

JURISPRUDENCIA COMENTADA

1. Desahucio por ocupación precaria

Sentencia de Primera Instancia

Lima, treinta de diciembre de mil novecientos setentiuono.

Vistos; resulta de autos: que por escrito de fojas siete, doña Bertha Cornejo de Meier interpone demanda de desahucio contra don Juan García Godos para que desocupe el inmueble sito en la calle Cantuarias número ciento ochenticuatro departamento tres de Miraflores, fundándose en que el demandado ocupa dicho departamento de modo precario, pues no tiene contrato ni le paga pensión e invoca el artículo novecientos setenta del Código de Procedimientos Civiles; que citadas las partes a comparendo esta diligencia se realizó a fojas diecisiete con la sola asistencia del demandado, quien negó y contradujo la demanda expresando que él, no era precario, ya que tenía contrato de sub-arriendo con el inquilino don Fernando Cueva Cárdenas, el que afirmó tenía facultad para sub-arrendar, por lo que ofreciendo por su parte garantía de pago de la renta conductiva, no se le podía desahuciar, y reconvino para que la propietaria le reconociera como conductor de acuerdo a la ley número diez mil ochicientos noventicinco; que absuelta la reconvencción en el mismo acto en ausencia del demandante, seguido el juicio y vencido el término probatorio, ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia: Y CONSIDERANDO: que la afirmación del demandado formula en el acto del comparendo de fojas diecisiete y que pretende establecer con las fotocopias de los recibos trece a dieciséis, reconocidos a fojas diecinueve por su otorgante, no sólo carece de fundamento porque esos recibos fotocopados no tienen validez por falta de timbres, sino porque el mencionado otorgante al declarar a fojas veintiuno vuelta ha expresado que él no tenía facultad para sub-arrendar; que además no precisando el demandado desde qué fecha se le acordó el sub-arriendo no puede acogerse a lo dispuesto por la ley diez ochocientos noventicinco, pues precisamente

por fecto de su Reglamento, artículo tercero se prohibió terminantemente dichos contratos sobre casas habitación; por lo que deviniendo sin derecho al demandado para continuar detentando el inmueble sub-ju dice a tenor a lo dispuesto por el artículo novecientos setenta segundo párrafo del Código de Procedimientos Civiles debe atenderse la demanda y rechazarse la reconvencción; FALLO: declarando sin lugar la reconvencción formulada en el comparendo de fojas diecisiete y fundada la demanda de fojas siete y, en consecuencia, ordeno que don Juan García Godos desocupe el departamento número tres del inmueble sito en la calle Cantuarias número ciento ochenticuatro, Miraflores, en el término de seis días; con costas.

Sentencia de Vista:

Lima veintisiete de marzo de mil novecientos setentidós.

VISTOS; y CONSIDERANDO: que ante la inasistencia del demandante al acto del comparendo, se ha omitido dar por contestada por esta parte la reconvencción propuesta en dicha diligencia por el demandado, con infracción de lo dispuesto en el artículo novecientos cuarentiséis del Código de Procedimientos Civiles; DECLARARON NULA LA SENTENCIA apelada de fojas veintiséis. su fecha treinta de diciembre del año próximo pasado, e INSUBSISTENTE todo lo actuado desde fojas diecisiete a cuyo estado se repone la causa para que proceda a realizar nuevo comparendo con arreglo a ley; y los devolvieron. Vocal ponente doctor Vassallo Chirinos. S.S. Velenzuela, Carranza Luna y Vassallo Chirinos.

Introducción

El caso es el de un desahucio por ocupación precaria en el que citadas las partes a comparendo, con la sola concurrencia del demandado, éste contradice la demanda alegando sin especificaciones que era sub-arrendatario, reconviniendo a su vez para que se le reconozca su derecho de acudir directamente

con la renta a la demandante. Fallada la causa, se declaró fundada la demanda y sin lugar la reconvención en Primera Instancia; al apelarse, la Corte Superior anula dicho pronunciamiento a causa de una omisión producida en el comparendo e invalidó todo el procedimiento.

Análisis

El art. 1085 del C.P.C. trata sobre la nulidad de resoluciones a través de trece incisos. El último de éstos señala que son resoluciones nulas, la sentencia o auto que se pronuncia con omisión de los trámites establecidos en la ley bajo pena de nulidad.

En la sentencia de vista que analizamos nos encontramos ante una nulidad de oficio, puesto que en autos no aparece el que las partes alegando la omisión que se señala, hubiesen aducido nulidad alguna. Por tanto, es la Corte Superior quien motu proprio considera que se ha festinado un trámite esencial en el proceso y de oficio declara la nulidad de todo lo actuado.

Cabe así, hacer una distinción entre nulidades absolutas y nulidades relativas, a fin de formarnos un concepto sobre el tipo de nulidad en que se incurrió en el caso que vemos, al no darse por contestada la reconvención en el acto del comparendo.

Las nulidades absolutas están relacionadas con los actos principalísimos dentro del proceso, por lo que la omisión o desnaturalización de cualquiera de ellos acarrea un perjuicio de gran intensidad: el derecho que corresponde a cada una de las partes se ve gravemente vulnerado en la igualdad que debe existir entre éstas para exponer su derecho. Procede, pues, dejar sin efecto lo actuado equivocadamente desde el momento en que el vicio procesal se produjo, hasta el último acto realizado, por las consecuencias decisivas que tal vicio conlleva. La declaración de nulidad de lo actuado podrá hacerse a pedido de parte o de oficio.

Si bien el art. 1085 no hace distinciones entre las nulidades relativas y absolutas, éstas si aparecen de la Exposición de Motivos del Código Procesal, donde se señala que en las primeras sólo hay un interés privado de por medio. En cambio en las segundas, las llamadas nulidades absolutas, no es sólo el interés privado el que se ve perjudicado sino que afecta también el interés público. No es sencillo determinar donde acaba el interés privado y comienza

el interés público, podemos decir que este último implica el que el vicio en el procedimiento es de tal magnitud que impide que el acto procesal haya cumplido su finalidad precisamente por la omisión en que se incurre.

De la sentencia de la Corte Superior entendemos entonces que se ha pretendido corregir alguna vulneración del derecho de las partes, así como salvaguardar el orden público, dado un supuesto de que por el vicio en que se incurre en el acto del comparendo al momento de la reconvención, ésta no llega a cumplir su finalidad dentro del proceso.

Pero tenemos de otro lado las llamadas nulidades relativas; por oposición, aquí no se ve perjudicado el fin esencial del acto procesal, ni tampoco se vulnera el derecho primordial de las partes. El vicio consiste en la simple omisión de una formalidad que no compromete el acto en cuanto a su finalidad sino más bien en lo accesorio. Esta nulidad sólo podrá ser deducida por la parte que en algo ve alterado su derecho, mas no proceden en ningún caso su declaración de oficio. Cabe pues cuestionarse en definitiva si era valedero el considerar que en el caso que analizamos se había incurrido en nulidad absoluta, por lo que correspondía declarar ésta de oficio. Consideramos que no. Ningún derecho esencial de las partes se vio perjudicado por la omisión de dar por absuelta la reconvención: por un lado el demandante pudo, y de hecho lo hizo con posterioridad, ejercitar su derecho frente a la reconvención que se le planteaba; y por otra parte los argumentos del reconviniente no tenían ningún asidero legal puesto que la ley invocada en su favor, la N° 10895, permitía los subarriendos existentes con anterioridad a su promulgación, pero expresamente prohibía el que se concertaran subarriendos de inmuebles con posterioridad a su entrada en vigencia. Al no señalar el reconviniente desde qué fecha sub-arrendaba el inmueble que poseía, mal podía pretender que se le acogiera a la ley que menciona.

Así expuesto, el derecho del demandante y demandado se encontraban claramente delineados. No se configuró de ningún modo una violación flagrante al derecho de las partes, y tampoco se vulneró el interés público, desde que no se podría sostener valedamente que el acto del comparendo y la reconvención no cumplieron su finalidad, al omitir dar por contestada la reconvención. Consideramos entonces que no nos hallamos ante una nulidad absoluta sino en

todo caso ante una nulidad relativa, esto es omisión de una formalidad, la que sólo era deducible por la parte perjudicada, mas no cabía una declaración de oficio. Aunque también señalamos que la omisión de que se trata no podría seriamente estimarse como la inobservancia de algún trámite que repercutió sobre la situación procesal o sustantiva de la demandante y el demandado, pues la primera, quien en todo caso así vería recortado su derecho no sólo no la invocó sino que inmediatamente expuso las consideraciones que en su concepto la rebatían y por su parte el demandado, como quiera que la formuló (su reconvencción) ningún interés podía tener en que el curso seguido se anulara, teniendo como tuvo a su alcance la posibilidad de presentar y probar su referida reconvencción. Si hubo pues alguna omisión, ése no fue otra que la de un rito desprovisto de contenido y ello no es motivo ni causa legal de una nulidad.

Conclusión

Cabe distinguir dos elementos en los actos procesales, analizados no ya en su conjunto, sino autónomamente como acontecimientos individuales que influyen en la relación procesal: un elemento de contenido por el cual estamos frente a un proceso subjetivo de conformación interna de la voluntad; y otro de exteriorización de esa voluntad a través de modos preestablecidos, constituyéndose así el elemento formal por el cual se reviste y sujeta la expresión de voluntad a cánones precisos a fin de asegurar una correcta exteriorización. Sin embargo cuando se pierde de vista el límite entre unos y otros es que el proceso se distorsiona y pierde su razón de ser. Las formas se tornan excesivas, las funciones se trastocan y el derecho substancial para el cual fueron éstas creadas, cede su paso ante el formalismo, que se convierte así en un fin en sí mismo, relegando a un segundo plano lo que era esencial, el derecho material de las partes.

