normativo de acuerdo con el cual: "*Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios*".

79. El plazo es un evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender la eficacia del contrato. Podemos distinguir entre plazo suspensivo y plazo resolutorio: **(i)** El plazo suspensivo es aquél que determina que el contrato no produzca sus efectos sino hasta que llegue el evento futuro y cierto establecido por las partes, recién a partir de este momento el contrato producirá sus efectos: el contrato ineficaz deviene en eficaz; **(ii)** El plazo resolutorio es aquél que determina que el contrato deje de producir sus efectos cuando llegue el evento futuro y cierto establecido por las partes: el contrato eficaz deviene en ineficaz.

80. Nos interesa detenernos en el primero, es decir, en el plazo suspensivo, y precisar una ulterior diferencia: entre plazo del negocio jurídico y plazo de cumplimiento (o plazo de la obligación). El plazo del negocio jurídico determina el momento del nacimiento o de la extinción de una obligación (o de un efecto en general), en tanto que el plazo de cumplimiento indica el momento en que debe ser ejecutada la prestación relativa a una obligación ya surgida[147], por ejemplo, cuando las partes establecen que la prestación de elevar a escritura pública el contrato que suscriben debe ser ejecutada dentro de seis meses, en este caso la obligación ya surgió y el deudor (vendedor), si el plazo es en su favor, puede liberarse en el período correspondiente al tiempo intermedio, o sea hasta la expiración del sexto mes[148]. El plazo de cumplimiento puede ser estipulado en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Si es en beneficio del deudor, éste puede ejecutar la prestación antes del vencimiento del plazo pero el acreedor no podrá exigirla sino al vencimiento. Si es en beneficio del acreedor, éste podrá exigir la ejecución de la prestación aun antes del vencimiento del plazo sin que el deudor pueda rehusarse y a su vez este último no podrá ejecutar la prestación si el acreedor no lo acepta. Si el plazo es en beneficio de ambos, ni el deudor podrá ejecutar la prestación antes del vencimiento del plazo, ni el acreedor podrá exigirla antes[149]. El plazo se presume estipulado a favor del deudor, salvo que se pruebe que lo ha sido a favor del acreedor o de ambos (artículo 179 del Código Civil).

81. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de un plazo suspensivo o la de un plazo de cumplimiento en el programa contractual, situaciones que incluso pueden ser apreciadas de oficio por el Juez. Pues bien, si todos los efectos del contrato (entre ellos, la obligación de formalizarlo) se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil). Si la obligación de elevar a escritura pública el contrato se encuentra sujeta a un plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor (vendedor), y a menos que éste exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

IV.8.2. La excepción de incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública.-

82. Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es el posible ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento.

83. No obstante, es pertinente recordar que la posibilidad de analizar el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 4553-2013-Del Santa: "[...] ***4.3.*** *Es de recordar y precisar que este caso, lo que discute es "determinar si es procedente el otorgamiento de la escritura pública, a favor de la parte demandante, respecto del bien inmueble adjudicado por la emplazada, según el documento de formalización de adjudicación, ubicado en el lote veintiuno, manzana m-5, de la urbanización popular bella mar, sector iv, segunda etapa, nuevo Chimbote"* ***4.4.*** *en ese sentido, la indicada pretensión se tramita en un proceso de cognición sumaria (por contemplar plazos más breves, menor cantidad de actos procesales y la concentración de las audiencias en una sola, denominada audiencia única, en la que no hay posibilidad de una mayor amplitud del contradictorio), en donde no se puede cuestionar la validez del acto jurídico, pues el objeto del juicio probatorio es darle formalidad al acto existente, sea por mandato de la ley o por convenio entre las partes. Ello es así, porque la pretensión de otorgamiento de escritura pública (mal llamado proceso u procedimiento), prevista en el artículo 1412 del código civil, es la consecuencia jurídica de formalizar el acto jurídico celebrado.* ***4.5.*** *en este caso, se pretende dar formalidad al "documento de formalización de adjudicación" del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, cuya existencia está demostrada, y corroborada con las propias afirmaciones de la demandada; quien ha reconocido la existencia de esa obligación contenida en el documento citado; por lo que el acto requiere ser dotado de las garantías de seguridad necesaria para el tráfico jurídico y que pueda ser oponible a terceros; sin que en este proceso se puedan analizar los elementos de validez del mismo, tales como la manifestación de voluntad de agente, representante de la caja, para celebrar la "formalización de adjudicación", ni la forma de pago del precio del objeto de la compraventa.* ***4.6.*** *si bien, en los puntos controvertidos se fijó "determinar si la parte demandante ha cumplido con el pago del precio del lote materia de litis y si ha seguido el procedimiento establecido por la entidad demandada para la adquisición y adjudicación"; aquello carece de relevancia fáctica y jurídica, para resolver la pretensión propuesta; que en todo caso, la parte que se considere perjudicado con el acto jurídico del que emana la obligación de formalización, lo deberá cuestionar vía acción, en otro proceso*". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no se puede discutir la excepción de incumplimiento, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** En los procesos de otorgamiento de escritura pública sólo se busca dotar a un determinado acto de las garantías de seguridad necesarias para el tráfico jurídico y que pueda ser oponible a terceros; **(ii)** determinar si la parte ha cumplido con el pago del precio de venta, carece de relevancia fáctica y jurídica para resolver la pretensión propuesta; **(iii)** la parte que se considera perjudicada con el acto jurídico del que emana la obligación de formalización, lo deberá cuestionar vía acción, en otro proceso.

84. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 943-2005-Lima: "***Séptimo:*** *que, si bien el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien conforme al artículo 1529, sin embargo la misma norma también establece que es obligación del comprador pagar el precio en dinero; situación que en el caso de autos no ha sido acreditado por el demandante, quien no ha cancelado el precio ni parte del mismo; resultando de obligación en el*

---

147 BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 969.

148 Ibíd.

149 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*, pp. 495-496.

caso de autos el precepto contenido en el artículo 1426 del código civil que establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. ***Octavo:*** *que, la norma acotada debe ser interpretada en concordancia con el principio de la buena fe a que se refiere el artículo 1362 del código civil, en virtud del cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; debiendo entenderse que se configura la excepción de incumplimiento a que se refiere el artículo 1426 del código civil cuando la parte que solicita el cumplimiento de la obligación no ha cumplido con su obligación o con una parte sustantiva de la misma que lo legitime a solicitar la contraprestación a cargo de la otra, no resultando acorde con el principio de la buena fe contractual que el actor haya solicitado el otorgamiento de la escritura pública sin siquiera haber cancelado parte del precio ni haber solicitado la consignación del mismo.* ***Noveno:*** *que en consecuencia, se ha incurrido en inaplicación de lo preceptuado en el artículo 1426 del código civil, así como de los artículos 1529 y 1558 del mismo código respecto de la obligación del comprador de pagar el precio del bien no resultando procedente la demanda de otorgamiento de escritura pública formulada por el actor, quien no ha cumplido con su obligación o con parte sustantiva de la misma que lo legitime para solicitar de su contraparte el perfeccionamiento de la transferencia* […]". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí se puede discutir la excepción de incumplimiento, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** si bien el contrato de compraventa genera la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, también genera la obligación del comprador de pagar el precio en dinero; **(ii)** si el demandante no ha cancelado el precio ni parte del mismo, resulta de aplicación el artículo 1426 del Código Civil que establece que en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento; **(iii)** no resulta procedente la demanda de otorgamiento de escritura pública formulada por el demandante cuando éste no ha cumplido con su obligación de pagar el precio de venta, pues solo esto lo legitima para solicitar de su contraparte el perfeccionamiento de la transferencia. Por lo tanto, corresponde uniformizar los criterios sobre el particular.

85. La excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti contractus* "es un poder de autotutela que tiene por efecto legitimar la suspensión de la ejecución de la prestación a cargo de uno de los contratantes, mientras el otro contratante no cumpla su obligación"[150] o garantice cumplirla (artículo 1426 del Código Civil). Así, si bien el excepcionante se encuentra en situación de incumplimiento, la misma encuentra justificación al ser un modo legítimo de reacción contra el demandante quien también se encuentra en situación de incumplimiento.

86. La excepción de incumplimiento constituye, entonces, un instrumento que resulta idóneo "para contrarrestar las acciones de cumplimiento, de ejecución en forma específica, de resolución del contrato, y más en general de toda acción que el otro contratante pueda realizar contra el excepcionante sobre el presupuesto de su incumplimiento"[151].

87. La excepción de incumplimiento tiene como requisitos: **(i)** La existencia de un contrato con prestaciones recíprocas; **(ii)** la exigibilidad de ambas prestaciones; **(iii)** la falta de cumplimiento de ambas prestaciones; y **(iv)** el ejercicio no opuesto a la buena fe[152]. Para el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento se precisa, entonces, de la presencia de un contrato que reporte tanto un beneficio como un sacrificio para cada una de las partes, que al momento del requerimiento de la ejecución de la prestación, tanto ésta como la contraprestación resulten exigibles, que ninguna de las prestaciones haya sido cumplida y que el ejercicio de la excepción no sea contrario a la buena fe que debe estar presente incluso en la etapa de ejecución del contrato (artículo 1362 del Código Civil[153]), lo que significa, entre otras cosas, que no se puede hacer valer la excepción en cuestión frente a un incumplimiento de escasa importancia. Conviene precisar que por incumplimiento debemos entender la "inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida. Éste se distingue principalmente en incumplimiento total (la prestación es del todo no ejecutada) y cumplimiento inexacto (la prestación es cuantitativamente o cualitativamente inexacta)"[154]. Dentro del cumplimiento inexacto encontramos al cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial y el cumplimiento tardío. La excepción de incumplimiento puede hacerse valer tanto frente a un incumplimiento total como frente a un cumplimiento inexacto (artículo 1220[155], 1221 del Código Civil[156]), siempre que se altere gravemente la proporcionalidad o el equilibrio entre las prestaciones (artículo 1362 del Código Civil).

