



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Reacciones frente a una sentencia del Tribunal Constitucional sobre un tema civil “duro” que aparece “derrotado” por el particularismo y la ponderación

Reactions to a Constitutional Court Ruling on a ‘Difficult’ Civil Matter, Apparently ‘Defeated’ by Particularism and Deliberation

Moisés Arata Solís*

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

1. Breve reseña de lo resuelto. — 2. El caso en su frondosidad y complejidad. —
3. Las reacciones y los temas debatibles. — 4. Nota conclusiva e invitación. —
5. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El autor considera que la sentencia del Tribunal Constitucional ha resuelto en favor de la derrotabilidad de una norma civil vinculada a garantizar las transferencias gratuitas de bienes inmuebles, en la medida que asume —bajo una óptica particularista y sin rigor ponderativo— que la formalidad de la donación constituye un límite inconstitucional a la autonomía patrimonial; aseveración que, por el contrario, vendría a socavar un aspecto nuclear en la protección de las transferencias en el derecho civil.

ABSTRACT

The author argues that the Constitutional Court’s ruling endorsed the defeatability of a civil law provision concerning the guarantee of free transfers of immovable property. The Court’s reasoning, grounded in a particularistic perspective and lacking rigorous consideration, assumes that the formality of donations constitutes an unconstitutional restriction on patrimonial autonomy. On the contrary, this assertion undermines a fundamental aspect of the legal protection afforded to transfers under civil law.

* Profesor de Derechos Reales y de Derecho Registral en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad de San Martín de Porres. Socio del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados. ORCID: 0000-0003-3472-1159.



Palabras clave: Consensualismo, donación, formalidad escrituraria, función notarial, ponderación

Fundamento legal: Arts. 1625 del CC; 16, 107 del D. Leg. N.º 1049



Keywords: *Consensus, donation, formal deed, notarial function, consideration*

Recibido: 16-09-25

Aprobado: 17-09-25

Publicado en línea: 01-10-25

1. Breve reseña de lo resuelto

Se me ha pedido presentar este especial sobre la reciente sentencia N.º 633/2025, expedida el 6 de junio del año en curso por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en el proceso constitucional de amparo seguido por Diana de los Ángeles Abanto García tanto contra algunos magistrados del TC, como contra los jueces integrantes de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de que se deje sin efecto: i) la sentencia interlocutoria del TC que declaró improcedente su recurso de agravio constitucional en un anterior proceso de amparo; y ii) la Casación N.º 3793-2013-Cajamarca, que declaró fundado un recurso de casación interpuesto en un proceso de nulidad de una donación contenida en una minuta, nula la sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda sobre nulidad de dicho acto jurídico.

La sentencia en mención, finalmente, declara improcedente la primera pretensión y fundada la segunda, disponiendo que la Sala Civil Permanente

de la Corte Suprema de Justicia de la República emita una nueva resolución respetando los derechos a la libertad de contratar, a la autonomía de la voluntad y a la propiedad, conforme a los fundamentos expuestos en ella, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos mencionados.

El fundamento 39 que condensa los argumentos que sustentan la decisión del TC y que motiva las reacciones, mayoritariamente, adversas es el siguiente:

[L]a formalidad requerida en el artículo 1625 del Código Civil ha sido pensada para aquellos supuestos en los que resulta posible el agotamiento de este acto solemne (escritura pública), de lo contrario esta última se convertiría en una imposición abusiva del legislador, que terminaría siendo un límite inconstitucional a la libre autonomía de la voluntad y a su ejercicio en el ámbito de la propiedad privada.

2. El caso en su frondosidad y complejidad

La historia, de seguro, será expuesta con detalles por los especialistas convocados para este especial, solo diré

brevemente —con datos de este proceso y de otras fuentes¹— que, del material disponible, se desprende lo siguiente:

- i) El 4 de enero del 2010, el señor José Aquiles Sánchez Valera (en adelante, Sr. Sánchez) otorgó una minuta de donación de un inmueble ubicado en el jr. José Sabogal N.º 898 (Cajamarca), a favor de Diana de los Ángeles y sus hermanos, menores de edad, Rosa Emperatriz, José Alberto y Yuleisy Ysamar, estos últimos representados por sus padres José Santos Abanto Leiva y Felicita García Sánchez.
- ii) El donante, según testigos que declararon en un proceso distinto, “presentaba un temblor en las manos que le impedía coger el lapicero con firmeza, por tal motivo solo estampó su huella digital”. Dada dicha imposibilidad, la minuta fue suscrita por dos “testigos a ruego” y, el notario, presente en dicho acto, certificó las firmas y dejó constancia de la colocación de la huella digital².

