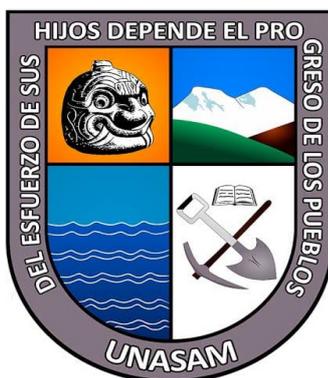


UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



INFORME PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

EXPEDIENTE PENAL N° : 00208-2015-0-0201-JR-PE-02

MATERIA : ROBO AGRAVADO

EXPEDIENTE CIVIL N° : 00354-2017-0-0201-SP-CI-01

MATERIA : DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO

AUTOR:

ROMERO OLIVARES MIGUEL ANGEL MANUEL

ASESORA:

Mag. SOLORZANO VIDAL LOLA AURORA

HUARAZ - ANCASH - PERÚ
2019



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL -UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación –
RENATI. Resolución del Consejo Directivo de SUNEDUN°033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: ROMERO OLIVARES MIGUEL ANGEL MANUEL

Código de alumno: 082.1604.416 Teléfono: 961700747

Correo electrónico: romeroolivaresmiguel@gmail.com DNI o Extranjería: 45533831

2. Modalidad de trabajo de investigación:

- Trabajo de investigación Trabajo académico ()
 Trabajo de suficiencia profesional Tesis

3. Título profesional o grado académico:

- Bachiller Título Segunda especialidad -
 Licenciado Magister Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

EXPEDIENTE PENAL N° : 00208-2015-0-0201-JR-PE-02
MATERIA : ROBO AGRAVADO
EXPEDIENTE CIVIL N° : 00354-2017-0-0201-SP-CI-01
MATERIA : DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO

5. Facultad de: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

6. Escuela, Carrera o Programa: DERECHO

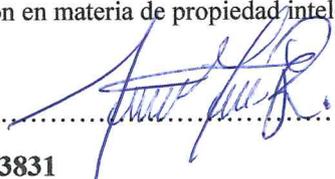
7. Asesor:

Apellidos y Nombres: SOLÓRZANO VIDAL LOLA AURORA. Teléfono: 943030073

Correo electrónico: lsv1801@hotmail.com DNI o Extranjería: 31652633

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por el presente dejo constancia que los documentos se entregan dos la UNASAM, versión impresa y digital son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:.....

D.N.I.: 45533831

FECHA: 06 Agosto 2019.

DEDICATORIA

A mis padres por sus consejos y su incondicional apoyo y a Yoselin por su permanente aliento.

ÍNDICE

	Página
RESUMEN	vi
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL	viii
CAPÍTULO I “RESUMEN DEL EXPEDIENTE”	1
1. Hechos.....	1
2. Formalización de Investigación Preparatoria	1
3. Disposición de Conclusión de la Investigación Preparatoria	2
4. Requerimiento Acusatorio	2
5. Audiencia de Control de Acusación	3
6. Citación a Juicio Oral	3
7. Juicio Oral.....	3
8. Sentencia del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial.....	5
9. Recurso de Apelación	6
10. Audiencia de Apelación de Sentencia	7
11. Sentencia de la Sala Penal de Apelaciones	7
CAPÍTULO II “MARCO TEÓRICO”	9
1. Derecho Penal	9
1.1. Definición del Derecho Penal	9
1.2. Función del Derecho Penal.....	10
1.3. Principios y Garantías Constitucionales del Derecho Penal.....	12
2. Función Punitiva del Estado.....	21
3. Acción Penal.....	22
4. Delitos contra el patrimonio	23

4.1.	Concepto de Patrimonio	24
4.2.	Derecho Penal y Derecho Privado sobre el Patrimonio	26
4.3.	Bien Jurídico Protegido en los Delitos Patrimoniales	29
5.	Clasificación de los Delitos contra el Patrimonio	30
6.	Delito de Robo	32
6.1.	Naturaleza Jurídica del Delito de Robo	33
6.2.	Bien Jurídico Protegido	35
6.3.	Definición del Delito de Robo.....	37
6.4.	Tipicidad Objetiva.....	37
6.4.1.	Sujeto Activo.....	37
6.4.2.	Sujeto Pasivo	38
6.4.3.	Modalidad Típica.....	39
6.5.	Tipicidad Subjetiva.....	47
6.6.	Tentativa en el Delito de Robo	47
6.7.	Consumacion del Delito de Robo.....	48
7.	Robo Agravado.....	49
7.1.	Acción Típica.....	49
7.2.	Examen de las Agravantes.....	52
8.	Reparación Civil	54
CAPÍTULO III “JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA”		57
CAPÍTULO IV “ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE”		62
1.	Análisis de las cuestiones de forma del expediente.....	62
1.1.	Requerimiento Acusatorio	62
1.2.	Instalación de Audiencia de Juicio Oral.....	63
1.3.	Sentencia de Primera Instancia	67

1.4.	Concesorio de Apelación	69
1.5.	Trámite en Segunda Instancia	70
1.6.	Sentencia de Vista.....	70
2.	Análisis de las cuestiones de fondo del expediente	70
	CONCLUSIONES	78
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79
	ANEXOS	83

RESUMEN

El presente informe contiene el estudio detallado del expediente penal número 00208-2015-0-0201-JR-PE-02 seguido en contra de Jorge Luis Picón Jara por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez, en donde a través de una crítica rigurosa se trata de establecer aciertos como desatinos de los Magistrados del Distrito Judicial de Ancash, esto con la finalidad de brindar un aporte académico de carácter sustantivo y procesal.