88. Este Supremo Tribunal considera que en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, por lo que el cumplimiento de tal obligación puede suspenderse legítimamente en caso de que la contraparte haya a su vez incumplido una obligación principal a su cargo. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de compraventa tenemos que el comprador asume la obligación de pagar el precio de venta (artículo 1558 del Código Civil), mientras que el vendedor asume, entre otras, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que -como hemos visto- se traduce en la realización de aquellos actos dirigidos a que el derecho transferido obtenga mayor oponibilidad, entre los cuales encontramos el otorgamiento de escritura pública. Es más, el propio Código Civil cataloga a esta obligación como una de carácter esencial o principal: "*Es* ***obligación esencial*** *del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien*" [el resaltado es nuestro]. Luego, si el comprador (demandante) peticiona la formalización del contrato sin haber cumplido su obligación de pagar el precio, resulta legítimo que el vendedor (demandado) suspenda el cumplimiento de aquella obligación hasta que el comprador cumpla o garantice cumplir la obligación que le corresponde. En ese mismo sentido se ha dicho que: "Considerando que el otorgamiento de escritura pública es un acto que otorga oponibilidad a la adquisición del comprador, este es, guste o no, un deber legal y esencial, en consecuencia el vendedor

---

150 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. V. *La Responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 339.

151 BIANCA, Massimo. *La Responsabilità*, ob. cit., p. 342.

152 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general,* Segunda Parte - Tomo IV, Volumen XV, En: *Para leer el Código Civil*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1996, pp. 233-240; MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y Remedios del Contrato*, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 275.

153 **Artículo 1362 del Código Civil:** "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

154 BIANCA, Massimo. *La Responsabilità*, ob. cit., p. 1.

155 **Artículo 1220 del Código Civil.-** "Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación".

156 **Artículo 1221 del Código Civil.-** "No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.
Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda".

puede negarse a otorgar la escritura pública si no se ha cumplido con el pago del precio"[157].

89. Con todo, dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, la misma que -en tanto excepción material y no procesal- será analizada al resolver el fondo de la controversia. Pues bien, en caso de advertirse el ejercicio legítimo de una excepción de incumplimiento, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar (artículo 427.2 del Código Procesal Civil).

IV.8.3. La resolución por incumplimiento y el otorgamiento de escritura pública.-

90. Otra de las circunstancias que se deben tener en cuenta en el control de eficacia (o exigibilidad) es la posible resolución del contrato que se pretende elevar a escritura pública.

91. Es pertinente recordar que la posibilidad de analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial. Así, por un lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 2496-2005-Lima: "[...] ***7)*** *En la Ejecutoria Suprema obrante a fojas seiscientos veinticuatro, se ha establecido que no es materia de decisión en procesos como el presente, la determinación del cumplimiento del pago, pues la finalidad de la pretensión planteada es simplemente formalizar el acto constituido y no modificarlo ni ampliarlo, ni tampoco determinar la correcta ejecución del pago.* ***8)*** *En el contrato de compraventa del referido bien, no se constata que se haya condicionado el otorgamiento de la escritura pública a su realización o que se haya suspendido su cumplimiento ante el incumplimiento de la parte contraria previa comunicación cursada para dicho efecto.* ***Quinto.-*** *De lo expuesto, se llega a la convicción de que no siendo el tema decidendum el establecer en este proceso la presunta falta de pago en que habrían incurrido los demandados respecto del precio del bien sub litis, carece de objeto dilucidar la alegada resolución del contrato de compraventa sub materia* [...] ***Undécimo.-*** *Finalmente, en cuanto a la denuncia casatoria referida a la inaplicación del artículo 1430 del Código Civil, el recurrente señala, que en representación de sus mandantes comunicó a los actores que el contrato sub materia había quedado resuelto por falta de pago, en virtud de encontrarse adeudado treinticuatro letras de cambio y que por dicha razón -sostiene- que debían desocupar el inmueble sub litis, pues a consecuencia de la resolución producida el contrato había fenecido, siendo que al dirimirse la litis no se ha tenido en cuenta la carta notarial de fecha dieciséis de mayo del dos mil uno, mediante la cual se resolvió el referido contrato por falta de pago.* ***Duodécimo.-*** *El numeral 1430 del Código Sustantivo antes mencionado, señala que 'puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria'.* ***Décimo Tercero.-*** *sin embargo, dicha norma es impertinente para dirimir la litis, pues como se ha referido precedentemente el tema decidendum de la presente litis consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar el acto constituido, consistente en la compraventa del bien sub litis a que se refiere la instrumental de fojas cuatro y siguiente. Por lo que no se encuentra discusión la alegada resolución del mencionado contrato. Por consiguiente, el recurso de casación debe desestimarse por infundado*". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública no es posible analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el objeto litigioso en los procesos de otorgamiento de escritura pública consiste en determinar si resulta procedente o no formalizar un determinado acto; **(ii)** no se encuentra en discusión la resolución del contrato, cuestión que deberá ventilarse en otro proceso.