En la sentencia analizada vemos que el mero hecho de omitir una frase: "téngase por absuelta la reconvencción", se convierte en causal de nulidad absoluta, a pesar de que el derecho substancial de las partes, hemos visto, se encontraba nitidamente delineado; la forma pues se ha convertido en el objeto del procedimiento, en su fin primordial, y el derecho material se convierte en lo accesorio y secundario.

Un mínimo de formas será siempre indispensable, pero el máximo deberá estar supeditado al límite ne-

cesario para la apreciación judicial, más nunca deberá implicar el perder de vista el derecho material; interpretaciones opuestas llevan a considerar como obligatoria e indispensable cualquier forma, a poner en duda la eficacia del acto o del proceso por la simple omisión de un detalle o error en la expresión consagrada, a decretarse nulidades por la violación de reglas procesales que a la luz del caso concreto carecen de la debida importancia.

Creemos pues que por una corriente de interpretación marcadamente formalista en nuestros magistrados, el fondo del derecho a menudo se pierde ante la forma avasalladora, cayéndose así en ceremonias rituales que desvirtúan todo aquello que implica un proceso y básicamente su fin esencial, el restablecimiento del derecho.

Victor Ferro Delgado

2. Inscripción de Partida. Filiación

I

Lima, veintinueve de diciembre de mil novecientos setentinueve.

No significando la inscripción del nacimiento sin el reconocimiento de la paternidad ante el Registro Civil, por escritura pública o por testamento, forma alguna de determinar la filiación y expresando el propio actor que no ha sido parte en el proceso no contencioso cuya resolución pretende contradecir, por lo que de acuerdo con el artículo mil ochenticuatro del Código de Procedimientos Civiles, la demanda no es admisible, máxime si está en giro un juicio de filiación por los mismos hechos: no ha lugar a la demanda.

Juan Armando Lengua Balbi

II

Ejecutoria Superior

Lima, doce de abril de mil novecientos setentidós.

AUTOS Y VISTOS; Y, ATENDIENDO: a que las razones en que se sustenta la resolución en materia para denegar de plano la demanda importan un pronunciamiento de fondo sobre las acciones ejercitadas sin la previa sustanciación señalada por la ley: DECLARA-

RON nula la resolución apelada de fojas cuatro, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y uno; MANDARON se dé trámite a la demanda con arreglo a ley; y los devolvieron. Valenzuela, Carranza Luna, Vasallo Chirinos.

COMENTARIO

Introducción

El caso a que la ejecutoria superior se refiere es el de una persona que interpone demanda de contradicción de sentencia que mandó inscribir una partida de nacimiento, acogiendo la petición de que se insertara el nombre del actor como el del padre; conteniendo también la demanda la pretensión de nulidad de dicha partida, para lo cual se emplazó a la mujer que solicitó y obtuvo tal inscripción.

Alega el demandante que por acción de la demandada se le ha imputado la paternidad ilegítima de la menor cuya partida así se inscribió, lo cual, señala, implicaría haberse resuelto un asunto de filiación en un procedimiento no contencioso, situación que califica de ilegal.

El juez de primera instancia rechazó de plano la demanda considerando que la inscripción del nacimiento no determina la filiación si no hay reconocimiento expreso de la paternidad; que el demandante no había sido parte en el proceso de inscripción de partida; y que, a mayor abundamiento, había pendiente un juicio de filiación entre las mismas partes, que convenía se viera resuelto previamente.

En su apelación el demandante mencionó además de la ilegalidad del proceder del juez, un nuevo elemento: el perjuicio moral y social que le había irrogado aquella sentencia que mandó inscribir el nacimiento con su nombre como el del padre. Pero se reitera en que dicho perjuicio moral y social no lo causaría la mera aparición de su nombre en el registro, sino la imputación de la paternidad ilegítima que tal aparición significa.

La sentencia de segunda instancia expresa una estimación distinta, considerando prematuro el pronunciamiento inhibitorio del juez, por lo que mandó se tramitara la demanda sin omitirse las formalidades de un proceso íntegro: traslado, apertura a prueba, etc.

Análisis

En este caso consideramos que hay dos aspectos a relevarse: el asunto de fondo y el asunto de forma en

general con relación a este caso particular. Primero ver el derecho y la situación del demandante; y por otro lado, en qué circunstancias cabría rechazar de plano una demanda y si procedería tal acción en nuestro caso.

La partida de nacimiento es el documento que prueba el nacimiento de una persona en una determinada fecha. Este es, en rigor, todo su alcance. Sin embargo, en las partidas constan una serie de datos adicionales, entre ellos los nombres de la madre y del padre que pueden omitirse cuando el hijo es ilegítimo (arts. 34 y 356 del C.C.).

Siendo la maternidad siempre cierta, el problema surge generalmente con la paternidad. Pero la aparición del nombre de una persona como del padre, en el registro de nacimientos, no significa por sí solo la filiación. La filiación ilegítima sólo se prueba por el reconocimiento del hijo que hace el padre, o por sentencia recaída en un juicio de filiación que declara la paternidad (art. 350 C.C.). Entonces, la partida de nacimiento, con el reconocimiento anotado o acompañado de una sentencia declaratoria de la paternidad, si será prueba plena de filiación. La partida por sí sola no prueba sino el nacimiento.

Por otro lado, la filiación legítima la probará la partida de nacimiento cuando esté refrendada por la partida de matrimonio de quienes aparecen como padres del nacido. Aquí nuevamente la partida de nacimiento sola no significaría prueba de paternidad. Es en este sentido que debe interpretarse la primera norma del art. 311 C.C.: "la filiación legítima se prueba con la partida del registro de nacimientos"... siempre que dicha partida sea veraz, siempre que tenga un respaldo valedero.

Ahora bien, un sinnúmero de veces el hombre común acepta la partida de nacimiento como prueba no sólo del nacimiento sino de todo lo demás que ella contiene. La partida de nacimiento en el consenso general produce fe plena, siendo germen de confusión y consiguiente daño en casos en que no se ha tenido cuidado de limitar la declaración al hecho del nacimiento.

El actor de nuestro caso se vería pues ante la situación de ser reputado padre sin él haber reconocido al hijo. Evidentemente se le perjudica moral y socialmente como lo expresó en su apelación. ¿Tendría entonces el derecho de demandar la anulación

de la sentencia que mandó inscribir la partida anotándosele como padre?

Sin embargo, al interponer su demanda el perjudicado equivocó el alcance, la vía y los fundamentos.

Hay en primer lugar un exceso al pedir la anulación de la partida de nacimiento en vez de sólo su rectificación en la parte que le perjudica. La partida misma debe quedar, por ser el nacimiento un hecho cierto que debe estar registrado. Al demandante sólo le corresponde solicitar se omita el dato que lo señala como padre, que es en rigor lo único que le está causando perjuicio.

También hay un error en cuanto a la vía que escogió el demandante. Esto es más discutible. El actor fundó su demanda en los arts. 1083 y 1084 del C. de P.C. que posibilitan la contradicción de una resolución recaída en un procedimiento no contencioso o de tramitación menos lata, para controvertir en la vía ordinaria el derecho o la obligación de una manera más amplia y esclarecedora que la que permitió el proceso cuya sentencia se contradice. Es un juicio ordinario, que cuando se inicia para contradecir una resolución recaída en determinados procedimientos o juicios lleva la etiqueta de "contradictorio". Del art. 1084 del C. de P.C. se ha interpretado que este juicio de contradicción es sólo para quienes fueron parte en el juicio cuya sentencia se contradice, quienes para el efecto sólo disponen de seis meses.

El demandante no fue parte en el procedimiento de inscripción de partida por lo que no le correspondía llamar a su demanda una de contradicción. Pero por otra parte tampoco estaría sujeto al plazo perentorio de seis meses para iniciar su acción. Es simplemente que los presupuestos de los arts. 1083 y 1084 del C. de P.C. no son los del caso que nos ocupa.

El perjudicado debió haber hecho valer su derecho de que se omita su nombre, de la partida de nacimiento con una demanda en la vía ordinaria, acción innominada, pues no le corresponde ningún juicio especial.

Por último, los fundamentos que se invocaron en la acción fueron equivocados. Y este error fue el primer argumento esgrimido por el juez para denegar la demanda. El demandante adujo que la inclusión de su nombre en el registro como del padre implicaba una imputación de filiación paterna ilegítima, hecho que no había sido probado ni por él reconocido, por lo

que se le estaba perjudicando. El temor del actor consistiría en que se le habría hecho padre de una manera clandestina. Desconociendo el actor que la partida de nacimiento y la inscripción en el registro no significan por sí solos pruebas de filiación, argumentó algo que legalmente no era cierto.

La fundamentación de su derecho debió haber consistido en la denuncia del perjuicio moral y social que importaba aparecer como padre en un instrumento susceptible de exhibirse y que induciría a confusión y perjuicio, aún quizás después de muerto el actor (problemas sucesorios); o que simplemente se niega a aparecer en ninguna parte como padre de alguien a quien no reconoce ni acepta como hijo.

En resumen: existiendo el derecho de verse libre del perjuicio moral y social que le causaría aparecer en el registro de nacimientos como padre de una menor a quien no ha reconocido y cuya filiación no se ha probado, el perjudicado debió haber demandado en la vía ordinaria la rectificación del registro y la invalidación de la sentencia del procedimiento de inscripción en la parte que a él le atañe, argumentando el antedicho perjuicio moral y social; que aunque sea un sentimiento subjetivo del así perjudicado, merece atención y defensa.