1 Se sugiere al lector interesado revisar la interesante entrevista sobre la sentencia del TC realizada por Diego Pesantes al profesor Leysser LEÓN HILARIO (2025), en la que figuran los enlaces que permiten acceder a la información de los procesos de los que doy cuenta, información que hay que agradecerse a Pesantes, que sigue mostrándonos una gran acuciosidad en la búsqueda de la jurisprudencia que pone en evidencia hechos que, en muchos casos, acallan las narrativas más elaboradas. Recuperado el 14 de setiembre del 2025.

2 Conforme al artículo 107 del Decreto Legislativo del Notariado (D. Leg. N.º 1049): “Si alguno de los otorgantes del documento no

Importante

[S]i bien el consensualismo se convierte en la regla en un mundo en donde las operaciones de cambio son propiamente operaciones de intercambio, los supuestos que no corresponden a esa lógica económica se convirtieron en la excepción. Uno de esos supuestos es la donación.

- iii) Según su historia clínica, presentada en el proceso de nulidad de acto jurídico, el día 6 de enero del 2010, el Sr. Sánchez fue ingresado al Hospital Regional de Cajamarca, donde falleció el día 15 de ese mismo mes.
- iv) El Sr. Sánchez habría fallecido intestado y, al no tener descendientes, ascendientes, cónyuge o conviviente, fueron declarados como sus herederos legales los señores Oscar Raúl, Jaime Antonio y Ruth Carolina Soto Burgos. No tenemos información sobre el grado de parentesco de estas personas con respecto al causante, lo importante es que se encuentran acreditados como tales.
- v) Específicamente, sobre la donación que motiva la sentencia del TC comentada, se tiene información de la existencia de los siguientes procesos:

sabe o no puede firmar, lo hará una persona llevada por él a su ruego; en este caso el notario exigirá, de ser posible, la impresión de la huella digital de aquél, certificando la firma de la persona y dejando constancia, en su caso, de la impresión de la huella digital”.

(a) **Proceso de nulidad de la donación y de la minuta que la contiene, más pretensión accesoria de reivindicación.**

Iniciado por los herederos legales del Sr. Sánchez contra los donatarios en el que —hasta la fecha— se han emitido las siguientes sentencias: (i) sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda en el extremo referido a la nulidad de la donación y la minuta que lo contiene por la causal de inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (inc. 6 del art. 219 del CC), e infundada la pretensión de reivindicación por haber sido planteada de manera accesoria, siendo su naturaleza la de una pretensión principal; (ii) sentencia de segunda instancia que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que declaraba fundada la demanda, la misma que declararon infundada y confirmó la desestimación de la reivindicación, señalando dentro de sus fundamentos que “la formalidad solo puede tener sentido si los celebrantes del acto jurídico contaron con tiempo suficiente que haga posible el acatamiento de ella o no se encontraron en posición adversa para cumplirla, pues, de no pensarse de ese modo, la formalidad prevista

se tornaría en un frío y perturbador elemento que incluso convertiría en irrita la propia manifestación de voluntad”; (iii) la sentencia casatoria de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que declaró fundado el recurso de casación de la parte demandante y, actuando en sede de instancia, declaró fundada la demanda de nulidad de acto jurídico.

(b) **Primer proceso de amparo contra lo resuelto por la Corte Suprema de la República en el proceso de nulidad referido en el literal (a).**

Iniciado por los donatarios contra los magistrados de la Corte Suprema que resolvieron el recurso de casación mencionado en el proceso anterior y fundado en el hecho de haberse violado su derecho a “la tutela procesal efectiva y al debido proceso en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”. Respecto de dicho proceso solo se tiene información de las siguientes sentencias: (i) sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima que declaró improcedente la demanda; y (ii) sentencia interlocutoria del TC que declara improcedente el recurso de agravio constitucional “porque la cuestión

de Derecho contenida en el recurso carece de especial trascendencia constitucional”.