92. Y, por otro lado, encontramos, por ejemplo, la Casación Nº 3795-2014-Lima: "***Sexto.-*** *En efecto, como el petitorio se ciñe a lograr la formalización respectiva y la naturaleza de proceso es uno sumarísimo, y por ende breve y específico, no cabe discutir la validez del acto jurídico, pues ello representaría pronunciarse sobre algo que no se ha controvertido y que solo podría serlo por la vía del proceso de conocimiento. Ello, no solo significaría una vulneración de la vía procedimental, sino además una modificación del petitum que es un tema que corresponde a decidir a las partes, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.* ***Séptimo.-*** *De lo expuesto se colige: 1. Que el otorgamiento de escritura pública supone la existencia de un acto jurídico previo. 2. Que aquí no se discute la validez del acto jurídico, sino simplemente la exigencia de la formalidad emergida del convenio o de la ley. 3. No cabe tampoco aquí examinar supuestos de falta de pago, pues aquí no se controvierte la invalidez manifiesta del propio acto jurídico, sino el cumplimiento de las obligaciones que emergen de éste.* ***Octavo.-*** *Sin embargo, que ello sea así no significa que el juez deba formalizar todo documento que se le presenta; por el contrario, también en este caso le corresponde verificar que el acto jurídico que se pretende formalizar tenga visos de verosimilitud, pues sería absurdo solicitar que se cumpla con una formalidad que manifiestamente no se condice con la realidad y que además podría generar una situación de favorecimiento a la parte que lo pide, por ejemplo, en orden de prelación de acreencia o, incluso, antes o con la inscripción registral, la posibilidad de realizar transferencias con mala fe que parezcan protegías por la fe del registro.* ***Noveno.-*** *Por tanto, corresponde al juez, en los casos de demanda de otorgamiento de escritura pública, hacer un examen en grado de probabilidad –somero y exterior para no invadir esfera que no es materia de pronunciamiento- de la existencia del presupuesto básico para lograr la formalidad, esto es, un contrato. Dicho análisis le advertirá la presencia de los requisitos del acto jurídico y los propios del contrato que se pretende formalizar.* ***Décimo.-*** *No cabría, por ejemplo, formalizar una compraventa cuando no aparece en la minuta respectiva qué bien se transfiere (porque el artículo 1529 del Código Civil exige para la compraventa la presencia de bien y precio) o cuando el acto jurídico es solemnísimo y exige para su validez la propia Escritura Pública porque siendo la forma consustancial al acto jurídico, al no existir aquella no existe ésta. En estos casos la nulidad tiene que ser evidente y debe reflejarse con absoluta certeza o, como la doctrina ha señalado, "cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente", es decir, "cuando no existe lugar a dudas sobre su existencia, es visible, patente, ostensible, advertible a simple vista". Lo mismo puede decirse en la resolución del contrato, cuando opera la cláusula resolutoria y ello fluye sin cortapisa de los actuados; en esas circunstancias, no será posible otorgar la escritura pública, pues entonces se estaría perfeccionando un contrato que ha dejado de ser eficaz por efecto sobreviniente (artículo 1371 del Código Civil). En ambos supuestos, la nulidad o resolución debe ser patente, lo que implica que no debe generar incertidumbre alguna, pues de no ser así se estaría ventilando en un sumarísimo algo que corresponde ser evaluado en otro tipo de procesos*". De donde se tiene que se acoge el criterio según el cual en un proceso de otorgamiento de escritura pública sí es posible analizar la resolución del contrato que se pretende formalizar, criterio que se sustenta en las siguientes razones: **(i)** el hecho de que un proceso sumarísimo (como el de otorgamiento de escritura pública) no sea el espacio idóneo para discutir la validez del negocio jurídico no significa que el juez debe formalizar todo documento que se le presenta; **(ii)** el juez puede tener en cuenta la nulidad si es que esta resulta ser evidente y se refleja con absoluta certeza, lo

[157] CALLE TAGUCHE, Ricardo. *El contrato: Su celebración y forma. Reflexiones en torno a una sentencia en casación*, En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 161, febrero, 2012, p. 59.

mismo puede decirse en la resolución del contrato; en estas circunstancias, no será posible otorgar la escritura pública, pues se estaría perfeccionando un contrato que ha dejado de ser eficaz; **(iii)** la nulidad y la resolución deben ser patentes, lo que implica que no debe generar incertidumbre alguna, pues de no ser así se estaría ventilando en un sumarísimo algo que corresponde ser evaluado en otro tipo de procesos. Por lo tanto, corresponde uniformizar los criterios sobre el particular.