El segundo aspecto en torno a este caso es el que surge del rechazo de que fue objeto esta demanda interpuesta en la forma que ya analizamos.

El juez de primera instancia consideró que los argumentos de la demanda carecían de fundamentos, lo cual es cierto en rigor legal porque el demandante al no haber sido parte en el procedimiento de inscripción no tenía expedita la vía llamada de contradicción. Además la consideración de que se le había imputado una paternidad ilegítima tampoco era legalmente cierta; y en cualquier caso, había en estado de sentencia un juicio de filiación entre las mismas partes que —al parecer del juez— debería definirse primero. Por estas razones y en aras del principio de economía procesal, el juez rechazó la demanda.

Concedido que el derecho de accionar es un derecho autónomo, independiente, del que goza cualquier persona por la sola razón de ser tal, no significa esto que toda demanda es admisible por haber sido interpuesta. El derecho de accionar significa el derecho de acudir y obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Es el derecho que asiste a todos

de exigir una respuesta de este Poder cuando se le requiere. Este pronunciamiento será muy distinto en valor y contenido según cómo se presente la acción. Pero aún en los casos en que el juez devuelva la demanda se ha ejercitado el derecho de accionar, pues dicho derecho se ve perfeccionado por la sola respuesta del órgano jurisdiccional.

Para que la demanda sea aceptable debe reunir en primer lugar los presupuestos procesales: capacidad de las partes, competencia del juez, requisitos de forma, etc. Estos son indispensables, pues sin ellos no podrá originarse una relación procesal válida ni, por tanto, un proceso; o si de hecho se ha iniciado será nulo (arts. 307, 1085 y 1087 del C. de P.C.).

Dados los presupuestos procesales, hay que ver si la demanda reúne las condiciones para la acción: derecho, legítimo interés económico o moral, y calidad. Si es manifiesto que no se cumplen tales condiciones el juez debe sentirse autorizado a dictar una resolución inhibitoria, en la que no se pronunciará sobre el fondo plenamente sino que declarará la improcedencia de la demanda en los términos o circunstancias en que se interpone.

Es aquí donde surge la discusión. Algunos, más apegados a un riguroso e inflexible criterio de seguridad, sostendrán que reunidos los presupuestos procesales se debe dar término a la acción interpuesta, y que la ausencia de condiciones de la acción sólo se reflejará en la sentencia final cuando se desestime la pretensión.

Otros optarán por el principio de economía procesal, en beneficio del cual deberá declararse improcedente o inadmisibles desde el primer momento una acción presentada por un demandante que no reúne las condiciones para accionar, para así evitar un dilatado y dispendioso trámite que llevará al mismo resultado final desfavorable a la pretensión.

Aunque nos inclinamos más por esta última posición, sin llevarla al extremo, consideramos que tal medida habrá que tomarla con mucho tino, pues el demandante podría considerar que su derecho, interés y calidad existen y merecen un proceso íntegramente desplegado.

En el presente caso, los presupuestos procesales se cumplieron en la demanda. El problema surge sobre las condiciones de la acción. Desde el punto de vista del demandante, y en abstracto, se daban,

es cierto, el derecho —aquel de evitar un perjuicio presente o posible; el legítimo interés moral y quizás eventualmene económico— el interés de que no aparezca su nombre como el de padre en una partida de nacimiento; y la calidad, que es su status concreto de ser titular del derecho y del interés legítimo ante la situación que lo perjudica.

Pero llegando a la demanda concreta que interpuso el perjudicado, vemos que ella no refleja bien las condiciones que le permitirían accionar y obtener una sentencia favorable.

El juez, aún comprendiendo cuál es la situación, no podría sino pronunciarse sobre lo que expresamente está contenido en la demanda, o sea los puntos controvertidos. A tenor de la fundamentación hecha por el demandante, el juez dedujo que no siendo la inscripción de un nacimiento un hecho que determine la filiación, y siendo ésta la preocupación y el argumento esgrimido en la demanda, tal demanda carecía de fundamentos legales.

En este orden de ideas, la acción no contendría el derecho como condición que debe asistir al actor en su demanda, pues no coincide la pretensión con la ley. La ley dice que sólo por reconocimiento o sentencia judicial quedará determinada la filiación paterna ilegítima. El actor impugna la inscripción en el registro alegando precisamente lo que la ley dispone. La denuncia pues, no tendría fundamento y el supuesto perjuicio —legalmente hablando— no existe.

Considera también el juez que la acción de contradicción es improcedente por cuanto el actor no fue parte en el proceso no contencioso cuya resolución pretende contradecir.

Como hemos visto, esto es verdad. El juicio de contradicción es sólo para quienes han sido partes en el proceso. Creemos que no tendría objeto proponer se deje de lado esta limitación, ya que el juicio de contradicción no es en forma alguna un procedimiento más eficiente o conveniente que el procedimiento que le correspondía usar al perjudicado: un juicio ordinario alegando perjuicio moral, a efecto de invalidar la sentencia y el registro en la parte que le atañe, subsistiendo en lo demás.

El juez consideró además, en su sentencia la existencia de un juicio de filiación pendiente entre las mismas partes, y en el que sí se estaba debatiendo con arreglo a ley la paternidad de la menor. Por

economía procesal no procedía iniciar un juicio ordinario para discutir la paternidad y eventualmente rectificar el registro cuando cabía la posibilidad de que en el otro juicio sobre filiación se probara y declarara la paternidad ilegítima del actor.

Desde un enfoque rigurosamente procesal, el juicio de filiación no se cruza con un juicio ordinario de rectificación de partida. El juez no podría legalmente aducir una excepción de juicio pendiente.

Pero si adoptamos una posición menos inflexible, concediéndole al juez un mínimo de autonomía para decidir a discreción cuándo es inútil —porque desde ya es evidente cuál será el fallo aún si se despliega todo el proceso; y cuándo sería más costoso y perjudicial para la misma administración de justicia el admitir a trámite una demanda— pues sólo se atestarían más los despachos con procesos inútiles; quizás entonces aceptaríamos la decisión de primera instancia que rechazó la demanda para que el actor se abstenga de su pretensión hasta que se resuelva el juicio de filiación aún pendiente. En tal caso, ya con la sentencia de aquel proceso, podría iniciarse otro con más seguridad y menos confusión, para rectificar la inscripción del nacimiento, si tal fuera el caso.

Es por esas tres razones que el juez rehusó dar a trámite la demanda, en términos que la Corte Superior con su formalismo más celoso, no aceptó. Mandó se dé curso a la demanda cuando ella era a todas luces infundada, dados los términos concretos en que se interpuso.

Aún si prescindieramos del tercer considerando del juez sobre el juicio pendiente y la economía a observarse, que no tienen desgraciadamente un respaldo legal, literal, en nuestro Código de Procedimientos Civiles, los dos primeros considerados sobre la ausencia de derecho y la improcedencia de la forma y de la vía que quisieron usarse, bastaban para que la demanda fuera improcedente.

Concluimos pues, que aunque el actor tenía el derecho de demandar por el perjuicio moral que se le había hecho, la demanda que planteó para defender tal derecho no reunía las condiciones de la acción, lo que en ningún caso daría lugar a una sentencia favorable; por lo que el juez, en aras de la economía procesal —que siempre debe buscarse— hizo bien al no darle trámite. Puesto que el derecho subjetivo del perjudicado aún existe, podrá presentar una nueva de-

manda en la vía, oportunidad, y con los fundamentos propios.

Octavio Espinosa Callegari

3. Nulidad de Resolución

Sentencia de Primera Instancia

Lima, doce de diciembre de mil novecientos sesentinueve.

VISTOS; con el expediente administrativo número treintiún mil ochocientos setentiocho en el que corre incluido el expediente número cuatro mil quinientos sesentisiete-sesenticinco, seguido ante el Ministerio de Hacienda y Comercio, Superintendencia de Contribuciones; y con el expediente seguido por don Manuel Cabieses Fernández con el Estado sobre inaplicabilidad de intereses y devolución de dinero, ante el Octavo Juzgado Civil y Actuario García, que se devolverán; resulta de autos: que por el escrito de fojas quince, los herederos de don Roque Vargas Prada y doña Cristina Ugalde de Vargas Prada, interponen acción en la vía ordinaria contra el Estado para que, les devuelva la suma de setentisiete mil setecientos diecisiete soles cincuentinueve centavos indebidamente cobrados por intereses sobre los impuestos sucesorios acotados a la sucesión causada por doña Cristina Ugalde de Vargas Prada; fundamentando su acción en que ninguna de las leyes dos mil doscientos veintisiete y ocho mil quinientos cuarentiocho que legislan sobre concesión de plazos para el pago de impuestos sucesorios, facultan al Estado a cobrar intereses de ninguna clase y que éste cobro se ha hecho basado únicamente en Resoluciones Supremas, violándose el artículo octavo de la Constitución. Corrido traslado de la demanda y desestimada por auto consentido de fojas treinta vuelta, la excepción de falta de personería deducida por el Estado a fojas dieciocho, fue absuelto el trámite en sentido negativo a fojas treintiséis; que recibida la causa a prueba; actuadas las que aparecen de autos, vencido el término probatorio y cumplida la tramitación correspondiente a la naturaleza de la causa, ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia. Y, CONSIDERANDO: que la vía administrativa fue agotada con la resolución expedida a fojas cientosetenticinco del expediente administrativo que se tiene a la vista; que los recibos de fojas cien-

to sesentitrés, fojas ciento sesenticuatro, fojas ciento sesenticinco y fojas ciento sesentiséis del citado expediente acreditan que los actores con motivo de la aco- tación del impuesto sucesorio causado por dona Cristina Ugalde Malarín de Vargas Prada han pagado por intereses la suma de sesentisiete mil setecientos die- cisiete soles cincuentinueve centavos; que en el pre- sente caso, no es aplicable la disposición contenida en el artículo mil trescientos veinticuatro del Código Civil, por cuanto lo relativo al pago del impuesto sucesorio está determinado por leyes especiales; que estas leyes dos mil doscientos veintisiete y ocho mil quinientos cuarentiocho que regulan sobre la conce- sión a plazos para el pago de impuestos sucesorios no contemplan el pago de intereses, por consiguiente, debe el Estado devolver la suma cobrada inde- bidamente por dicho concepto; que por lo demás, la Corte Suprema interpretando un caso similar ha re- suuelto sobre el pago de intereses, según Ejecutoria corriente a fojas ochentisiete del expediente civil pe- dido. Por tales razones y, de conformidad con lo dic- taminado por el señor Agente Fiscal a fojas cuarentiocho. FALLO: declarando fundada la demanda inter- puesta a fojas quince y, en consecuencia, que el Es- tado debe devolver a los herederos de don Roque Var- gas Prada y doña Cristina Ugalde de Vargas Prada, la suma de sesentisiete mil setecientos diecisiete so- les cobrados indebidamente por concepto de intereses, con relación a los impuestos sucesorios acotados a la sucesión causada por la que fue doña Cristina Ugal- de Malarín de Vargas Prada; sin constas.