- (c) **Segundo proceso de amparo contra lo resuelto por el TC en la sentencia interlocutoria y la Corte Suprema de la República en el proceso de nulidad referido en el literal (a).** Iniciado por los donatarios contra los magistrados de la Corte Suprema que resolvieron el recurso de casación en el proceso de nulidad de la donación con las pretensiones indicadas al inicio del presente artículo, señalando que, sea que se realice o no un control de convencionalidad de la sentencia interlocutoria del TC con la que se resolvió el primer amparo, se debe emitir un “nuevo pronunciamiento sobre el control constitucional de la Sentencia Casatoria N.º 3793-2013-Cajamarca – nulidad de acto jurídico en materia de donación, de fecha 11 de setiembre del 2014, por violar derechos de relevancia constitucional”; solicitando, finalmente, que “se emita nuevo pronunciamiento de fondo, para lo cual, hace mención a los fundamentos de hecho en los que deberían sustentarse el nuevo pronunciamiento, centrándose en las circunstancias acaecidas entre las fecha 4 de

enero (en que se suscribe contrato privado de donación) y, 6 de enero (el donante enferma) y 15 de enero del 2010 (donante fallece), principalmente, lo que le habría impedido otorgar el bien mediante donación con las formalidades exigidas para la transferencia de bienes inmuebles”. Las sentencias expedidas son las siguientes: i) sentencia de primera instancia que declara improcedente la demanda, afirmando entre sus fundamentos que “la acción constitucional de amparo no constituye un medio impugnatorio o una instancia más para continuar revisando la decisión que es de exclusiva competencia ordinaria”; ii) sentencia de segunda instancia que confirma la de primera instancia; y iii) sentencia del TC —motivo de este especial— que, resolviendo el recurso de agravio constitucional, declaró improcedente el pedido para dejar sin efecto la sentencia interlocutoria del TC emitida en el primer proceso de amparo, por considerar que no es este un supuesto de “amparo contra amparo”, tanto porque en el anterior proceso no hubo un pronunciamiento de fondo como porque “existe una diferencia sustancial entre el proceso constitucional primigenio y

el actual, toda vez que mientras en el proceso de amparo del Expediente 01794-2017-PA/TC se reclamó por una supuesta vulneración a la tutela procesal efectiva y el debido proceso en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en el actual proceso constitucional se reclama en específico por la tutela de la libertad contractual y el derecho de propiedad”; y, a su vez, fundada la pretensión para revisar la sentencia casatoria que había puesto fin al proceso de nulidad de la donación, “al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad de contratar, a la autonomía de la voluntad y a la propiedad”.

- (d) **Proceso de otorgamiento de escritura pública.** Iniciado por los donatarios y respecto al cual la única referencia que se tiene es la que aparece en la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de nulidad de la donación, en la que se señala que los demandantes se enteraron de la existencia de la donación a raíz de dicho proceso. No se tiene más información sobre el curso de este.
- vi) La información disponible, que probablemente los magistrados del TC no tuvieron a la vista, pone

en evidencia que el conflicto entre las partes es más amplio, lo que pudiera darnos una mirada distinta de lo debatido en el proceso de amparo que concluyó con la sentencia del TC objeto de este especial. En efecto, el mismo día 4 de enero del 2010, en que se firmó la minuta de donación a la que nos hemos venido refiriendo, el Sr. Sánchez firmó, en calidad de vendedor, una minuta de compraventa de otro inmueble, el ubicado en el jr. José Sabogal 836 (Cajamarca), con una extensión superficial de 1 077.50 m², a favor de los señores José Santos Abanto Leiva y Felicita García Sánchez, es decir, los padres de los donatarios. El precio pactado y, según la minuta, pagado fue el de US\$ 100 000, aunque no se da cuenta del uso de medio de pago alguno. Al igual que la donación, solo se otorgó minuta con huella digital del vendedor y firma a ruego de dos testigos, certificadas por notario. Dicha minuta ha dado lugar a dos procesos:

- (i) **Proceso de otorgamiento de escritura pública.** Iniciado por los compradores, en el que en primera instancia se declaró fundada la demanda, en segunda instancia se confirmó la de primera instancia y, finalmente, la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación interpuesto.

En dicho proceso los demandados cuestionaron la capacidad económica de los demandantes para poder pagar el precio pactado y el hecho de que, por su estado de salud, el vendedor haya podido recibir el precio pactado. Pero el tema se resolvió considerando básicamente lo señalado en la sentencia de primera instancia, en el sentido de que “ambos testigos acreditan que el vendedor no firmó dicha escritura pública pero que sí estampó su huella digital quedando debidamente probada la manifestación de voluntad del transferente; sin perjuicio que los argumentos vertidos por la parte demandada, como la falta de capacidad económica de los demandantes para adquirir el bien, entre otras, necesariamente tiende a cuestionar, como se dijo, la validez del acto jurídico de compraventa y ello necesariamente debe hacerse valer vía acción en un proceso principal, conforme lo ha hecho en el expediente N.º 668-2010, sobre nulidad de acto jurídico, seguido por los demandados en este proceso, contra los demandantes de este proceso”.