93. La resolución por incumplimiento es un instrumento que busca reparar el equilibrio entre las prestaciones que se ha visto afectado por un específico evento sobrevenido como es el incumplimiento, es decir, la inexistente o inexacta ejecución de una de las prestaciones. En nuestro sistema jurídico la resolución por incumplimiento puede ser judicial o de derecho, es decir, extrajudicial. En el primer caso, la resolución se produce por sentencia, es decir, por pronunciamiento del juez (artículo 1428 del Código Civil[158]); y, en el segundo caso, la resolución se produce por negocio jurídico unilateral, es decir, por declaración de voluntad del acreedor y siempre que concurran los requisitos dispuestos por ley[159], específicamente, por los artículos 1429[160] y 1430 del Código Civil[161], resolución por intimación y resolución por cláusula resolutoria expresa, respectivamente. De acuerdo con el artículo 1429 del Código Civil, para que opere la resolución por intimación se precisa que la declaración del acreedor: **(i)** se dirija vía carta notarial; **(ii)** contenga un requerimiento de cumplimiento de la prestación; **(iii)** contenga un plazo concedido para el cumplimiento que no puede ser menor de quince días; **(iv)** contenga un apercibimiento en el sentido de que en caso de no ejecutarse la prestación en el plazo concedido la resolución operará de pleno derecho. Y de acuerdo con el artículo 1430 del Código Civil, para que opere la resolución por cláusula resolutoria expresa se precisa que: **(i)** en el programa contractual las partes hayan estipulado que el incumplimiento de alguna o algunas específicas prestaciones a cargo de una de las partes permitiría a la otra resolver el contrato; **(ii)** la parte que sufrió el incumplimiento comunique a la otra su decisión de valerse de la cláusula resolutoria prevista en el programa contractual.

94. La resolución por incumplimiento tiene como presupuestos: **(i)** un contrato con prestaciones recíprocas; **(ii)** un incumplimiento importante; **(iii)** la ausencia de circunstancias que justifiquen el incumplimiento; y **(iv)** la legitimación para resolver el contrato. Para que opere la resolución por incumplimiento se precisa, entonces, de la presencia de un contrato que reporte tanto un beneficio como un sacrificio para cada una de las partes; que el incumplimiento, esto es, tanto el incumplimiento total como el cumplimiento inexacto (cumplimiento parcial, tardío o defectuoso), sea uno importante o relevante, es decir, que la prestación incumplida afecte gravemente la economía del contrato y el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación insatisfecha, cabe precisar que este específico presupuesto no se exigirá para la actuación de la resolución por cláusula resolutoria expresa toda vez que "la correspondiente valoración ya ha sido hecha por las partes, que pactando la cláusula han considerado ese tal incumplimiento, previsto por ella, indudablemente idóneo para determinar la resolución"[162]; que no concurra algún hecho que haya justificado el incumplimiento del deudor como podría ser la falta de cooperación del acreedor o la tolerancia de éste hacia el incumplimiento[163]; y, finalmente, que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo o al menos haya garantizado su cumplimiento.

95. Este Supremo Tribunal, acorde con la normativa sobre la materia, considera que en tanto la resolución por incumplimiento puede producirse por vía judicial como extrajudicial, a los efectos de desestimar una demanda de otorgamiento de escritura pública no se precisa que se acredite la existencia de un sentencia firme que haya declarado resuelto el contrato que se pretende formalizar, sino que es suficiente que se acredite que el acreedor (demandado) actuó alguno de los mecanismos específicos de resolución extrajudicial (la resolución por intimación o la resolución por cláusula resolutoria expresa), y que en tal actuación concurrirían los requisitos dispuestos por ley, específicamente, por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, respectivamente.

96. En los casos de resolución judicial del contrato, si el demandado acredita la existencia de un pronunciamiento judicial firme que, con anterioridad, ha declarado la resolución (o la rescisión) del contrato que se pretende formalizar, la demanda será declarada infundada.

97. En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos dispuestos por ley, o pactados por las partes, para la resolución extrajudicial y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato.

98. En los casos en los que paralelamente exista en trámite un proceso de resolución contractual respecto del contrato que se pretende formalizar por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública, la parte interesada, al amparo del artículo 320 del Código Procesal Civil, podrá solicitar la suspensión de la expedición de la sentencia en este último proceso hasta que se resuelva el primero, en cuyo caso el Juez deberá verificar si la referida solicitud cumple o no con los requisitos previstos en la precitada norma adjetiva.