Ejecutoria Suprema

Lima, veinticinco de agosto de mil novecientos setentiuono.

VISTOS; con los acompañados; y CONSIDERANDO: que no procede legalmente ordenar la devolución de la suma pagada por intereses, sin previa declaración de la nulidad de la resolución del Tribunal Fiscal que desestimó dicha devolución; y como en el caso de autos la nulidad no ha sido demandada expresa- mente, la declaración implicarla el pronunciamiento sobre punto no controvertido: declararon HABER NULI- DAD en la sentencia de vista de fojas ochentidós, su fecha cinco de mayo último; reformando dicha sen- tencia y revocando la de primera instancia de fojas cincuenta; su fecha doce de diciembre de mil nove- cientos sesentinueve: declararon infundada la deman-

da de devolución interpuesta por los herederos de don Roque Vargas Prada contra el Supremo Gobierno; sin costas y los devolvieron. Velasco Gallo. Bustamante Ugalde. Santos. Galindo. Zaldívar La Torre.

Comentario

I. Introducción

La Sucesión Vargas Prada-Ugalde demandó en 1966 la devolución de los intereses que le fueron cobrados por la Superintendencia Nacional de Contribuciones sobre los impuestos sucesorios, basándose que en las leyes 2227 y 8548 que conceden plazo pa- ra el pago del impuesto no se mencionan intereses para el pago diferido, alegando además que ese co- bro de intereses es violatorio del artículo 8º de la Constitución que establece que es necesaria una ley expresa para crear nuevos impuestos.

El Procurador General de la República negó la demanda sosteniendo que las decisiones de la Super- intendencia y del Tribunal Fiscal habían sido dicta- das de acuerdo con las Resoluciones Supremas de 26 de setiembre y 29 de octubre de 1941 y 18 de abril de 1947, en uso de la facultad reglamentaria que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo, autorización reiterada por las leyes citadas. El Procurador alegó además que no se trata de impuestos, sino de inter- eses por mora, a que se refieren también los artícu- los 1324º y 1325º del Código Civil.

La Sentencia de Primera Instancia dio la razón a los demandantes, considerando que no eran de apli- cación las normas del Código Civil sino las leyes especiales, y que éstas, no establecían intereses, apoyando también su fallo, el Juez, en una Ejecuto- ria de la Corte Suprema de 20 de setiembre de 1963 que fue igualmente mencionada en la demanda y que el Juez tuvo a la vista al resolver.

La Corte Superior confirmó la Sentencia de Primera Instancia.

La Corte Suprema declaró haber Nulidad en la Sentencia de vista, amparándose en la razón proce- sal de que no habiéndose demandado expresamente la nulidad de la Resolución del Tribunal Fiscal, como lo establece el artículo 138º del Código Tribu- tario, no procedía reclamar la devolución de intereses que en dicha Resolución se sustentaba, por lo que declaró infundada la demanda de devolución de in- tereses.

II. Análisis

Sobre el caso, cabe hacer dos análisis, el primero concretado al problema formal y el segundo referido al aspecto de fondo, que será tratado sólo en relación con el primero desde la incidencia de sus efectos. En estas líneas se quiere destacar un fallo de la Corte Suprema que conceptuamos altamente expresivo de un riguroso formalismo que como actitud dentro de la administración de justicia es necesario supe- rar.

El artículo 138º del Código Tributario establece que quien no esté conforme con las Resoluciones del Tribunal Fiscal, podrá impugnarlas interponiendo demanda judicial. La Corte Suprema lo interpreta como que debe pedirse previa declaración de nulidad. Puede, asimismo, interpretarse como que el hecho de interponer demanda judicial, trae consigo el pedido de impugnación.

Dentro de esta última posibilidad, puede señalarse que el precisar en la demanda que un cobro es indebido, que el proceso administrativo está terminado y que se pide la devolución de lo pagado, además de citar los artículos 138º y 140º del Código Tributario y fundamentarla expresamente en ellos, significa para todos los efectos de hecho y de derecho impugnar la decisión de la instancia administrativa como nula, aunque la palabra “nulidad” no esté mencionada.

La Ejecutoria es pues formalista, sin justificarse tal declaración en el caso concreto, porque además de inferirse la impugnación con claridad de los términos de la demanda, la controversia giró en torno a la validez o invalidez de esa Resolución, resultando el debate judicial altamente expresivo de la posición de cada una de las partes sobre el sindicado punto omitido.

En lo demás, se debe tener presente que, por justicia y por economía procesal, siempre que el proceso permita una solución de fondo, el uso de una palabra no puede ser indispensable para el amparo o desamparo de un derecho, que ha sido, sin lugar a duda ejercitado. Lo contrario conduce a una justicia dependiente, no de la existencia de un derecho, sino especialmente de habilidades o destrezas en el arte de litigar.

Además, las Resoluciones Supremas de 26 de setiembre y 29 de octubre de 1941 en que se fundamentó la Resolución del Tribunal Fiscal que obli-

gó a la Sucesión Vargas Prada-Ugalde al pago de intereses, fueron declaradas nulas y prohibida su aplicación en el futuro por Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 1969 en la acción popular interpuesta por don Gaspar Fernández Concha contra el Supremo obierno sobre nulidad de resolución, cuyos actuados se tuvieron a la vista sin que se les diera el mérito que correspondía. Siendo Nulas las Resoluciones Supremas en que se fundamentaba la Resolución del Tribunal Fiscal para el cobro de intereses era, por lo tanto, innecesario el pedido expreso de nulidad de dicha Resolución, o en todo caso ya no constituía un elemento procesal indispensable o importante que impidiese una solución sobre el fondo de la controversia.

La Corte se pronuncia sobre algo no alegado por las partes. Una vez constituida la instancia, los Tribunales no deben pronunciarse sobre punto no controvertido. En caso de que consideren que es nulo todo lo actuado debe ordenarse nuevo procedimiento de sentencia.

Con la Ejecutoria objeto del comentario ¿se cumplieron los fines del proceso, se obtuvo la composición, esto es, la realización del Derecho? Todo el proceso apuntaba hacia la composición (de fondo) de la litis, pero, la Corte prefirió resolver arguyendo omisión de formas, que no afectaban a las partes ni al interés general, por la seguridad jurídica y/o la administración de justicia, porque, como se ha señalado, la controversia sirvió para fijar debidamente el planteamiento del actor que, obviamente, al reclamar la devolución de lo pagado por intereses, comprendía la impugnación tácita de la decisión del Tribunal Fiscal que le denegó su pretensión en la instancia administrativa previa.

Al interpretar la Ejecutoria Suprema, no se entiende claramente si se considera al caso como cosa juzgada. La Corte declara, por un lado, haber nulidad en la sentencia de vista amparándose en una razón formal (no considerándose luego como cosa juzgada) y por otro lado, se pronuncia declarando infundada la demanda de devolución interpuesta, siendo entonces de aplicación los artículos 1080º y 1082 del Código de Procedimientos Civiles, que señalarían como cosa juzgada al caso, sin lugar a subsanación del hecho que causó la nulidad.

Una interpretación lógica de la Ejecutoria en relación a los hechos que la rodean, no debería considerar al caso como cosa juzgada, puesto que al momento

de dictarse sentencia en las tres instancias se tenía conocimiento de la Ejecutoria Suprema que declaraba nulas las Resoluciones Supremas de 26 de setiembre y 29 de octubre de 1941, lo que hacía claro el fondo del auto.

El cobro de intereses a la sucesión era así un cobro indebido del cual podía pedirse y debía lograrse la devolución.

En esta Ejecutoria Suprema no obstante la forma de su pronunciamiento, no se sentenció sobre el fondo, puesto que la desestimación se motivaba en la omisión de un planteamiento que privó de consideración la pretendida devolución de lo pagado por intereses. No es dable entender por otro lado como cosa juzgada ese pronunciamiento, que acusa una falta técnica en su redacción, porque el fondo en cuestión, por efecto de la Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 1969, recaída en los seguidos por don Gaspar Fernández Concha con el Supremo Gobierno a que se ha hecho mención, había sido ya definido con ese carácter, al declararse, sin referencia concreta a caso alguno, fundada la acción popular ejercitada por aquel demandante, sancionándose la ineficacia de las impugnadas resoluciones a partir de tal declaración.

Carlos Zuzunaga Schröder

4. Nulidad de Acto Jurídico. Rescisión por vicio oculto

Lima, dieciocho de octubre de mil novecientos setentiuono.