- (ii) **Proceso de nulidad de la compraventa.** Iniciado por los herederos legales del Sr. Sánchez, en el que en primera

instancia se declaró infundada la demanda, la Corte Superior confirmó dicha sentencia y la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación.

No se ha tenido acceso a las sentencias de primera y segunda instancia, pero en la sentencia de la Corte Suprema se señala lo que parece haber sido una constante en ambos procesos, es decir, calificar la intervención del notario como aseguradora de la libre determinación y expresión de la voluntad del vendedor. En efecto, se señala en dicha sentencia que “la manifestación de voluntad del antes citado causante para vender el bien ha sido declarado mediante su huella digital la cual alcanza plena validez por cuanto se realizó como una forma de manifestación de la voluntad que la ley ampara —a través de signos— más aún si se efectuó en un documento privado como lo es la minuta de fecha cuatro de enero de dos mil diez acto que alcanzó firmeza al celebrarse la misma ante un notario con la presencia de dos testigos consiguientemente no se ha vulnerado el debido proceso así como tampoco el derecho a probar o actuar pruebas como mal alega la impugnante”.

3. Las reacciones y los temas debatibles

Las reacciones frente a la sentencia del TC, objeto de este especial, han sido, mayoritariamente, de crítica y rechazo a lo que se califica como una indebida incursión en temas civiles que deben mantenerse en la esfera de la justicia ordinaria. Me referiré en lo que sigue, desde una perspectiva general, solo a algunos temas implicados en dicha sentencia que causan preocupación, pero que a mi entender debiéramos abordar con calma, conscientes de la resiliencia del milenarismo derecho civil frente a esta nueva tormenta causada desde el vértice constitucional.

Importante

Que un notario certifique firmas en un documento privado, solo significa que dicho documento ha sido suscrito en su presencia o que le consta de modo indubitable la autenticidad de la firma. No existe ninguna comprobación adicional: solo le consta que él o los otorgantes son quienes suscribieron el documento.

i) **La formalidad de la escritura pública para las donaciones inmobiliarias como bastión que resistió al consensualismo y que hoy sirve de punto de apoyo para la racionalidad del formalismo contemporáneo**

Decir, como lo hace el TC, que “la formalidad requerida en el artículo 1625 del Código Civil ha sido pensa-

da para aquellos supuestos en los que resulta posible el agotamiento de este acto solemne (escritura pública), de lo contrario esta última se convertiría en una imposición abusiva del legislador, que terminaría siendo un límite inconstitucional a la libre autonomía de la voluntad y a su ejercicio en el ámbito de la propiedad privada” (f. j. n.º 39), supone socavar una categoría “dura” del derecho civil: las formalidades esenciales están para cumplirse, como dice la ley, “bajo sanción de nulidad”. No se considera que la libertad de contratar ni la autonomía privada —que, desde una concepción más general, la soporta y que, por cierto, tienen su fundamento final, para los negocios patrimoniales, en la libre iniciativa privada que la Constitución consagra en su artículo 58, y para los negocios extrapatrimoniales, en el derecho a la libre determinación de las personas que se deduce de diversos artículos de nuestra Constitución como los artículos 1 y 2— sean incompatibles con la exigencia impuesta por el legislador y, también, por las partes, para que en ciertos negocios —en protección de uno o ambos contratantes e, incluso, de terceros— se observe como requisito de validez determinada formalidad que se vuelve la única forma admitida de manifestar voluntad válidamente, es decir, el negocio no existe si antes no se satisface la formalidad exigida.

El mundo moderno impuso como regla el consensualismo, que venció al ritualismo propio del mundo antiguo. La economía de libre mercado necesi-