Comprende a su vez, el resumen respectivo del expediente aludido, teniendo en consideración las etapas procesales correspondientes, el marco teórico en el que se desarrollará cada una de las instituciones referentes a la materia discutida, el análisis tanto formal como de fondo del proceso, la jurisprudencia sobre el tema y las conclusiones arribadas.

Asimismo, con la realización del presente trabajo se pretende como principal objetivo optar el Título Profesional de Abogado, anhelo que espero alcanzar, poniendo a disposición del Jurado la calificación pertinente.

PALABRAS CLAVES: *Patrimonio, Robo, Tentativa, Violencia, Apoderamiento, Sustracción, Disposición, Verosimilitud.*

ABSTRACT

This report contains the detailed study of the file number 00208-2015-0-0201-JR-PE-02 followed against Jorge Luis Picón Jara for the alleged commission of the crime against patrimony in the form of aggravated robbery to the detriment of Marcela Carolina Portocarrero Méndez where through a rigorous criticism it is about establishing successes as blunders of the Judges of the Judicial District of Ancash, this with the purpose of providing a substantive and procedural academic contribution.

It includes, in turn, the respective summary of the aforementioned file, taking into account the corresponding procedural stages, the theoretical framework in which each of the institutions related to the subject matter will be developed, both the formal and background analysis of the process, the jurisprudence on the subject and the conclusions reached.

Likewise, with the completion of this work, the main objective is to opt for the Professional Lawyer's Title, which I hope to achieve, making the relevant qualification available to the Jury.

KEY WORDS: *Heritage, Theft, Tentative, Violence, Seizure, Subtraction, Disposition, Likelihood.*

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL

N° EXPEDIENTE : 00208-2015-0-0201-JR-PE-02

ESPECIALIDAD : PENAL

PROCESO : COMÚN

DELITO : ROBO AGRAVADO

IMPUTADO : JORGE LUIS PICÓN JARA

AGRAVIADA : MARCELA PORTOCARRERO MÉNDEZ

JUZGADO : JUZGADO PENAL COLEGIADO
SUPRAPROVINCIAL DE HUARAZ

CAPÍTULO I
“RESUMEN DEL EXPEDIENTE”

1. HECHOS

El 27 de febrero del 2015 a las 20:35 horas aproximadamente, cuando la señora Marcela Carolina Portocarrero Méndez se encontraba transitando por las inmediaciones de la Av. Luzuriaga, altura del local comercial “Bongiorno”, de manera intempestiva y violenta pudo sentir que le tratan de arrancar la cartera que traía puesta en uno de sus hombros, por lo que ofreció resistencia ocasionando con ello un forcejeo intenso con el sujeto, resultando lesionada en la mano izquierda, haciendo que lograra arrebatarse la cartera donde traía objetos y documentos personales, así como la cantidad de cincuenta nuevos soles; pero al pretender, el citado sujeto, darse a la fuga, los vecinos y transeúntes del lugar pretendieron atraparlo, sin embargo logró escaparse sin antes arrojar las pertenencias; posteriormente es auxiliada por personal policial y; en ese momento en que era trasladada a su domicilio pudo reconocer a su agresor, cuando caminaba por las inmediaciones de la avenida Luzuriaga, procediendo a su intervención e identificándose al imputado como Jorge Luís Picón Jara.

2. FORMALIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Con fecha 28 de febrero del 2015, el Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, dispuso la Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria por el plazo de ciento veinte días contra Jorge Luís Picón Jara por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa en agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez.

Asimismo, solicitó se recabe los antecedentes penales, policiales y judiciales del imputado, la declaración testimonial del SO3 PNP Domingo Rodríguez Lin y, demás diligencias necesarias y pertinentes.

Dispuso poner en conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria la formalización de la Investigación.

Entre los elementos de convicción señaló la testimonial de la agraviada, certificados médicos del imputado y la agraviada, Acta de recepción de las especies materia del ilícito y declaración testimonial de la SO2 PNP Janeth Edelmira Pea Cerna.

El Juez, mediante resolución N° 2 de fecha 28 de febrero del 2015, tuvo por comunicada la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria.

3. DISPOSICIÓN DE CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Por disposición N° 4 de fecha 12 de junio del 2015, el Representante del Ministerio Público, luego de advertir el cumplimiento de las diligencias y actos de investigación, dispuso dar por concluida la investigación preparatoria seguida contra Jorge Luis Picón Jara por la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de tentativa en agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez; dejar los autos en despacho a fin de emitir su pronunciamiento respectivo y poner en conocimiento del Juez Penal dicha disposición.

En ese sentido, mediante resolución N° 3 de fecha 16 de junio de 2015, el Juez Penal, tuvo por recibida la disposición emitida por la Fiscalía. Señaló que el representante del Ministerio Público proceda a emitir su pronunciamiento dentro del término establecido por Ley.

4. REQUERIMIENTO ACUSATORIO

Mediante escrito de fecha 24 de junio de 2015, el Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, luego de establecer que Jorge Luís Picón Jara debe ser juzgado como autor del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de tentativa en

agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez, solicitó que se le imponga doce años de pena privativa de libertad y se fije en S/ 500.00 soles el monto de reparación civil que deberá abonar el procesado a favor de la agraviada. Asimismo, señaló que el imputado al momento de los hechos tenía dieciocho años de edad, por lo que le asistía la responsabilidad restringida.

5. AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

Con fecha 5 de agosto del 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Control de Acusación. Luego de la acreditación de las partes, se procedió con el debate. Finalizado el debate, se declaró saneada la acusación fiscal en su aspecto formal.

Acto seguido, se ofrecieron los medios probatorios y finalizado el debate respecto a ellos, se emitió la resolución N° 4 mediante la cual se declaró el saneamiento sustancial del requerimiento acusatorio, infundado el sobreseimiento solicitado por la defensa técnica del procesado y se dictó el auto de enjuiciamiento. Se señaló los medios probatorios admitidos y no admitidos. Se ordenó que los autos se remitan al Juzgado Colegiado de la Ciudad de Huaraz.

6. CITACIÓN A JUICIO ORAL

Mediante resolución N° 07 de fecha 1 de setiembre de 2015, se citó a juicio oral en la causa seguida contra Jorge Luís Picón Jara y se fijó fecha y hora para su inicio. Se ordenó notificar a las partes, testigos y peritos. Se mandó formar el cuaderno de debates y expediente judicial.

7. JUICIO ORAL

Con fecha 20 de mayo de 2016, en la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Ancash de la ciudad de Huaraz se dio inicio al Juicio Oral. Acto seguido se procedió a la acreditación del acusado y su abogado; posteriormente, ante la ausencia del representante del Ministerio Público, se emitió la resolución N° 4 mediante la cual se dispuso

reprogramar la Audiencia. De igual forma, el 15 de agosto de 2016, se suspendió la Audiencia y se volvió a reprogramar el inicio del Juicio Oral.

Con fecha 10 de mayo de 2017, en la Sala de Audiencias N° 1 del Establecimiento Penal de Huaraz se dio inicio al Juicio Oral. Acreditadas las partes procesales, se procedió con los alegatos iniciales de los mismos. Luego, se procedió a la información de sus derechos al procesado y se le preguntó cómo se consideraba respecto a los hechos que se le imputan, a lo que manifestó que se consideraba inocente. Acto seguido, a solicitud del representante del Ministerio Público, se suspendió la Audiencia.

El 18 de mayo de 2017, cuando se había fijado para continuar con la Audiencia, la misma se suspendió por la incomparecencia del representante del Ministerio Público.

Con fecha 22 de mayo de 2017, se continuó con la Audiencia. En esta sesión, se procedió con el interrogatorio del acusado y de la agraviada. Finalizado el mismo, se dispuso la notificación de los testigos y con ello, se suspendió la Audiencia.

El 31 de mayo de 2017, con la presencia de los actores procesales se continuó con la Audiencia. En esta sesión, se procedió con el interrogatorio de los testigos ofrecidos por el representante del Ministerio Público. Finalizado el mismo, se suspendió la Audiencia a fin de poder notificar a los peritos y al testigo del acusado.

Con fecha 08 de junio de 2017, verificada la presencia de las partes procesales se continuó con la Audiencia. Continuándose con la etapa probatorio, se procedió al interrogatorio del testigo ofrecido por el acusado; asimismo, ante la incomparecencia del perito, se prescindió de él y se continuó con la Audiencia. Acto seguido se procedió con la oralización de las documentales y, finalizado el mismo, se procedió a formular los alegatos de clausura. En ese estado se suspendió la Audiencia.

Con fecha 12 de junio de 2017, con la presencia de los actores procesales se dio lectura a la sentencia y finalizada la misma, el sentenciado interpuso recurso de apelación contra la misma. En ese estado se dio por finalizado el juicio oral.

8. SENTENCIA DEL JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL

Con fecha 12 de junio de 2017, se emitió sentencia en la cual se falló condenando al acusado Jorge Luís Picón Jara por el delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de tentativa en agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez, a cinco años de pena privativa de libertad y fijó en S/ 500.00 soles el monto de reparación civil que deberá abonar el procesado a favor de la agraviada y, lo condenaron al pago de costas y costos. Entre sus fundamentos tenemos:

- Que, la declaración brindada por la agraviada contiene una narración secuencial y detallada, la cual se corrobora con la de la testigo Yaneth Peña cerna y Lyn Oscar Domínguez Rodríguez, efectivos policiales que le prestaron auxilio.
- Que, en el Certificado médico legal N° 001349-L de fecha 27 de febrero de 2015, en el cual se señala que la agraviada presento dos excoriaciones de 0.2 cm cada una en dorso de mano izquierda; excoriación de 0.3 cm en dorso de falange distal de tercer dedo mano izquierda, lesiones que corroboran el forcejeo expuesto por la agraviada, cuya verosimilitud se hace evidente en la medida que dicho reconocimiento se realizó a escasas tres horas de los hechos y por lo cual constituye prueba directa de la agresión.
- Que, la agraviada reconoció al acusado por la ropa que vestía, cuando estaba siendo llevada a su domicilio en el vehículo policial; ello concuerda con lo expresado por la testigo Yaneth Peña Cerna y Lyn Oscar Domínguez Rodríguez.