VISTOS; dado cuenta por el señor Vocal ponente doctor Gadea; con los acompañados; y, CONSIDERANDO: que en la demanda de fojas tres se **acumulan dos acciones**, una de nulidad relativa por dolo, de acuerdo con el inciso segundo del artículo mil ciento veinticinco del Código Civil y otra de rescisión por vicio oculto o redhibitorio de acuerdo con el artículo mil setentinueve y mil ochenta del acotado; que el dolo en la formación del acto jurídico consiste en inducir voluntariamente a una persona a error con el fin de obtener en esa forma su consentimiento; que aunque está demostrado con el contrato de fojas once y tarjeta de propiedad de fojas treinticinco que el demandado hizo una declaración a sabiendas de que era falsa, con el propósito deliberado de inducir a error al deman-

dante y obtener de ese modo su consentimiento como lo comprueba la confesión ficta de fojas veintidós decretada por auto firme de fojas veintitrés vuelta, sin embargo, aunque el demandado hubiera mentido sobre el particular, tal falsa afirmación carecería de la gravedad necesaria para estimarse como constitutiva de dolo porque ese dato aparece necesariamente en la tarjeta y ese instrumento debió exigirlo previamente el demandante incurriendo en inexcusable ligereza al no tomar dicha natural precaución; que lo propio puede conceptuarse respecto de gravámenes o si la camioneta pertenecía o no al comité respectivo dentro de la línea Lima a Chorrillos puesto que los Registros de Tránsito son registros públicos; que de los artículos trescientos seis, inciso cuarto, trescientos once, mil setenticuatro, inciso segundo, y mil ochenticinco, inciso noveno, del Código de Procedimientos Civiles se desprende que la demanda establece las preces del actor no siendo, en consecuencia, posible admitir prueba sobre hechos no invocados en aquel escrito ni cabe tampoco que la sentencia se refiera a hecho no aducido en la demanda; que, por consiguiente, no pueden tomarse en cuenta para motivar el fallo la pregunta quinta del pliego de fojas veintidós para la confesión de los demandados ni los cuadernos sobre ejecución y de embargo que se tienen a la vista, iniciados con posterioridad al presente juicio y que no motivaron sin embargo ninguna ampliación de la demanda; que, por consiguiente la acción por dolo no es fundada; que, en cuanto a la acción rescisoria basada en vicio oculto en la venta del automóvil debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo mil trescientos cincuentauno del Código Civil, vicio oculto es aquél que existe al tiempo de la enajenación a título oneroso y que hace la cosa inútil para el uso a que se destina o que disminuye este uso de tal modo que, a saberlo, el adquirente no hubiera verificado la adquisición de la cosa o habría dado menos por ella; que de acuerdo con esta noción y, tratándose de automóvil usado no puede concebirse que sea vicio oculto el dato referente al año del vehículo puesto que él aparece de la tarjeta de propiedad, ni mucho menos puede admitirse como vicio oculto la existencia de gravámenes que son un hecho externo y, además, público; ni tampoco que registrara o no infracciones o, finalmente, que formara parte o no, la camioneta vendida, del comité de la línea Chorrillos; que tratándose de vehículo usado, no puede tampoco alegarse vicio oculto porque requiriera reparos o repuestos; y que desestimadas las acciones principales

—sea la de nulidad sea la de rescisión— es inexorable concluir que tampoco proceden las acciones accesorias sobre devolución de la suma de treintisiete mil soles a que se contraen las letras de fojas trece a fojas diecisiete, sobre anulación de letras en número de veintidós por cinco mil soles cada una y que representan el saldo, y para que se abone la suma de cincuenta mil soles por daños y perjuicios a que se refiere la factura de fojas dieciocho; que, empero, falta analizar, finalmente, que no es admisible interponer, acumulativamente, la acción de nulidad y la acción rescisoria, porque obsta lo que dispone el artículo doscientos cuarentisiete del Código de Procedimientos Civiles; que es de aplicación el artículo mil setentisiete del Código de Procedimientos Civiles porque no hay, evidentemente, malicia ni temeridad en la demanda interpuesta: **REVOCARON LA SENTENCIA** apelada de fojas cuarentiséis, su fecha treinta de junio último, que declara fundada la demanda de rescisión del contrato de compra venta y devolución de treintisiete mil quinientos soles, fundada en parte la acción de indemnización y que los demandados paguen la suma de veinte mil soles por daños o perjuicios, con lo demás que contiene; **DECLARARON**: sin lugar en todos sus extremos la demanda de fojas tres; sin costas; y los devolvieron. Chirinos Araico, Carranza Luna y Gadea.

Lima, once de enero de mil novecientos setentidós.

VISTOS; Y CONSIDERANDO: que don Teófilo Castro Carrasco demanda el dos de noviembre de mil novecientos sesentiocho la rescisión de un contrato de compra-venta de un vehículo usado; que a fojas once se presenta el documento que contiene el contrato de compra-venta, fechado el dieciséis de mayo de mil novecientos sesentiocho, en el que no consta el pago del impuesto de alcabala a que se refiere el artículo segundo de la Ley quince mil doscientos veinticinco; que estando a lo prescrito por el artículo décimo segundo de la misma Ley, la falta de comprobante de pago de alcabala invalida el contrato, precisando la Ley dieciséis mil novecientos, de seis de mayo de mil novecientos sesentiocho, en su artículo treintidós que son nulos ipso jure los contratos de compra-venta de vehículos usados no inscritos en la Dirección de Tránsito; que consta a fojas treinticinco que la tarjeta de propiedad del vehículo está a nombre de los vendedores, ya que la venta que efectua-

ron no se inscribió, ni se pagó alcabala; que estando a las numerosas ejecutorias de este Supremo Tribunal, y una estricta aplicación de las mencionadas leyes, los contratos de compra-venta de vehículos usados no registrados son nulos ipso-jure y no producen efecto alguno, por lo que no procede la rescisión del contrato de fojas suce: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas setentidós, su fecha dieciocho de octubre del año próximo pasado, que revocando la apelada de fojas cuarentiséis, fechada el treinta de junio del propio año, declara sin lugar en todos sus extremos la demanda de fojas tres; en los seguidos con don Efraín Alemán y otra, sobre rescisión de contrato y otros conceptos; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron. Ballón-S. and León Montalbo. Llosa Ricquets. García Calderón. Zaldivar La Torre.

Comentario

I. Introducción:

Como es de verse de la Ejecutoria Suprema expuesta, ésta versa en torno a las implicancias acarreadas por la Compra-Venta de un vehículo en la que no se ha cumplido con pagar el Impuesto de Alcabala correspondiente, ni tampoco con inscribir esta transferencia en el Registro de la ex-Dirección General de Tránsito, hoy Dirección de Circulación y Seguridad Vial.

El demandante, en el caso propuesto, interpuso la acción de nulidad relativa por dolo y rescisión por vicio oculto, por conceptuar que había sido víctima de un engaño en cuanto al estado mecánico del vehículo, uso anterior al que había sido destinado y gravámenes que lo afectaban, solicitando en consecuencia la devolución del precio pagado, la anulación de las letras de cambio representativas del saldo del precio por pagar y finalmente el pago de los daños y perjuicios ocasionados, demanda que fue amparada en Primera Instancia, pero desestimada tanto en la Corte Superior, como en la Corte Suprema.

II. Análisis:

Antes de examinar la Ejecutoria Suprema materia del presente comentario, creemos conveniente hacer una breve referencia a la Resolución de la Corte Superior recaída en el caso propuesto.

Como es de verse de esta Resolución, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, no ha to-

mado en consideración el hecho de la falta de inscripción y falta de pago del Impuesto de Alcabala, sino que ha entrado a considerar la validez o invalidez de las acciones de nulidad relativa por dolo y rescisión por vicio oculto deducidas por el demandante, sin tener en cuenta al entrar a considerar estas acciones, que el contrato en referencia es Nulo Ipsolure, por mandato expreso del artículo 32 de la ley N° 16900, en lo referente al incumplimiento del requisito de la inscripción dentro del plazo de ley, y del artículo 12 de la ley N° 15225, en lo que concierne a la falta de pago del Impuesto de Alcabala correspondiente.

Siendo el contrato nulo Ipsolure, estimamos está demás el pronunciamiento que sobre el fondo de la acción interpuesta emitiera la Corte Superior por cuanto, entre otros, los efectos de esta nulidad son el reputar que el contrato que la adolece nunca surtió efecto alguno, no tuvo existencia, e inclusive la no necesidad de declaración judicial de esta nulidad, por lo que habiéndose en el presente caso planteado la acción judicial, la Resolución de la Corte Superior debió limitarse a señalar el hecho de que el contrato en referencia adolecía de nulidad y reputándose por tanto que dicho contrato nunca existió ni surtió efecto alguno, abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia del dolo o del vicio oculto en el mismo.

Al margen de este aspecto, debemos señalar que discrepamos con el concepto vertido según el cual la falsa afirmación del demandado sobre las condiciones del vehículo en el momento de la venta "carecería de gravedad necesaria para estimarse como constitutiva de dolo". Si bien estamos de acuerdo con los demás argumentos en cuya virtud conjuntamente con lo expuesto, la Corte llega a la consideración de que en el caso propuesto no se puede sancionar la existencia del dolo, estimamos que la mayor o menor gravedad de la afirmación dolosa es indiferente para que se constituya la figura del dolo, por cuanto que, para que ésta se presente es necesario únicamente el deseo manifiesto, la intención, la voluntad de inducir a error al otro contratante, logrado el cual se habrá configurado el vicio de la voluntad en el acto jurídico.