taba acelerar el intercambio de bienes y servicios, por lo que era necesario que los agentes económicos no tuvieran ataduras, rituales ni los costos implicados en ellas para desenvolverse en el mercado. La idea fuerza era que entre sujetos libres y jurídicamente iguales la concertación de voluntades no necesitaba de engorrosas solemnidades. Cada quien, en la persecución de su propio beneficio, sabría cómo cuidarse; se suponía que ambos habían calculado racionalmente las bondades del negocio y se esperaba que el cumplimiento espontáneo fuera el resultado no de la solemnidad en el empeño de la palabra, sino de la frialdad del cálculo previo. Sin embargo, si bien el consensualismo se convierte en la regla en un mundo en donde las operaciones de cambio son propiamente operaciones de intercambio, los supuestos que no corresponden a esa lógica económica se convirtieron en la excepción. Uno de esos supuestos es la donación, porque “aun cuando las gratuidades pueden obedecer a impulsos morales o religiosos o a impulsos sociales, que pueden resultar plausibles, no son actos genuinamente económicos, lo que explica el disfavor con el que el ordenamiento contempla, en muchas ocasiones, las donaciones, como ocurre cuando limita los bienes que se pueden donar [...], exige una capacidad especial para realizar donaciones o impone a las mismas especiales requisitos de forma [...]” (DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 57).

En la donación hay un contratante que realiza un acto inusual para

la realidad económica: no pide nada a cambio (al menos nada jurídicamente equivalente). Por ello, cuando se trata de un inmueble, la ley (art. 1625 del CC) exige interrogarlo dos veces sobre su voluntad de otorgar dicha liberalidad en favor de otro: cuando firma la minuta y cuando firma la escritura pública. Fuera de ello queda la necesidad de dejar huella del acto, tanto para proteger a la propia parte beneficiaria —pues, al no existir un sacrificio económico como contrapartida, le resultaría difícil probar el origen del incremento patrimonial— como a terceros, por ejemplo los acreedores, que podrían ver defraudados sus derechos; y también a los herederos, independientemente de si son forzosos o no, porque les interesa verificar cuál es la masa hereditaria que les corresponde y, por consiguiente, inquirir cómo es que salió algo del patrimonio del causante sin la usual conmutatividad que acompaña a las operaciones de cambio.

El formalismo contemporáneo se apoya en estas ideas de protección implícitas en las exigencias formales de la donación “para imponer ciertas formalidades que no son esenciales para la formación del contrato, pero que tienen como propósito garantizar su eficacia. Así la forma se ha convertido en el instrumento más eficaz para proteger el consentimiento de las partes. En un entorno en el cual los contratantes corren el riesgo de celebrar contratos a la ligera, en ocasiones incluso sin conocer a la otra parte, el formalismo en la etapa de formación del contrato permite

ayudarle a la parte considerada ‘débil’ a esclarecer su voluntad y protegerla de contratos abusivos y desequilibrados [...] un nuevo formalismo utilitario al servicio de la voluntad” (FORTICH, 2018, p. 57). Piénsese, por ejemplo, en la normativa de protección al consumidor, en muchos casos el deber de información del proveedor es tan exigente y complejo que no tiene otra alternativa que dejar constancia escrita, material o digital, de haber proveído de toda esa información al consumidor antes de tomar la decisión de adquirir un bien o servicio.

La lectura de la sentencia del TC evidencia un rancio consensualismo que quizás, en el propio siglo XIX, el más conspicuo defensor del mismo no se hubiera atrevido a sostener. Se dice, entre sus argumentos, que “en tanto el donador fue internado de emergencia debido a dificultades respiratorias, no termina siendo su responsabilidad el incumplimiento de la misma [se refiere a la formalidad escrituraria]. Y, habiéndose verificado que no existe duda en relación a la intención de donar, es decir —en términos constitucionales— que se estaba ejerciendo de manera legítima el derecho a la libre autonomía de la libertad y el derecho a la propiedad” (f. j. n.º 32). Me pregunto: si la ley da al donante (no “donador” como se dice con desconocimiento de terminología civil elemental) dos oportunidades para afirmar su voluntad de donar, para protegerlo a él mismo de una eventual imprudencia o para que pueda reaccionar frente a una nunca descartable —menos

en las circunstancias fácticas que hemos relatado— captación de su voluntad, y solo ocurrió el primer momento (la firma de la minuta), ¿cómo puede tener el TC la certeza de que la respuesta en la segunda oportunidad también hubiera sido: “sí, sí quiero donar”? La respuesta parece estar en el intento de fusionar los dos momentos en uno solo y hacer innecesario el segundo momento que ya no pudo ocurrir sobre la base de afirmar que “la celebración de la minuta de donación fue realizada ante notario público que presenció y dio fe de que el acto jurídico que se estaba ejecutando cumplía con todos los requisitos establecidos por ley. Entiéndase, manifestación de la voluntad, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible, etc.” (f. j. n.º 28). Y como colofón se agrega que “la seguridad jurídica tampoco se ha visto afectada, pues la minuta se ha realizado con la presencia no solo de testigos a ruego, sino también de notario público, el que ha verificado la plena validez del acto jurídico” (f. j. n.º 35). Estos fundamentos revelan un grave desconocimiento de la función notarial. Que un notario certifique firmas en un documento privado, de acuerdo con el artículo 106 del Decreto Legislativo del Notariado (D. Leg. N.º 1049), solo significa que dicho documento ha sido suscrito en su presencia o que le consta de modo indubitable la autenticidad de la firma, verificando en ambos casos la identidad de los firmantes, bajo responsabilidad. No existe ninguna comprobación adicional: solo le consta que él o