- Que, debido a la persistencia de la versión expuesta por la agraviada y que en todo momento ha hecho hincapié que el objeto de robo fue la cartera que llevaba consigo, debe darse por cierta la preexistencia del bien.
- Que, se advierte la concurrencia de las garantías de certeza señalados en el Acuerdo Plenario 2-2005 como son: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la existencia de elementos que permitan concluir por la verosimilitud de la declaración y, la persistencia en la incriminación.
- Que, en el presente caso no se produjeron actos de disposición del bien; por lo cual, los hechos se quedaron en grado de tentativa.
- Que, el acusado en todo momento ha negado los hechos señalando que al momento de los mismos se encontraba en otro lugar; sin embargo, no ha acreditado de modo objetivo tal argumento de defensa.

Se debe señalar, que en el presente caso, se emitió un voto discordante, mediante el cual se opina que se le debe absolver al acusado, ya que de los medios probatorios aportados al proceso no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia del procesado.

9. RECURSO DE APELACIÓN

Con fecha 19 de junio de 2017, el sentenciado interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida en su contra. Entre sus argumentos expone que se estaba vulnerando su derecho a la libertad y se estaría transgrediendo principios de legalidad, razonabilidad y presunción de inocencia. Añade, que de ninguna forma se le puede atribuir ser autor del delito de robo agravado en grado de tentativa, pues el único elemento de convicción que lo vincula es la declaración testimonial de la agraviada quien refiere reconocerlo por sus prendas sin describir ninguna característica física con respecto a su persona limitándose a señalar que la persona que le jaló el bolso es un sujeto con determinada vestimenta, no

existiendo ningún testigo de cargo, declaración que no guarda uniformidad ni verosimilitud. Asimismo, señala que no se han valorado debidamente los elementos probatorios actuados, pues no se tuvo en cuenta el examen del testigo de descargo.

10. AUDIENCIA DE APELACIÓN DE SENTENCIA

Con fecha 17 de noviembre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de apelación de sentencia condenatoria. Luego de haberse acreditado los concurrentes; el abogado defensor, pasó a sustentar su recurso interpuesto, las partes emitieron sus alegatos; asimismo, procedieron a hacer su derecho de réplica y dúplica. En ese estado se suspendió la Audiencia.

Con fecha 01 de diciembre de 2017, se emitió sentencia, la misma que fue leída en esa sesión de Audiencia.

11. SENTENCIA DE LA SALA PENAL DE APELACIONES

El 01 de diciembre de 2017, se emitió sentencia en la cual se declaró fundado el recurso de apelación, por lo cual revocaron la resolución N° 13 en la que se condenó a Jorge Luís Picón Jara y; reformándola, lo absolvieron de la acusación fiscal. Entre sus fundamentos, expuso:

- Que, del caudal probatorio admitido y actuado, se advierten severas inconsistencias en su valoración, respecto a la verificación de las garantías de certeza en la sindicación de la agraviada.

- Que, la razonabilidad de la valoración de las pruebas es crítica, en la medida que no se verificó con regularidad la coherencia y solidez del relato inculpativo, ya que de la confrontación entre la declaración de la aludida agraviada con la testigo Yaneth Peña Cerna y Lyn Oscar Domínguez Rodríguez y Cristian Yuri Contreras Julca, es evidente la ausencia de mínima corroboración.

- Que, en relación a la coherencia y solidez del testimonio de la agraviada y su mínima corroboración, es patente la deficiente verificación del criterio de verisimilitud. En efecto se asevera que el criterio de verisimilitud concurre en el aludido relato, pero dicha conclusión carece de sustento ante el sesudo examen de la actividad probatoria.

- Que, la versión de la agraviada no es creíble y resulta ser una sindicación aislada y carente de corroboración. Además, existen elementos objetivos y periféricos que rebaten, merman y descartan su aptitud probatoria y, por ende, reafirman la versión del procesado.

CAPÍTULO II “MARCO TEÓRICO”

1. DERECHO PENAL

En primer lugar, debe de mencionarse que el Derecho Penal pertenece al campo del Derecho Público¹, por cuanto regula las relaciones entre los individuos con la colectividad; en tal sentido, el Derecho Penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen como finalidad principal obtener determinados comportamientos individuales en la vida social; en este sentido, el Derecho Penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable². De este modo, el Derecho Penal desde una perspectiva normativa, puede ser definida como aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de inseguridad para las personas que infringen dichos preceptos legales; por su parte el Derecho Penal como medio de control social tiende a evitar determinados comportamientos que se estiman indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen.

1.1. DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.

Hans Welzel (1996), indica *“El Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de la naturaleza criminal y las vincula con una pena o con una medida de seguridad”*³.

¹ El Derecho Público es aquel ordenamiento jurídico que regula la organización y funcionamiento del Estado y sus relaciones con los ciudadanos y entidades privadas. Contiene, en síntesis, normas jurídicas sobre la propia organización del aparato estatal y todas sus funciones.

² BACIGALUPO, Enrique (1996). *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. Editorial Themis, Bogotá, p. 1.

³ *“Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trazazón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para un ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad. No solamente por eso, porque sirve a la administración de justicia, la ciencia del derecho penal es una ciencia “práctica”, sino también, en un sentido más profundo, porque es una teoría del actuar humano justo e injusto,*

Según, Edmund Mezger (1958), *“El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”*, agrega *“el derecho penal también es el conjunto de aquellas normas jurídicas, que en conexión con el derecho penal antes referido, vinculan al hecho cometido consecuencia jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros”*⁴.