VII. Análisis del caso

1. Conforme se ha mencionado precedentemente, en forma excepcional, al amparo del artículo 392-A del Código Procesal Civil, se ha concedido el recurso de casación por la causal de infracción normativa de los artículos 1549 y 1412 del Código Civil, es decir, se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material.
2. No obstante, este Supremo Tribunal considera necesario recordar que por encima de cualquier análisis posterior, corresponde evaluar si la decisión jurisdiccional cuestionada se ha emitido respetando las garantías mínimas que informan el debido proceso. En efecto, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil dispone que: "*Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*". Por lo tanto, el Juez en su calidad de director del proceso debe velar por la observancia del debido proceso, la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa de las partes que, como derechos fundamentales, aparecen consagrados en los incisos 3 y 14 del

---

158 Artículo 1428 del Código Civil: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.
A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación".

159 Cfr. ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 862.

160 Artículo 1429 del Código Civil: "En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.
Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios".

161 Artículo 1430 del Código Civil: "Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.
La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

162 ROPPO, Vincenzo. Ob. cit., p. 885.

163 Íd., p. 878.

artículo 139 de la Constitución Política del Perú: "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:* [...] *3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional* [...] *14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso* [...]".

3. Esto encuentra respaldo, además, en los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil en mérito de los cuales, el Juzgador puede, de oficio, declarar cualquier nulidad insubsanable que se haya producido durante la tramitación del proceso y reponer el mismo al estado que corresponda. En efecto, el mencionado artículo 171 señala que: "*La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad*"; y, a su turno, el artículo 176, en su párrafo final, prescribe que: "*Los jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda*".
4. Conforme a lo reseñado precedentemente, en el presente caso tenemos que, por medio de su escrito de demanda, los demandantes, Jubert Alberto Barrios Carpio y su cónyuge Liliana Amanda Mejía García, peticionan como **pretensión principal**: que los demandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, cumplan con otorgar la escritura pública del contrato de compraventa del inmueble ubicado en el PROMUVI II – SIGLO XXI – Manzana "H", Lote 10 – Pampa Inalámbrica, del Distrito y Provincia de Ilo, celebrado el 26 de agosto del 2008; como **primera pretensión accesoria**: que se ordene la inscripción de la transferencia a favor de los demandantes en la Partida Nº PO8014826 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Ilo; y como **segunda pretensión accesoria**: que se ordene el pago de costas y costos del proceso. Demanda que fue declarada improcedente por la sentencia contenida en la resolución número ocho, de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, porque se consideró que el contrato de compraventa que se pretendía formalizar sería un contrato manifiestamente nulo ya que el inmueble materia de venta era un bien social que pertenece a la sociedad conyugal conformada por Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, mientras que el referido contrato únicamente aparece suscrito por la codemandante, Liliana Amanda Mejía García (como parte compradora) y por el codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya (como parte vendedora), mas no por la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, situación que, **a criterio del *A quo***, conlleva a que la celebración del contrato que se pretende formalizar haya incurrido en las causales de nulidad previstas en los incisos 1 y 6 del artículo 219 del Código Civil, es decir, falta de manifestación de voluntad (la de la cónyuge) e inobservancia de la formalidad solemne (la intervención de ambos cónyuges), respectivamente. Esta decisión fue confirmada por la sentencia de vista contenida en la resolución número veinte, de fecha dos de octubre de dos mil quince.
5. Como puede verse, y aun cuando no se haga referencia explícita al mismo, el Juez ha desestimado la demanda sobre la base del ejercicio (ciertamente irregular) del poder conferido por el artículo 220 del Código Civil, pues de oficio –los demandados no la alegaron y es más fueron declarados rebeldes- ha apreciado la nulidad del contrato que se pretendía formalizar. Sin embargo, conforme se ha señalado en los fundamentos precedentes, al no habérsele concedido a la parte demandante la posibilidad de plantear argumentos y aportar medios probatorios relativos a las causales de nulidad por las que finalmente se desestimó la demanda, se ha vulnerado su derecho de defensa. Cabe precisar que el hecho de que se haya observado la necesidad de promover el contradictorio entre las partes, sin haber emitido ningún juicio sobre la configurabilidad o no de la nulidad manifiesta que han apreciado las instancias de mérito, no puede llevar a considerar que este Supremo Tribunal coincide con la posición adoptada en tales instancias, pues, lo cierto es que al no haberse respetado las garantías procesales en cuestión, no puede aún emitirse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, lo que se hará, de ser el caso, en su oportunidad.
6. Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario recordar que para que las partes puedan ejercitar su derecho de defensa es imprescindible que tomen conocimiento de los distintos actos que se suscitan dentro del proceso, debiendo tenerse presente, sobre el particular, que el artículo 155 del Código Procesal Civil señala: "*El acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. Las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código* [...]".
7. De la revisión de los actuados se advierte que se ha realizado el emplazamiento de los codemandados Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, en la dirección que el primero de los mencionados señaló en el contrato que se pretende formalizar (fs. 12-13), esto es, en: *Av. Elmer Faucett, Manzana L – Lote 16, Urbanización Aeropuerto, Callao*, dirección que -cabe mencionarlo- si bien se ha consignado en la parte introductoria del contrato, no ha sido señalada como domicilio negocial (artículo 34 del Código Civil). Sin embargo, por escrito de fojas 143, las cédulas de notificación dirigidas a dicha dirección y que contenían la sentencia de primera instancia, fueron devueltas por el señor Arnulfo Renán López Coras, señalando que no conoce a los mencionados codemandados, que estos nunca han residido en dicha dirección y que ésta le corresponde al domicilio de sus padres: Lucinda Coraz Loayza y Arnulfo López Minaya, adjuntando a su escrito copia de un recibo de agua y otro de luz, de marzo y febrero del 2015 (fs. 122 y 123), respectivamente (fechas contemporáneas a aquélla en que se practicó la notificación), y en los que, efectivamente, aparece como titular del inmueble ubicado en la referida dirección la señora Lucinda Coraz Loayza; asimismo, adjunto las fichas de inscripción RENIEC de ambos codemandados (fs. 120 y 121), figurando como dirección de la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín: *Juan Pablo II, Mz. N, Lt. 1, Callao* (desde el 19.12.03); y como dirección del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya: *Asentamiento Humano Bocanegra Mz. G-7, Lt. 06, Sector 05, Callao* (desde el 24.09.98).
8. La codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín se apersonó al proceso y no dedujo ninguna posible nulidad, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 176 del Código Procesal Civil, de haber existido, aquélla habría quedado convalidada. Sin embargo, no ha sucedido lo propio con el codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya quien en ningún momento se ha apersonado al proceso, y no podría entenderse que la convalidación respecto de la codemanda Rosa Estrella Reátegui Marín alcanza también a éste, pues, el artículo 65 del Código adjetivo establece que si la sociedad conyugal es demandada la representación recae sobre todos los que la integran.
9. La irregularidad en las notificaciones al codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, se hace tanto más manifiesta si tomamos en cuenta las siguientes circunstancias: **(i)** las divergencias que se advierten respecto de las características del inmueble en el que se habrían practicado las notificaciones y que aparecen consignadas en los