los otorgantes son quienes suscribieron el documento o, si fueren analfabetos o estuvieran impedidos de firmar, que el testigo, llevado a su ruego, firmó el documento junto con el hecho de haberse consignado la huella digital del otorgante. La comprobación de la plena validez que el TC le atribuye en este caso al notario solo ocurre en los documentos protocolares (así llamados porque los originales se conservan en la notaría), en los que le corresponde dar fe “de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes” (lit. h del art. 54 del D. Leg. N.º 1049).

¿No hubiera sido mejor, en aplicación de las reglas de la experiencia, preguntarse por el extraño papel que en este caso desempeñó el notario? Porque, si pudieron llevarlo hasta el domicilio del otorgante, ¿no era más simple que, en el mismo día o dentro de las 24 horas como máximo, se pudiera otorgar la escritura pública? ¿No será acaso que el notario no quiso comprometerse más allá de una certificación de firma?

ii) **El particularismo como sustento para “derrotar” a una norma legal y sus consecuencias para el sistema de solución de conflictos**

En reiteradas oportunidades, la sentencia del TC comentada se refiere a las circunstancias concretas del caso como justificativas del no cumplimiento de la formalidad escrituraria establecida por nuestra ley como requisito esencial para la validez de toda donación inmobiliaria. Se dice, por ejemplo, que

“en las presentes circunstancias resulta ilógico someter a esta obligación a las partes, pues no tenían la posibilidad de elevar a escritura pública el contrato de donación, ya que el donante, a menos de 48 horas de firmada la minuta, ingresó a un centro médico del que no logró salir con vida” (f. j. n.º 33); o que este incumplimiento ocurrió “no por impericia, irresponsabilidad, falta de diligencia o cualquier otra circunstancia que sea imputable a las partes contractuales, sino por un hecho fortuito que les impidió cumplir con la formalidad” (f. j. n.º 37).

El particularismo puede ser definido como “una concepción filosófica que afirma que en el dominio práctico las grandes construcciones teóricas, generalistas, universalistas y abstractas son falibles porque todo o casi todo depende de las circunstancias concretas del caso particular” (LUQUE, 2015, p. 11).

El TC pretende justificar el amparo de la pretensión de los donatarios (que, por cierto, no son tales porque no existe donación inmobiliaria allí donde no hay escritura) en las circunstancias acotadas solo al caso concreto, de forma tal que la “solución”, a nuestro entender “retorcida”, se ofrece a las partes y al público en general como una solución *ad hoc*. No participamos de dicha concepción: entendemos que el derecho, en su eterna función de decidir conflictos que se masifican en el día a día de nuestras sociedades, necesita hacer un uso razonable de las categorías jurídicas de forma acorde con la función que las mismas están

llamadas a cumplir: agrupar o clasificar supuestos de hecho para aplicarles una solución predecible, respetuosa del principio de igualdad (a hechos similares, la misma decisión) y de las competencias asignadas a la justicia ordinaria.

Esta “derrota circunstanciada” de la norma solo parece única y casi irrepetible, pero lo cierto es que, después de un proceso civil de nulidad de acto jurídico y de dos procesos de amparo buscando nulificar lo resuelto por la Corte Suprema de la República en el proceso civil, la sentencia comentada parece enviar un inaceptable mensaje a la sociedad: “el que la sigue la consigue”, no dejes de litigar, nada es definitivo, ni siquiera la cosa juzgada, siempre en el camino podrás encontrar un magistrado adepto a tu tesis y revertir lo que parecía no tener el más mínimo amparo en la ley. Nos preguntamos: ¿caso en el futuro no podrá decir alguien que el hecho de que un pretendido donante de un bien inmueble, quien justo cuando cruzaba la calzada para asistir a una notaría fue atropellado por un vehículo y murió, torna inexigible la formalidad escrituraria?