Bramont-Arias Torres (2005) señala que: *“El Derecho Penal es un medio de control social que se caracteriza por imponer sanciones – penas o medidas de seguridad- cuando, se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos de mayor valor de la sociedad”*⁵. Suscribiendo lo señalado, Mir Puig señala: *“(…) es una forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos –los delitos-. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal (…)”*⁶.

1.2. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

A) FUNCIÓN ETICO – SOCIAL DEL DERECHO PENAL

Es misión del Derecho Penal amparar los valores elementales de la vida en la comunidad. Respecto a ello, El Derecho Penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, como la existencia del Estado, la Administración de Justicia, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, entre otros, los cuales serán denominados Bienes Jurídicos; donde ante la lesión de dichos Bienes Jurídicos efectuados por una determinada persona, el Derecho Penal se encargará de determinar las consecuencias

de modo que sus últimas raíces llegan hasta los conceptos básicos de la filosofía práctica”; citado por WELZEL, Hans (1996). *“Derecho Penal Parte General. Traducción de Carlos FontanBalestra”*. De Palma Editor, Buenos Aires, p. 1.

⁴ MEZGER, Edmund (1958). *“Derecho Penal. Libro de Estudio -Parte General”*. Editorial Biblioteca Argentina, Buenos Aires, p. 27.

⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel (2005). *“Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición”*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima-Perú, p. 46.

⁶ MIR PUIG, Santiago (1998). *“Derecho Penal – Parte General, 5ª Edición”*, TECFOTO, Barcelona, p. 5.

jurídicas ante dicha lesión. Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto; permitiendo de este modo la vigencia de los valores éticos – sociales de la comunidad⁷.

En consecuencia, mediante esta función el Derecho Penal se encarga de fijar las penas para aquellos actos que se apartan de actuar conforme al Derecho, asegurando de esta manera el respeto a los Bienes Jurídicos de la Comunidad y con ello asegurando el respeto a la personalidad humana, protección a la vida, la salud, la honradez, el respeto a la propiedad ajena, etc.⁸. Empero, es de mencionar que la misión principal del Derecho Penal no se centra en la protección de los Bienes Jurídicos, sino que su principal objetivo es asegurar que la actuación de las personas sea conforme al Ordenamiento Jurídico, lo cual se logra mediante la proscripción de conductas y sancionando el apartamiento del ordenamiento jurídico.

B) FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO PENAL

La Función Preventiva del Derecho Penal se encuentra orientada a que el Derecho Penal actúa de modo primario, garantizando la seguridad y permanencia del Estado en donde primen las relaciones ético – sociales o el respeto por los bienes jurídicos, levantando las bases para un mundo donde está determinada por los conceptos morales, y solo, de manera secundaria, se dará la aplicación de la

⁷ “La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano”; citado por WELZEL, Hans(1996). “Derecho Penal Parte General. Traducción de Carlos FontanBalestra”. De Palma Editor, Buenos Aires, pág. 3.

⁸ “La protección de los bienes jurídicos mediante el Derecho Penal puede ser concretado, en principio, de dos maneras diferentes. En primer lugar, se puede sostener que la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta sólo aquellas acciones que representen por lo menos un peligro objetivo de lesión del bien, prescindiendo, por lo tanto, al menos inicialmente, de la dirección de la voluntad del autor: mientras no haya una acción que represente un peligro para un bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del derecho penal. La tarea del derecho penal para este criterio, comenzaría con el peligro real para el bien jurídico protegido. En segundo lugar, la protección de bienes jurídicos puede comenzar ya donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico mismo todavía no haya corrido un peligro concreto. En este caso la peligrosidad de la acción dependería de la dirección de la voluntad del autor a la lesión”, citado por BACIGALUPO, Enrique (1996). “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Themis, Bogotá, p. 4.

pena por el quebrantamiento del Derecho. Mediante esta función el Derecho Penal pone las bases de la vida social, mediante una clara elaboración del específico disvalor delictual de la acción prohibida, en tipos trazados con límites precisos, y, mediante la aplicación de una pena retributiva, adecuada según el grado de la culpa (aplicada, además, tras un proceso penal, que permita al demandado disponer del derecho de su propia defensa), da al individuo la necesaria libertad de movimiento en la vida social.

1.3. PRINCIPIOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

A) PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El Principio de Inocencia – presunción de inocencia – ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica⁹.

Sin embargo, cuando se formuló tal principio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰, a tenor del Artículo 111 que señala que *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforma a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*, devino en serias confusiones. Se entendía que se iniciaba una causa penal justamente porque se presumía la culpabilidad del imputado¹¹. También se creía que, la presunción penal referida en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789, era la misma correspondiente a la categoría de presunciones vigentes hasta ese momento en la vía civil. Entonces, debía de darse por verdadero el hecho imputado a una persona, sin necesidad de prueba; lo que en sí, no constituía el espíritu de la

⁹ CLARIA OLMEDO, Jorge (1960). *“Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I”*. Editora Ediar, Buenos Aires, p. 232.

¹⁰ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

¹¹ CATAORA GONZÁLEZ, Manuel (1994). *“De la presunción al principio de inocencia”*. En: VOX JURIS, Revista de Derecho, Año 4, Lima, pp. 121 y ss.

referida declaración. El verdadero espíritu de la declaración, es que, se reconozca que la persona sospechosa no podía ni tenía porque perder sus libertades y derechos fundamentales.