Creemos que la Corte ha confundido los conceptos de error proveniente del dolo, con el error común, en el que si se exige un cierto grado de gravedad, por cuanto que se trata de un error no inducido por el

otro contratante, un error involuntario desde el punto de vista de la contraparte, por lo cual no se puede admitir en este caso errores en el que no incurriría un hombre común, ya que se atentaría contra un elemental principio de seguridad jurídica; no sucede lo mismo en el error proveniente del dolo, por más inocente o inverosímil que parezca éste, ya que existiendo una conducta incorrecta por parte del contratante que induce a error, el derecho no puede bajo ningún concepto, ni bajo ningún límite proteger o dejar de sancionar este tipo de conducta.

Con relación a la Ejecutoria de la Corte Suprema, es exacto, tal como ya lo hemos señalado, que el contrato materia del presente caso es nulo Ipsolure por mandato expreso del Art. 32 de la ley N° 16900 y del Art. 12 de la ley N° 15225, por no haberse cumplido con los requisitos de inscripción y pago de Impuesto de Alcabala, respectivamente, a que ya hemos hecho referencia.

Si bien estamos de acuerdo en que el contrato adolece de nulidad, no sucede lo mismo con los efectos que atribuye a dicha nulidad la Corte Suprema, al considerar que no procede la devolución del precio pagado, ni la anulación de las letras representativas del saldo del precio por pagar, pues, tal como ya hemos señalado, los efectos de la nulidad Ipsolure consisten básicamente, en considerar que el acto jurídico nunca llegó a producirse, quedando por tanto las cosas tal como estaban antes de la celebración de dicho acto. Aplicando este concepto al caso propuesto, debemos concluir que si las cosas deben regresar al estado en que se encontraban antes de que se pactara la transferencia se debe proceder a devolver el vehículo al vendedor, devolver el precio pagado al comprador y anular las letras representativas del saldo del precio.

Debemos señalar, sin embargo, con relación a las letras representativas del saldo del precio, que éstas podrán ser anuladas, únicamente si se encuentran en poder del vendedor del vehículo, ya que si han sido endosadas por éste a tercera persona, en virtud del principio de autonomía que hace de la letra de cambio un documento incausado, del principio de literalidad en virtud del cual sólo rige lo expresamente señalado en el documento, en este caso la obligación pura y simple de pagar sin que se haya especificado que esta obligación se motivó en la compra-venta del vehículo en referencia y dado el esencial destino circulatorio de los títulos valores, el com-

prador en su calidad de aceptante de las letras, estará obligado a pagarlas quedándole solamente la posibilidad de iniciar una acción por enriquecimiento indebido en contra del vendedor.

Finalmente, cuestionamos la forma en que ha sido planteada la acción que nos ocupa siendo de opinión, que el demandante ha equivocado el camino al iniciar en el presente caso, una acción de nulidad por dolo y rescisión por vicio oculto, ya que, siendo el contrato nulo ipso-lure, tal como se ha demostrado, y siendo por tanto innecesaria la declaración judicial de esta nulidad, consideramos que la acción que debió iniciarse es la de enriquecimiento indebido, señalando en ella que dado que el contrato es nulo ipso-lure, se solicita se ordene la devolución del precio pagado y la anulación de las letras por pagar que se encuentren aún en el poder del vendedor, por cuanto que configuran un enriquecimiento indebido, que de acuerdo al Art. 1149º del Código Civil debe ser restituido.

Luis Alvarez del Villar de Aliaga

5. Delito de Homicidio Calificado

Lima, diecisiete de mayo de mil novecientos setentinueve.

VISTA la presente causa en audiencia pública, seguida contra Fabián Bernardo Gutiérrez; RESULTA: que con fecha treinta de julio de mil novecientos sesentiséis, el policía de investigaciones, destacado en la Morgue Central de esta Capital, comunicó al Departamento de Homicidios de la PIP, el resultado de la autopsia del cadáver de Pedro Avellaneda Capcha, fallecido en forma sospechosa en la madrugada del veintinueve del mes indicado, el que arrojaba muerte por intoxicación por sustancia química; que la Policía de Investigaciones practica de inmediato las diligencias urgentes y reunidos los elementos necesarios, formula el atestado de fojas una y siguientes y luego, con el resultado, remite al Juzgado de Instrucción de Turno que abre la presente causa por auto de fojas cuarenticuatro, y concluida eleva con los informes finales del Agente Fiscal de fojas ciento quince y del Juez de fojas ciento dieciséis y el Tribunal, acogiendo la acusación escrita del señor Fiscal, declaró la procedencia del juicio oral y verificada la audiencia en los términos que aparecen de las actas,

su estado es el de pronunciar sentencia; y CONSIDERANDO: que la evidencia de la responsabilidad del acusado Fabián Bernardo Gutiérrez en el delito de homicidio en la persona de Pedro Avellaneda Capcha que se le imputa, resulta manifiesta con el mérito de su instructiva de fojas cincuenticinco en la que relata minuciosa y ordenadamente, que después de haber estado trabajando como agricultor en la ciudad de Huancayo, se vino a esta Capital alojándose en la casa del finado sita en la Avenida Venezuela número dos mil quinientos setentisiete, interior siete, de la Barriada "Los Sauces", a quien como a su esposa Cirila Barreto Bernardo de Avellaneda les daba el tratamiento de **tío** sin tener ningún vínculo de parentesco, recibiendo desde su llegada atención con la alimentación y lavado de ropa pagando por tales servicios cuatrocientos soles semanales, todo con el consentimiento de Avellaneda Capcha, jefe de la familia, que trabajaba unas veces de noche y otras de día, es decir por turno en la fábrica de la Firma D'Onofrio; y que aprovechando de esta coyuntura llegó a tener confianza con Cirila a quien le propuso relaciones sexuales aceptando ella sin mayor reparo, manteniendo dichas relaciones por espacio de más de un año, sin que el esposo llegara a sospechar; que el veintisiete de julio de mil novecientos sesentiséis comenzaron a beber desde el almuerzo y continuaron hasta el veintiocho, fecha que habían acordado celebrar el cumpleaños de Pedro Avellaneda Capcha adelantando al primero de agosto que era su verdadero día por ser laboral; y que como a las once de la noche Avellaneda Capcha le mandó comprar una botella de Ron Pomalca y que a su indicación debía servir un "calientito", que es mezcla del indicado licor con agua hervida y limón; que cuando estuvo cumpliendo el encargo a las doce de la noche, se le ocurrió echar folidol al vaso de Avellaneda con el fin de deshacerse y continuar sus relaciones carnales con su esposa Cirila Barreto Bernardo, pero como se hallaba en estado inecuánime no se daba cuenta del resultado de su acción, para concluir afirmando que a todos los circunstantes les sirvió Cartavio (Pomalca) en posillos y a Avellaneda Capcha le dio en vaso de plástico agregándole un poco de folidol, dándose cuenta después de un cuarto de hora que a Avellaneda Capcha le dio vomitos, saliendo a desfogar fuera de la casa, corriendo en su misma instructiva sus afirmaciones en cuanto a la compra de folidol a fines de junio de mil novecientos sesentiséis, alegando, únicamente, a su favor, que no tuvo la in-

tención de matar y sólo pensó, dentro de su embriaguez, de que sería nada más que hospitalizado; que estos hechos relatados por el propio acusado respecto a su conducta criminal, guardan íntima relación con su manifestación policial de fojas cinco, sin registrarse ningún cambio sustancial resultando la versión que expone, corroborada con lo relacionado por Paulina Avellaneda Clemente a fojas setenticinco y en la audiencia que, además de lo narrado por el encausado, ilustra sobre el modo cómo fue auxiliado su padre cuando se desplomó después de lanzar (vomitar) arrojando a un triciclo, como fue conducido a su cama en la creencia de que se trataba sólo de un caso de suma embriaguez, como advirtieron síntomas de enfriamiento, optando por su traslado al Hospital Obrero en donde se constató su fallecimiento, todo sin perjuicio de dar luces sobre las relaciones ilícitas del acusado con Cirila Barreto Bernardo de Avellaneda, la misma que en su testimonial de fojas ochentiuena conviene ampliamente en tales relaciones, explicando minuciosamente y con sinceridad desde cuando y hasta cuando sostuvieron, afirmando que el hijo que tiene con el nombre de Juan Alfredo Avellaneda Barreto, reconocido por el occiso como hijo suyo, pese haberle enterado que es fruto de su infidelidad; que esta testigo que ha concurrido a la audiencia por mandato del Tribunal, se ha ratificado en su citada declaración y confrontada con el encausado ha sostenido con la vehemencia y seguridad de quien dice la verdad, obrando en autos, a mayor abundamiento, las testimoniales de Saturnino Canchare Caja de fojas noventiséis, Julio Tello Félix de fojas noventisiete, Andrés Félix Huaroco de fojas ciento seis, Julián Félix Huaroco de fojas setentinueve, concurrentes a la reunión y que en una u otra forma proporcionan datos respecto a la forma y circunstancias que acompañaron a la perpetración del hecho delictuoso; que otro hecho altamente revelador respecto de su realidad, es el hallazgo del frasco o pomo de cristal con un poco de folídol que fuera echado a la pampa frente a la casa en la misma noche de lo sucedido, por la menor María Olegaria Mayta en la tarde del mismo día o sea el veintinueve de julio, que sometido a análisis toxicológico ha dado resultado positivo (fojas sesentiuno), evidenciándose, por lo demás, la responsabilidad del acusado con la afirmación categórica y franca que contiene la ampliación de su inestructiva de fojas ciento once que no ha tenido la intención ni ha solicitado ampliar su inestructiva ya que no tiene nada que decir ni agregar a lo que expuso al rendir la primera ni tampoco