Nosotros sostenemos firmemente que en materia de interpretación del derecho no existe “interpretación correcta”. Siempre en la experiencia jurídica es posible encontrar más de una interpretación razonable de la norma, respaldadas unas y otras por la doctrina y la jurisprudencia. Corresponde al operador la tarea de buscar, crear consenso sobre la

interpretación que considera más útil para el aquí y ahora de los conflictos sociales de su comunidad interpretativa. Son esas posiciones que generan consenso las que logran imponerse como la interpretación prevalente. Sin embargo, no coincidimos en lo absoluto —porque no contribuye a la pacificación social— con llegar a la derrotabilidad de la norma de forma tal que nada sea cierto ni predecible para la tarea eterna del derecho de decidir conflictos en una sociedad cada día más controvertida, porque bajo ese contexto toda pretensión puede ser amparada, basta tener la tenacidad para mantener vivo el conflicto hasta llegar a la oportunidad en que la autoridad de turno acoja la misma.

Importante

El TC pretende justificar el amparo de la pretensión de los donatarios (que, por cierto, no son tales porque no existe donación inmobiliaria allí donde no hay escritura) en las circunstancias acotadas solo al caso concreto, de forma tal que la “solución”, a nuestro entender “retorcida”, se ofrece a las partes y al público en general como una solución *ad hoc*.

iii) La ponderación o proporcionalidad como sustento para no aplicar reglas de configuración

Señala la sentencia del TC que “la judicatura constitucional tiene competencia para evaluar los déficits en los que incurre una resolución judicial que vulnera derechos fundamentales,

cuando se ha considerado la aplicación de un derecho fundamental al resolver una cuestión regulada por el derecho ordinario; por haber comprendido (o dejado de comprender) posiciones iusfundamentales que forman parte del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental o, en fin, cuando la resolución del caso legal concreto adolece de *deficiencias en la aplicación del principio de proporcionalidad o la ponderación*” (f. j. n.º 24).

Refiriéndose al caso concreto, se señala que “no es constitucionalmente admisible que, dada la imposibilidad física de las partes de realizar este llamado ‘acto solemne’, se privilegie la seguridad jurídica o evitar la presencia de donaciones de carácter inoficioso, sobre los derechos a la libertad contractual y a la propiedad” (f. j. n.º 38).

A manera de conclusión sobre lo argumentado a lo largo de la sentencia el TC señala:

En resumidas cuentas y para que un requisito puramente formal limite derechos fundamentales y se repunte dicha limitación como constitucionalmente admisible, debe hacerse teniendo en cuenta los *principios de proporcionalidad y razonabilidad*. De esta forma, los jueces no pueden obviar este análisis al momento de resolver sobre cada caso en concreto, donde siempre deberán tener en cuenta las circunstancias particulares de los mismos, siendo dicho proceder la única forma de alcanzar verdadera justicia. Así descritas las cosas y por lo que respecta al caso de autos, no es constitucionalmente admisible exigir este

requisito a quien —habiendo cumplido con expresar su voluntad— le es imposible realizar una última formalidad. (f. j. n.º 40)

La ponderación es una técnica que, ante la posibilidad de que los derechos fundamentales sean limitados, tiene el objetivo de perseguir que el contenido de los mismos sea optimizado al máximo posible. Pero sucede que “el ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario” (BERNAL PULIDO, 2010, p. 45), lo que determina la necesidad de contrastar el principio cuya mayor medida posible se quiere alcanzar “con esos principios que dan fundamento a las reglas que juegan en contrario” (BERNAL PULIDO, 2010, p. 45).

Con simpleza y claridad se sostiene que la proporcionalidad es “una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos [los derechos fundamentales] de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida que sea posible” (Carbonell en la presentación de BERNAL PULIDO, 2010, p. 10).

En términos como los expuestos, existen diversos conflictos entre el honor y la libertad de expresión o entre la libertad de trabajo y el derecho a la salud que pueden ser considerados paradigmáticos de las bondades del método mencionado. Sin embargo, en el caso concreto analizado, lo que vemos no

son unos derechos fundamentales (la libertad de contratar y el derecho de propiedad) confrontándose con otros derechos fundamentales, sino con sus propias exigencias configuradoras desarrolladas en el bloque de legalidad, que llevan al TC a concluir que los requisitos legales configuradores o habilitadores de su ejercicio, en el caso concreto, no deben ser exigidos.