La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho¹². Es por ello, que a toda persona imputada, debe reconocérsele el “Derecho subjetivo de ser considerado inocente”¹³.

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico¹⁴, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; *“es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio”*¹⁵.

Como afirma acertadamente Fernando Velásquez (1987): *“no puede incluirse en la primera categoría porque le falta el mecanismo y el procedimiento lógico propio de la presunción, ni en la segunda, porque ésta la consagra el legislador, por ello se afirma que se trata de una verdad interna o provisional que es aceptada, sin más que el cumplimiento de un mandato legal”*¹⁶.

El artículo 2.24.E. de la Constitución, expresa: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*. Entonces, por imperio Constitucional, toda persona debe ser considerada inocente desde el primer momento que ingresa al foco de atención de las normas procesales, debiendo

¹² Constitución Política del Estado Peruano (1993). Artículo 2.24.E.

¹³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo (1994). *“Comentarios al Código Procesal Penal”*. Editora Idemsa, Lima, p. 102; SAN MARTÍN CASTRO, Cesar (2003). *“Derecho Procesal Penal, 2da Edición”* Editora Jurídica Grijley, Lima, p. 114.

¹⁴ ORÉ GUARDIA, Arsenio (1996). *“Manual de Derecho Procesal Pena”*. Editora Alternativas, Lima, p. 37.

¹⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor (1997). *“El Proceso Penal. Teoría y Práctica”*. Palestra Editores, Lima, p. 25.

¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1987). *“Principios rectores de la nueva ley procesal penal”*, Editora Temis, Bogotá, p. 25.

conservar su estado natural de libertad, con algunas restricciones propias de la investigación, hasta que mediante una sentencia se declare su culpabilidad.

Consecuentemente, en el Derecho Procesal Penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en: el peligro de fuga del imputado o en el peligro que se obstaculice la averiguación de la verdad¹⁷; el primero es viable porque no se concibe el proceso penal contumacial, a fin de no violar el derecho de defensa, resultando indispensable la presencia del imputado para llegar al fin del procedimiento y por consiguiente la decisión final. De otro lado, el segundo punto también es lógico, porque el imputado es el principal interesado en influir en el resultado del procedimiento, ya sea entorpeciendo o colaborando con la averiguación de la verdad.

B) INDUBIO PRO REO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

“Tanto el principio de presunción de inocencia como el indubio pro reo son manifestaciones de favor rei¹⁸, pues ambos inspiran al proceso penal de un Estado democrático y su actuación de éstos se realizan en diversas formas”¹⁹. Sin embargo, muchas veces la presunción de inocencia, bajo una inexacta interpretación ha sido aplicable sólo ante la duda, es decir bajo el indubio pro reo.

La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculpado durante el proceso penal es en principio inocente sino media sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria solo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan. De no probarse que lo hizo o ante la existencia de duda, debe resolverse conforme lo más

¹⁷ MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p. 281.

¹⁸ MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p. 264.

¹⁹ MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p. 102.

favorable al acusado (indubio pro reo). *“Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, o que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente”*²⁰.

C) EL DEBIDO PROCESO

El respeto irrestricto por la dignidad de la persona, debe ser protegido en cualquier momento de nuestras vidas, mucho más dentro de un proceso; es por ello que el estado debe de velar por que se cumplan las normas, pero sin que se dé una vulneración de los derechos. Dentro de estos derechos, tenemos al debido proceso. En ese sentido, todo justiciable, tiene como derecho fundamental la presunción de inocencia, por lo que para que ésta pueda ser enervada, debe realizarse un proceso en el cual se respete su dignidad como persona y con ello las garantías procesales, las misma que le den confianza a la sociedad respecto al actuar del Estado, y no se le vea al mismo como un dictador, capaz de violentar todos los derechos que en su momento ha reconocido.

*“El derecho al debido proceso es un conjunto de garantías de las que goza el justiciable las cuales comprenden la tutela jurisdiccional efectiva, observancia de la jurisdicción y de la competencia predeterminada por ley, la pluralidad de instancias, la motivación y la logicidad de las resoluciones, el respeto de los derechos procesales de las partes esto es del derecho de acción y de contradicción, entre otros”*²¹.

García Rada (1984), menciona que esta institución es de vital importancia, encontrándose dentro del texto constitucional como una garantía de igualdad de los justiciables y de idoneidad de los

²⁰ MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p. 116.

²¹ DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA (2017); *“El Debido Proceso-Que reglas está aplicando la Corte Suprema”*, Gaceta jurídica, Lima, p. 23.

magistrados en una correcta aplicación y administración de justicia. Ésta garantía fue introducida formalmente en esos términos en la Constitución de Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad –como simple reserva de ley-pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción del Estado de Derecho exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad.²²

Martínez Sánchez (1995), menciona que los elementos que se pueden deducir del debido proceso son: a) el acceso a la justicia, comprende no solo la posibilidad formal de recurrir a los órganos instituidos para administrarla sino sobre todo su contenido sustancial para lograr durante todo el proceso y hasta su culminación *“la posibilidad real de ser escuchado, evaluados sus argumentos y alegatos y tramitados de acuerdo con la ley de sus peticiones de manera que las resoluciones judiciales sean reflejo y realización de los valores jurídicos fundamentales”*; b) eficacia, consiste en la garantía de la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución y en el obligatorio acatamiento por parte de quienes ejercen la función administrativa; c) eficiencia, significa que los aplicadores de la justicia deben lograr el máximo rendimiento con los menores costos posibles; o sea, con una adecuada gestión de los asuntos encargados, partiendo de los recursos financieros destinados; y d) Respeto de la dignidad de la persona, entendido como el tratamiento de los procesados en su condición de persona humana con todos sus derechos inalienables para la aplicación de la ley²³.