conoce el abogado que autorizó el escrito solicitando ampliación; que el delito sometido a juzgamiento, se halla probado fehacientemente con el mérito del atestado policial de fojas una y siguientes ratificado a fojas ochentisiete vuelta; protocolo de autopsia de fojas ochentitres ratificado a fojas ochentiocho, que concluye que Pedro Avellaneda Capcha ha fallecido a consecuencia de intoxicación por sustancia química; análisis toxicológico de fojas cincuentiocho, cincuentinueve, sesentiuna, sesenticuatro y sesentiséis ratificados a fojas setentisiete y setentiocho; la partida de defunción de fojas ciento siete; las testimoniales antes mencionadas y lo actuado en el curso del debate oral; que el móvil del delito fluye de la propia declaración del encausado, que no ha sido otro que la continuación de sus relaciones sexuales con Cirila Barreto de Avellaneda, en forma tranquila, sin preocupaciones, o tal vez guiado por el peor enemigo los celos, ya que declara en su inestructiva que Cirila había sido la primera mujer que conoció sexualmente; que la premeditación y la intención de matar salta a la vista de la actuación del encausado de premunirse con anticipación de folídol (veneno) comprando del establecimiento comercial "Hortus", cuyo expendedor depone a fojas noventa, guardar disimuladamente su presencia en la casa luego de vaciarlo de su envase original a otro de vidrio, colocando en una ventana, sin ostentar la etiqueta del contenido; que, además, el acusado, en una oportunidad le dijo a Cirila: "qué dirían los familiares, si te quedaras viuda y nos casaríamos", lo que también es otra prueba demostrativa de la premeditación del crimen; que existen hechos patentes que no dejan ápice de duda, que Bernardo Gutiérrez buscó o esperó una situación o momento propicio para llevar a cabo su intención homicida, lo que consiguió en la noche del veintiocho de julio de mil novecientos sesentiséis en la forma y modo narrados por el mismo en su inestructiva y manifestación policial corroborado por los testigos nombrados más arriba, en forma desprevenida, y falta de lealtad para el que le había prodigado protección y cobijado en su casa; que la pericia psiquiátrica de fojas ciento doce ratificada a fojas ciento catorce, demuestra que el encausado no sufre enfermedad mental alguna, correspondiendo por sus características al tipo de personalidad normal esquizoide; que la vida es un bien inapreciable protegida por el derecho y el ataque a ella compromete el orden jurídico y la convivencia social, de ahí que la ley impone sanciones severísimas a los que atentan contra ella; que Paulina Avellaneda Clemente y Ci-

rila Barreto Bernardo, hija y esposa, respectivamente, de Pedro Avellaneda no están impedidas de prestar declaración ni su actuación adolece de vicios de nulidad, puesto que se ha ceñido estrictamente a las normas prescritas por el Código de Procedimientos Penales en su Título quinto, Libro Segundo; que en lo penal, nadie está impedido ni eximido de prestar declaración, ni los ascendientes, descendientes, cónyuge y demás parientes del inculpado, ni los menores de edad por lo dispuesto en los artículos ciento treintiocho, ciento cuarentiuno y ciento cuarentidós del Código acotado, porque el descubrimiento, esclarecimiento, reunir las pruebas de la realización del delito y su sanción es de interés social, de la colectividad; que no es, pues, permitido el trasplante de las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles al campo penal, salvo en los casos de deficiencia o vacíos, que la ley autoriza; que el acusado, en el acto oral se ha retractado de su manifestación ante la policía y confesión en su instructiva; que este medio o sistema de defensa que ha adoptado, no es nuevo, por el contrario, es muy usual y en los Tribunales se ve a diario; Bernardo Gutiérrez, sin aducir razones atendibles ni explicación lógica, simple y llanamente niega ser el autor del crimen, que no sabe ni siquiera malicia quien puede ser, no obstante que en su escrito de fojas ciento treinticuatro pide, nuevamente, ampliación de su instructiva para “poner al destape la verdad de los hechos para el mejor desenvolvimiento de la justicia”; que no ha comprado ni conoce el folidol y que por su estado etílico en sumo grado se retiró a dormir a las once de la noche siendo despertado a las tres de la madrugada; que a toda pregunta que se le formula responde evasivamente o que ignora; que su simple retractación de última hora y negativa de ser el autor del delito que se le incrimina, sin explicación razonable, sin motivación, que no está ratificada por elementos que la confirmen, no enerva el mérito de las pruebas reunidas por el Instructor y queda en pie el cargo; que en su afán exculpatorio, por la gravedad de su delito, llega al extremo de negar totalmente sus relaciones sexuales con Cirila Barreto Bernardo, posiblemente, en la creencia que esta vez también no concurriría al Tribunal como en anteriores veces; pero ante su presencia y confrontación en que le encara resuelta, serena y enérgicamente, no tuvo otro camino que aceptar; pero hay algo más: en su intento de desviar la verdad, buscando siempre eludir la grave responsabilidad que pesa sobre él, recurre al arma

innoble de sostener, lo que en ningún momento de la instrucción dijo, que había mantenido relaciones carnales con Paulina Avellaneda Clemente desde que tuvo doce o trece años, más no con Cirila; que este nuevo ardid ha caído de su base con la concurrencia de ambas al acto oral; que las consideraciones expuestas, la forma, momento y circunstancias en que murió Pedro Avellaneda Capcha, descartan totalmente la hipótesis del suicidio; que si bien el delito ha sido perpetrado con empleo como medio el veneno (folidol), previsto y penado por el artículo ciento cincuentidós del Código Penal que lo reprime con pena de muerte, en el caso actual hay que admitir como atenuante la embriaguez superficial de Bernardo Gutiérrez, pues, es evidente que en el momento del delito se encontraba ligeramente embriagado, conservando su lucidez mental, sin perder la conciencia de lo que realizaba y poder apreciar sus resultados, pues, de no haberlo estado así no habría atinado donde tenía guardado el pomo de folidol, distinguido cual de las tazas había preparado y destinado para su víctima, botado enseguida el pomo de folidol; que dicha embriaguez, aunque superficial, en un agente de la edad del encausado que hacía poco alcanzó su mayoría de edad tuvo incidencia en su estado de ánimo predisponiéndole al crimen; que también hay que tener en cuenta su condición de indígena procedente de nuestra serranía, de cultura rudimentaria, analfabeto que sólo sabe dibujar su firma y en el penal viene observando buena conducta como se aprecia de los certificados que ha presentado y, además, su carencia de antecedentes penales y judiciales según el boletín de fojas setentuna y certificados de fojas setentidós y setentitrés; que también son aplicables los artículos treintauno, cincuentiuno, sesentiséis, sesentisiete y ochentiuuno del Código citado; que estando votadas las cuestiones de hecho teniendo a la vista las conclusiones escritas del señor Fiscal y de la defensa que quedan agregadas a los autos y, separadamente, la pena apreciando los hechos y las pruebas con criterio de conciencia de conformidad con los artículos doscientos ochenta, doscientos ochentiuuno y doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales: **FALLARON** condenando a Fabián Bernardo Gutiérrez por delito de homicidio calificado en la persona de Pedro Avellaneda Capcha, a la pena de internamiento absolutamente indeterminado con un mínimum de veinticinco años que computado desde el diez de agosto de mil novecientos sesentiséis, vencerá en su extremo mínimo el nueve de agosto de mil novecientos noventiu-

no, con las accesorias de interdicción civil e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación que se establezca al concedérsele la libertad y cumplirá en la Colonia Penal de "El Sepa"; FIJARON en veinticinco mil soles la reparación civil que el sentenciado abonará a los herederos legales de la víctima; y MANDARON que ejecutoriada que sea esta sentencia, se inscriba donde corresponda, se saquen los testimonios de ley y se archive definitivamente este proceso, con noticia al Juez de la causa. S.S. Molina Guerra, Izaguirre Alzamora, Yrivarren Abeo.

Lima, siete de julio de mil novecientos setentiuño.

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes y CONSIDERANDO: que no obstante de que el artículo segundo del Código Penal establece que nadie puede ser condenado a pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada, el Tribunal Correccional ha impuesto al encausado la pena de internamiento con sujeción al artículo ciento cincuentidós del mismo Código; que conforme a este precepto, la pena que corresponde es la de muerte, salvo que no haya unanimidad en la votación, caso en que sí puede imponerse la de internamiento; que esta irregularidad, indudablemente, se explica por la falta de motivación expresa de las razones que ha tenido el juzgador para proceder así y permitiendo el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificar la pena para aplicar la que toca por su naturaleza o por las circunstancias de la comisión del delito, en aras de la economía procesal, no debe estimarse como causal de nulidad; que por la forma como está redactado el artículo ciento cincuentidós citado, el homicidio con veneno hace suponer que el medio empleado pone en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, aunque inicialmente la gravedad se infería del propósito de matar sobre seguro, con engaño, y sin posibilidades de ser descubierto el delito; que seguramente por estas razones se viene cambiando el texto de algunos códigos, como el artículo ochenta del Código argentino, para equiparar la figura indicada con el homicidio por insidia o para eliminar cualquier duda que pudiera surgir a través de una interpretación gramatical; que si bien el empleo del veneno revela un alto grado de peligrosidad, también en ocasiones demuestra cobardía, incertidumbre o debilidad de quien se propone a matar sin tener el