cargos de notificación (véase: cargos corrientes a fojas 47 vuelta, 64 vuelta, 71 vuelta, 82 vuelta, 113 vuelta y 117 vuelta); **(ii)** la forma en que se proveyó el escrito de devolución de cédulas de notificación presentado por el señor Arnulfo Renán López Coras, en donde, además, solicitó que se dejen de practicar notificaciones en su dirección; pues, por medio de la resolución número doce, de fecha trece de abril de dos mil quince, corriente a fojas 145, se dispuso: "No ha lugar a lo solicitado", por haber sido presentado el referido escrito por un sujeto que no es parte en el proceso; cuando lo que correspondía era corrérsele traslado a la parte demandante para que absuelva lo concerniente a dicha devolución; **(iii)** no obra en autos cargo de notificación dirigida al codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya, conteniendo la sentencia de vista, de fecha dos de octubre de dos mil quince, corriente de fojas 208 a 211; solo se advierten los cargos de notificación del referido acto procesal dirigido a los codemandantes (véase: cargos de fojas 215 y 216) y a la codemandada Rosa Estrella Reátegui Marín, esta última notificación se practicó en la dirección que ella misma señalara al apersonarse al proceso (véase: cargo de fojas 217).

10. En consecuencia, a fin de no vulnerar el derecho de defensa del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya y evitar posibles nulidades, deberá emplazársele a éste en la dirección: *Asentamiento Humano Bocanegra Mz. G-7, Lt. 06, Sector 05, Callao*, que es la que figura en su ficha de inscripción RENIEC.
11. Sobre el derecho de defensa el Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia de fecha treinta de julio de dos mil quince, emitida en el Expediente Número 2738-2014-PHC/TC, ha señalado que: "*31. La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva* [...]". Asimismo, en el fundamento 3 de la sentencia de fecha diez de enero de dos mil catorce, emitida en el Expediente Número 748-2012-PA/TC, ha sostenido que: "*3. El derecho de defensa se encuentra reconocido en el artículo 139.14 de la Constitución, cuyo texto establece '[e]l principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso'. Al respecto, en la STC 5871-2005-PA/TC este Tribunal ha sostenido que el derecho de defensa '(...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia'. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan*".
12. Cierto es que en el presente caso se ha concedido el recurso de casación por infracción de normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil), empero, también es cierto que no se puede soslayar la evidente vulneración del derecho de defensa tanto de la parte demandante (al no habérsele dado la oportunidad de plantear argumentos y aportar medios probatorios relativos a las causales de nulidad por las que finalmente se desestimó su demanda), como de uno de los codemandados (al no habérsele notificado con arreglo a ley los actos del proceso), más aún si la situación de indefensión de las referidas partes se ha debido a la negligencia del propio órgano jurisdiccional (que no promovió el contradictorio y que no verificó que los actos de notificación hayan sido regulares), siendo deber de este Supremo Tribunal, como de todo órgano jurisdiccional, el garantizar el pleno respeto de los principios y garantías procesales, por lo que, en forma excepcional, corresponde amparar el recurso de casación por las causales de infracción normativa de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, al encontrarse comprometida la validez del presente proceso como consecuencia de la vulneración del derecho al debido proceso y, específicamente, del derecho de defensa, tanto de la parte demandante, como de uno de los codemandados, situación que conlleva a una nulidad insubsanable, resultando de aplicación lo dispuesto en los precitados artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto, por ahora, emitir pronunciamiento sobre una posible afectación de las normas de carácter material (artículos 1549 y 1412 del Código Civil). Por tales consideraciones:

VIII. DECISIÓN

PRIMERO.- Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Liliana Amanda Mejía García, interpone recurso de casación, de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 222 a 227; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha dos de octubre de dos mil quince, obrante de fojas 208 a 211; **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fecha treinta de diciembre de dos mil catorce, obrante de fojas 83 a 87, y **NULO** todo lo actuado hasta el emplazamiento del codemandado Ángel Gabriel Collantes Arimuya; **ORDENARON** que el *A quo*, reponga la causa al estado que corresponda y proceda conforme a las consideraciones precedentes.

SEGUNDO.- Asimismo, declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. El proceso sumarísimo de otorgamiento de escritura pública es un proceso plenario rápido, en tanto no presenta limitaciones en torno a las alegaciones que podrían formular las partes o a los medios probatorios que podrían aportar en relación al fondo de la controversia, sin perjuicio de las restricciones impuestas por el artículo 559 del Código Procesal Civil.
2. En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutiva de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutiva únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.
3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y

que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.

4. La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil.

5. La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de escritura pública de un negocio jurídico que, precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible.

6. Dentro del control de eficacia del negocio jurídico que se pretende formalizar, y sin perjuicio de que se puedan considerar otros supuestos, se tendrán en cuenta los siguientes:

   Si la obligación de elevar a escritura pública el negocio jurídico se encuentra supeditada a una condición suspensiva y el demandante no logra acreditar la verificación del evento puesto como condición, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

   Si todos los efectos del negocio jurídico se encuentran sujetos a un plazo suspensivo que aún no ha vencido, la demanda de otorgamiento de escritura pública será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar.

   Si la obligación de elevar a escritura pública un negocio jurídico, se encontrara sujeta a plazo de cumplimiento que aún no ha vencido y que, además, ha sido estipulado en beneficio del deudor, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar, a menos que exprese su voluntad de renunciar a dicho beneficio.

   En los procesos de otorgamiento de escritura pública el Juez podrá analizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento, y de advertirse que la excepción en cuestión es amparable, la demanda será declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Se procederá del mismo modo cuando el incumplimiento se invoque como argumento de defensa.

   En los casos en que el demandado alegue que se ha producido la resolución extrajudicial del contrato, el Juez analizará en la parte considerativa de la sentencia si concurren los requisitos de ley, o pactados por las partes, para ello, y, de ser así, declarará improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin declarar la resolución del contrato. Si el Juez advierte que no concurren tales requisitos, declarará fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública, sin pronunciarse sobre la resolución extrajudicial del contrato. En ambos supuestos, el Juez no se pronunciará en el fallo sobre la resolución extrajudicial del contrato.

7. Se modifica la *ratio decidendi* contenida en el fundamento 39 del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación Nº 1465-2007-Cajamarca), de fecha veintidós de enero de dos mil ocho, debiendo entenderse en lo sucesivo que la Corte de Casación puede advertir una nulidad manifiesta aun cuando las instancias de mérito no la hayan advertido en su oportunidad, y aun cuando no haya sido invocada como agravio en el recurso de casación, en cuyo caso, en decisión motivada y con expresa indicación de la causal de nulidad que podría haberse configurado en la celebración del negocio jurídico, se declarará la nulidad de la sentencia de vista, la insubsistencia de la sentencia apelada y se ordenará que el Juez de primera instancia, previa promoción del contradictorio entre las partes, emita pronunciamiento sobre la posible nulidad manifiesta.

8. Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutiva de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

TERCERO.- DISPUSIERON LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En los seguidos por Jubert Alberto Barrios Carpio y Liliana Amanda Mejía García contra Ángel Gabriel Collantes Arimuya y Rosa Estrella Reátegui Marín, sobre otorgamiento de escritura pública.

SS.

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ

JANET OFELIA TELLO GILARDI

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA

COLUMBA MARIA DEL SOCORRO

MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

DIANA LILY RODRIGUEZ CHAVEZ

CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS

ULISES AUGUSTO YAYA ZUMAETA

JOSE FELIPE DE LA BARRA BARRERA

VICTOR RAUL MALCA GUAYLUPO

1474670-1