Definitivamente, no podemos dejar de coincidir en que el uso de la ponderación o racionalidad ha devenido en peligroso; quizás no por los buenos propósitos de quienes propugnan el uso racional de la herramienta, sino por la impericia o, incluso, la audacia del operario que introduce incertidumbre y arbitrariedad en lo que, en nombre de su uso, resuelve. Nos parece fundada la queja de Juan Antonio García Amado, quien afirma que la “necesidad perentoria de comenzar la casa por los cimientos y de retornar a una sólida teoría de las normas proviene del hecho de que la invocación de los principios, y en especial los principios constitucionales, ha sido la clave de unas doctrinas y unas prácticas judiciales que [...] han propugnado que lo más alto de las normas de cualquier sistema jurídico está constituido por unas que se llaman principios y cuya fuerza es tal, que pueden derrotar a cuantas normas constitucionales o de la legislación común se les pongan por delante, siempre previo paso por otra más que misteriosa operación que se llama ponderación” (García Amado en

la presentación de PEÑA FREIRE, 2025, p. 11).

Importante

[A]l margen de las razones por las que no se pudiera haber llegado a elevar a escritura pública la minuta donación, advertimos un inaceptable desconocimiento de los alcances de la función notarial en actos extraprotocolares como la certificación de firmas.

4. Nota conclusiva e invitación

Hemos querido, en esta presentación, poner en evidencia los hechos ahora disponibles sobre el caso analizado en la sentencia del TC materia de este especial. Optar por el “particularismo” en un proceso de amparo —que, por su naturaleza, no admite una etapa probatoria— es algo doblemente riesgoso, porque podemos terminar diciendo frases cargadas de subjetividad (son la versión de una parte que se toma por cierta), como aquella referencia a que los donatarios (y también los padres de estos y compradores de otro de los inmuebles del causante) “lo cuidaron en su vejez, lo acompañaron en sus últimos días de vida y con quienes afianzó una relación filial de facto”.


En lo jurídico pensamos que la formalidad escrituraria tiene, en primera instancia, una función protectora de quien en el mercado practica un acto inusual: transferir su bien inmueble sin que exista contraprestación a cambio.

Por ello, al margen de las razones por las que no se pudiera haber llegado a elevar a escritura pública la minuta donación (discutibles si se tiene en cuenta que un notario estuvo presente a la firma de la minuta y nada impedía preparar prontamente una escritura), advertimos un inaceptable desconocimiento de los alcances de la función notarial en actos extraprotocolares como la certificación de firmas. Este desconocimiento lleva al TC a justificar la innecesariedad de la segunda oportunidad del donante para evaluar si donaba o no, sobre la base de atribuirle al notario una comprobación de validez que él no realizó con dicha certificación.

El particularismo recogido en la sentencia, que lleva a considerar que “en este caso concreto” se puede derrotar la exigencia de la formalidad escrituraria, tiene un mensaje perturbador para el comportamiento de los justiciables que deciden abrir uno y otro proceso, no para encontrar justicia como pretende decirnos del TC, sino para socavar la necesaria predictibilidad del derecho y propiciar más litigiosidad, en la esperanza de convencer a alguna autoridad de turno de la particularidad de su caso.

La ponderación o proporcionalidad, concebidas para armonizar derechos fundamentales y permitir su mayor expansión posible, son utilizadas aquí para destruir —para el caso concreto— una

regla del bloque de legalidad configuradora de las condiciones para el ejercicio de la libertad de contratar y del derecho de la propiedad, y no para armonizarlos con otros derechos fundamentales. Un uso desmedido que debe ser cuestionado y puesto en debate.

Sin duda existen muchas aristas más que analizar. Por ello, invito al lector a tomar este artículo solo como un entremés para pasar a la lectura de los artículos preparados por los especialistas invitados a este especial. 

5. Referencias bibliográficas

- BERNAL PULIDO, C. (2010). La racionalidad de la ponderación. En CARBONELL, M. y GRÁNDEZ CASTRO, P. (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. [Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N.º 8]. Palestra.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (vol. I, 6.ª ed.). Aranzadi.
- FORTICH, S. (2018). *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*. Universidad Externado de Colombia.
- LEÓN HILARIO, L. (2025, 6 de setiembre). Razones de la formalidad en las donaciones inmobiliarias (y los errores del Tribunal Constitucional) (entrevista). *LP. Pasión por el Derecho*. <https://lc.cx/dQTWVW>
- LUQUE, P. (2015). El particularismo entre la guerra de los hechos y la paz de las reglas. En LUQUE, P. (ed.). *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- PEÑA FREIRE, A. M. (2025). *Legalismo y principialismo. Romper las reglas por principio*. Tirant lo Blanch.