valor suficiente para emplear un arma y enfrentarse a su víctima; que en el caso de autos, el encausado preparó su delito y sólo después de un lapso considerable, en estado de relativa embriaguez, decide poner en ejecución su plan; que habiendo bebido licor todos los contertulios en la noche de los sucesos no es presumible que el homicida lo haya hecho por su parte para darse valor; pero sí es posible que haya aflorado en él la intención inicial que lo decidió a comprar el tóxico; que en las condiciones expuestas por su texto y espíritu, el artículo ciento cincuentidós del Código Penal; no es aplicable al caso de autos; y de conformidad con el artículo ciento cincuenta del mismo Código Penal y dada la gravedad que reviste el hecho incriminado. declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos tres, su fecha diecisiete de mayo del año en curso, en cuanto declara a Fabián Bernardo Gutiérrez autor del delito de homicidio calificado en agravio de Pedro Avellaneda Capcha; declararon: HABER NULIDAD en la parte que lo condena a la pena de internamiento absolutamente indeterminado con un mínimo de veinticinco años; con la obligación de abonar la suma de veinticinco mil soles oro, por concepto de reparación civil; **reformándola** en estos extremos lo condenaron a veinte años de penitenciaría la que con descuento de la carcelería sufrida vencerá el nueve de agosto de mil novecientos ochentiséis; con las accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil durante la condena y la posterior inhabilitación de tres años; y teniendo en cuenta que la suma fijada como reparación civil no guarda relación con la entidad del daño, la aumentaron a cincuenta mil soles oro, que el sentenciado abonará a favor de los herederos legales de la víctima; declararon: NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene; MANDARON tener presente por el Tribunal Correccional los primeros considerandos; y los devolvieron. S.S., Torres M., García S., Galindo, Nugent, Zaldivar.

Comentario

I. Introducción

La Ejecutoria Suprema materia del presente comentario, ha sido dictada cuando se encontraba vigente la Ley 10976, de 25 de marzo de 1949, que sancionaba con la pena de muerte al homicidio calificado previsto por los artículos 151 y 152 del Código Penal.

En la actualidad, el Decreto Ley N° 18968 de 21 de setiembre de 1971, ha sustituido la pena de muerte por la de internamiento, en los casos en que sean aplicables los artículos antes mencionados.

Dentro del gran número de resoluciones que expiden a diario nuestros Tribunales de Justicia, creemos que el análisis de la presente Ejecutoria Suprema tiene especial importancia debido a la particular interpretación que se hace de la ley penal y la influencia que esta resolución pueda tener en la solución de casos similares.

En efecto, debido a su carácter de fuente supletoria de Derecho, la jurisprudencia merece especial atención con el objeto de establecer cierta uniformidad en las resoluciones judiciales.

II. Análisis

Estimamos que la presente Ejecutoria Suprema puede ser analizada desde dos facetas:

A) Desde el punto de vista sustantivo, o sea, respecto de la tipificación del hecho delictuoso;

B) Desde el punto de vista procesal, esto es, sobre la aplicación de la pena.

A) Respecto del primer punto, cabe preguntarse ¿en qué figura típica debe comprenderse el delito que comentamos?

De la sentencia del Tribunal Correccional puede apreciarse que el procesado, aprovechando de la confianza que le había brindado el agraviado, quien lo cobijó en su casa, lo envenenó con el objeto de continuar pacíficamente las relaciones maritales que mantenía con la esposa de su víctima.

El homicida utilizó, para consumar su execrable delito, una sustancia tóxica (folidol) que había comprado días antes de los sucesos. Asimismo, aprovechó de la realización de una fiesta familiar para preparar una poción en un vaso, mezclando el veneno con licor y entregárselo al agraviado, quien falleció luego de ingerirla.

La sentencia de la Corte Superior tipifica el hecho como homicidio calificado, previsto en el artículo 152 del Código Penal. La Ejecutoria Suprema considera que se trata de un homicidio simple, sancionado por el artículo 150 del Código Penal. Cabe preguntarse entonces ¿cuál es la razón de esta discrepancia?

Pues bien, la sentencia del Tribunal Correccional se sustenta en el hecho de que el medio empleado por la comisión del delito es el veneno, por lo cual el hecho está encuadrado en lo dispuesto por el artículo 152 del Código Penal. De otro lado, la Ejecutoria Suprema considera que “por la forma en que está redactado el artículo 152 antes citado el homicidio con veneno hace suponer que el medio empleado pone en peligro la vida o la salud de un gran número de personas”. Se afirma, además, que inicialmente la gravedad del homicidio por veneno radicaba en el hecho de matar sin peligro de ser descubierto, y que actualmente está modificándose la estructura de los Códigos para eliminar la duda que pudiera surgir de una interpretación gramatical.

Nos permitimos discrepar con la resolución dictada por el más alto Tribunal de Justicia de nuestro país, y consideramos que la figura materia de las resoluciones comentadas es del homicidio agravado, por los siguientes fundamentos:

1. Del texto del artículo 152 del Código Penal no se desprende que para que el homicidio sea calificado, el veneno tenga que poner en peligro la vida o salud de un gran número de personas. Si analizamos gramaticalmente dicho numeral obtenemos lo siguiente: “Se impondrá pena de muerte al que matare (a) por ferocidad o por lucro, (b) o para facilitar u ocultar otro delito, (c) o con gran crueldad, (d) o con perfidia, e) o por veneno, f) o por fuego, explosión u otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de un gran número de personas”.

En consecuencia, la condición de que se ponga en peligro la vida o salud de un gran número de personas sólo se refiere al fuego, explosión u otro medio similar. Debe notarse que cada frase va separada de la siguiente por una letra “o” y un signo de puntuación “,” (coma). Antes y después de la frase “o por veneno” existe una coma, lo cual nos permite concluir en que es una frase independiente. Por lo tanto, la interpretación gramatical del artículo 152 del Código Penal no exige que, para que el homicidio cometido por veneno sea calificado, deba reunir ningún otro requisito.

2. Al homicidio por veneno es considerado por la doctrina como homicidio calificado, no por el hecho de que exista dificultad de comprobar los hechos, ni porque asegure la impunidad del delito. La razón fundamental de la agravante radica que el autor obra so-

bre seguro, sin que la víctima pueda defenderse, de manera oculta, y —generalmente— aprovechando de la confianza de la víctima. Por eso Soler afirma “. . . a medida de que los progresos de la química van quitando a este medio el odioso carácter de maniobra impune, aparece nítida la razón actual de la agravante: ésta no reside ya en una particular cualidad de las sustancias misma sino en que, dadas las características de ese medio, el homicidio cometido por veneno, resulta alevoso y premeditado”. La doctrina actual, pues, considera que la agravante radica en la forma dolosa y oculta como se utiliza el veneno.

3. El artículo 80º del Código argentino, que se cita en la Ejecutoria Suprema comentada, se refiere al homicidio por veneno y se interpreta en el sentido de que la agravante radica en el hecho de utilizar el veneno en forma oculta, con una víctima desprevenida y con supresión de riesgo. Este es el caso del hecho delictuoso juzgado en las resoluciones que comentamos. Por consiguiente, en la legislación comparada tampoco se considera que para que se configure la agravante deba ponerse en peligro la vida o salud de gran número de personas.

De otro lado, las resoluciones comentadas no han tomado en consideración otra circunstancia agravante: la perfidia. Independientemente, de que este homicidio por veneno sea agravado, consideramos que el caso analizado también se agrava por la perfidia del agente activo del hecho delictuoso. En efecto, el homicida faltó además a los sentimientos de lealtad que debía a su víctima. El agraviado no sólo dio habitación y sustento a su agresor, sino que también le dio un trato familiar. El procesado faltó a la lealtad debida, pues tuvo trato sexual con la esposa de su protector y luego le dio muerte para continuar en forma pacífica sus relaciones amorosas. Este hecho revela, por lo tanto, gran peligrosidad y encuadra perfectamente en la figura contemplada en el artículo 152 del Código Penal. Sin embargo, las resoluciones comentadas no repararon en esta circunstancia agravante y la Ejecutoria Suprema se limitó afirmar que el homicidio por veneno, en las condiciones expuestas, no es calificado, sino homicidio simple.

Finalmente, en el proceso materia de juzgamiento parece haber existido otra circunstancia de calificación, esto es, que fue perpetrado “para facilitar u ocultar otro delito”. Efectivamente, de la simple lectura de la sentencia del Tribunal Correccional podemos apreciar que el sujeto activo del delito mantenía relaciones sexuales con la esposa del agraviado y que éste desconocía la existencia de tales relaciones. Además, la referida resolución estima que el móvil del crimen pudo ser la continuación pacífica de estas relaciones extramatrimoniales. Por lo tanto, las resoluciones comentadas debieron analizar si el homicidio fue cometido para facilitar u ocultar el adulterio y, en caso de haberse probado este hecho, debió considerarse esta agravante para la tipificación del hecho delictuoso.

B) En lo relativo al **aspecto procesal**, o sea, a la aplicación de la pena de internamiento en sustitución de la pena de muerte, la Ejecutoria Suprema establece la posición correcta.

En efecto, el artículo 152 señala para este delito una sola pena: la de muerte. De otro lado, el artículo 2º del mismo Código establece que “Nadie será condenado a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada”. En consecuencia, la pena aplicable debió ser la señalada en el numeral antes citado.

Sin embargo, para la aplicación de la pena de muerte se requiere que haya unanimidad en la votación, como lo dispone el artículo 5º de la ley 12341. Sólo en caso de no existir unanimidad, la pena aplicable es la de internamiento.

La sentencia del Tribunal Correccional tipifica el hecho como homicidio calificado y, sin precisar que no hubo unanimidad en la votación, condena al procesado a la pena de internamiento.

Esta causal de nulidad es subsanada, con mucho acierto, por la Corte Suprema, la misma que aplica la pena adecuada (según su criterio) por razones de economía procesal y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales.

Luis Alfredo Castro Grande