²² GARCÍA RADA, Domingo. (1984), *“Manual de Derecho Procesal Penal. Octava edición”*. Edit.: Lima, p.18.

²³ MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio (1995). *“Estado de Derecho y Política Criminal”*, Consejo superior de investigaciones científicas, Bogotá Colombia, p. 65.

D) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y JUICIO PREVIO

Martínez Sánchez (1995), señala, si bien este principio de legalidad tiene un cariz sustantivo o material, pues para la aplicación de una pena, el principio dice que nadie puede ser sancionado por un hecho que con anterioridad no estaba previsto como delito, y desde la legalidad procesal es que el procedimiento debe estar establecido previamente con la ley, aun cuando haya cambios de norma procesal, siempre debe existir un procedimiento pre establecido. El principio de legalidad procesal es un directriz del proceso penal que se plasma en el juicio previo²⁴.

Asimismo, Julio Maier (1989), nos menciona: *"El juicio no solo tiene que ver con el proceso en sí, que es una de las manifestaciones, sino con el hecho de que la condena de un acusado tiene que ser el resultado de un razonamiento realizado por el juez competente, fundado en premisas fácticas y jurídicas, Maier dice que una de las premisas es la ley penal previa"*²⁵.

E) PRINCIPIO DE ORALIDAD

Ferrajoli (1995) señala sobre este tópico que: *"(...) la oralidad del juicio está estrechamente vinculada a la publicidad, de la que representa la principal garantía. La forma hablada, en efecto, implica necesariamente la publicidad, en cuya ausencia las declaraciones, tanto del imputado como de los testigos, deben ser puestas por escrito; y el secreto, si quiere ser conservado, implica la forma escrita, no pudiendo asociarse a la oralidad, sino que requiere la formación de pruebas con anterioridad al juicio público"*²⁶.

F) PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

En la base del conflicto hay posiciones en contradicción, y trasladado esto dentro de un esquema de garantías es que en el

²⁴ MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio (1995). *"Estado de Derecho y Política Criminal"*, Consejo superior de investigaciones científicas, Bogotá Colombia, p. 15.

²⁵ MAIER, Julio B. (1989). *"Derecho Procesal Penal Argentino"*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p. 479

²⁶ FERRAJOLI, Luigi (1995). *"Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal"*. Trotta, Madrid, p. 619.

proceso judicial debe tutelarse que las partes puedan confrontar sus posiciones. Cuando sólo se escucha a una parte y no han trascendido al contradictorio por lo que las legislaciones procesales se han elevado a categoría de principio. El juicio debe ser contradictorio, porque las partes presentarán con respecto a las controversias sus posiciones formulando sus teorías. El contradictorio permite que se garantice el derecho de defensa, pues emplearán los instrumentos jurídicos y técnicos para persuadir al juez que tienen la razón. Las partes van a esgrimir sus hipótesis y sus medios de prueba para verificarlas, y éstas van a tener que ser confrontadas en el proceso. De allí deviene una dialéctica que permite arribar a la verdad. El pues en esa batalla de posiciones tendrá que generarse comisiones sobre los hechos del caso puesto que en su conocimiento²⁷.

G) EL PLAZO RAZONABLE

Derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, en el Artículo 9.3 al referirse a los derechos de la persona detenida o presa por una infracción penal, se establece que tiene *“derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”*. Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como una garantía mínima del debido proceso legal reconocido en el Artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, de fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete, concluyó señalando que: *“El Artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en*

²⁷ MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, pp.18-19.

la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)”.

Asimismo, con relación a la violación de la razonabilidad del plazo de los procesos penales, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, de fecha veintisiete de noviembre del dos mil ocho, destacó que “(...) *el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales*”. Y es que la naturaleza y características propias del Estado Constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas.

Sobre el mismo tema, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, reiteró que: “154. *La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el “plazo razonable” al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva*”.

H) EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN

En virtud de este principio, ninguna persona puede ser obligada a declararse culpable; esta es una decisión que tiene que ser adoptada libremente. Como antecedente de este principio tenemos a la quinta enmienda de la Constitución Norteamericana que dice que ninguna persona debe ser compelida u obligada en cualquier juicio penal a testificar en su contra. Esta enmienda protege a las personas de ser llamada involuntariamente a testificar contra sí mismo en un juicio penal. Es un derecho que protege al imputado de

tener que responder a las preguntas oficiales planteadas en cualquier otro procedimiento, civil o penal, formal o informal, donde las respuestas puedan incriminarlo en futuros procedimientos penales²⁸.

I) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

El proceso penal confronta acusador y acusado por lo que el choque entre posiciones debe implicar que los sujetos procesales puedan estar igualados respecto a los medios de defensa que emplearán. El juez debe ser el garante que esto se cumpla, pues de haber desequilibrio estuviere ya en desmedro no sólo del afectado sino del mismo proceso. La institución que debe garantizar la igualdad es el poder judicial; aunque, si bien es verdad, el Ministerio Público es parte o sujeto procesal, también debe sujetarse a la regla de objetividad y permitir que, en la etapa preparatoria, el investigado pueda hacer los descargos necesarios garantizando su derecho a oponerse a la imputación inicial. Los sujetos procesales deben estar equipados con medios de defensa técnicos en paridad. Esto no se cumple si la fiscalía, tiene mayores facultades que un acusado. Ese es un problema a resolver, y que tiene que ser tamizado con el principio de objetividad para establecer un equilibrio. Si bien la parte acusada no tiene que probar su inocencia, la fiscalía sí tiene que probar la culpabilidad, pues tiene la carga de la prueba, pero al actuar con objetividad debe también valorar las pruebas de descargo que favorecen al acusado²⁹.

J) EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Según Arbulú Martínez, en los sistemas procesales modernos, la tendencia es darle el monopolio de la acción penal pública al Ministerio Público, de allí que previo a esto, tenga a su cargo la dirección de los actos de investigación para decidir si presenta una acusación contra una persona al poder judicial.

²⁸ MAIER, Julio B. (1989). *"Derecho Procesal Penal Argentino"*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p.22.

²⁹ MAIER, Julio B. (1989). *"Derecho Procesal Penal Argentino"*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p.24.

El principio acusatorio es aquel en virtud del cual el Ministerio Público tiene el poder de la persecución penal y el procesamiento de los involucrados en delitos. La excepción es cuando se trata de delitos de acción privada, ya que aquí es el ofendido quien también cumple el rol de acusador.

Cabe resaltar que la separación del rol de acusación y del fallo según la doctrina mayoritaria se sustenta en el principio acusatorio que le otorga al ministerio público, la facultad de ser titular de la persecución y la acción penal, y al juez la de fallar³⁰. Por su parte, Bovino (1998), señala al respecto: *“por principio acusatorio sólo formal, pues la persecución penal es pública, se entiende el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes”*³¹.

2. FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

El Estado como ente protector de la sociedad, debe velar por el correcto desarrollo de sus habitantes y que los mismos vivan en paz, es así que, en la búsqueda de dicha paz social, establece diversas reglas a fin de que sus habitantes las cumplan, y si los mismos los incumplen serán castigados; para lo cual impone diversos mecanismos, siendo, la sanción penal la *última ratio* de dicho escalón punitivo.

“El Derecho Penal es un medio de control social, y como tal es utilizado por el Estado para controlar, orientar y planear la vida en común. Así, se recurre a la amenaza de una sanción con el propósito de conseguir que los miembros de la comunidad omitan (como por ejemplo, en el caso del delito de robo –artículo 188 CP–, lo que se pretende es que el individuo se abstenga de realizar la conducta tipificada) o ejecuten (así por ejemplo, en el artículo 126 CP, lo que se busca es una determinada actuación del individuo para evitar posibles daños) ciertos actos. De esta manera, como sostiene Hurtado Pozo, el Estado espera orientar los comportamientos de los

³⁰ MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*. Editora Hammurabi, Buenos Aires, p.29.

³¹ BOVINO, Alberto (1998). *Principios políticos del procedimiento penal*. Editorial del puerto, Buenos Aires p. 37.

individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de “ciertos esquemas de vida social”; esto es, garantizar la coexistencia humana asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales. Solo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, interviene el funcionario judicial para hacer efectiva la sanción penal (he aquí el carácter de última ratio)”³².

3. ACCIÓN PENAL

La acción penal es aquella actitud que tiene todo justiciable de poder acudir al Órgano Jurisdiccional solicitando Tutela Jurisdiccional efectiva. Asimismo, se debe señalar que la acción penal puede ser pública o privada; cuando es pública la acción penal, el monopolio de la misma recaerá en el Ministerio Público y; al ser privada, es porque el mismo agraviado será el encargado por velar sus propios intereses dentro de un proceso penal.

Arbulú Martínez citando a Clariá (2015), señala que *“la acción es el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión fundada en la afirmación de la existencia de un delito, postulando una decisión sobre ese fundamento que absuelva o condene al imputado”*; añade que *“el derecho de acción es un derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho y se ejercita mediante la puesta en conocimiento del juez de instrucción de una notitia criminis. Está vinculado al derecho de tutela judicial efectiva, esto es, que el ciudadano tenga libre acceso a los órganos de la jurisdicción penal a fin de obtener de ellos una resolución motivada, fundada en derecho, congruente con la pretensión penal. Consideramos que el sustento constitucional está en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución de 1993 y que la acción es un medio necesario para la intervención de la jurisdicción”³³.*

³² BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA ORDINARIA N° 2 (2010). *“Jurisprudencia penal y procesal penal de carácter constitucional”*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 9.

³³ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy (2015). *“DERECHO PROCESAL PENAL. UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL”*. TOMO I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 140.

4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Es de mencionar que en la mayoría de Delitos contra el Patrimonio se construyen sobre la idea de un enriquecimiento injusto del sujeto activo a costa de un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo. Esta idea constituye el sustrato material de estos delitos, aunque no siempre esté presente en su configuración legal. El ánimo de lucro se exige expresamente en algunos delitos, como el hurto o el robo; pero en otros se da por supuesto y no se menciona expresamente. En conclusión, el enriquecimiento debe entenderse en un sentido amplio, como beneficio patrimonial para el autor del delito o para un tercero, consecuencia del perjuicio que se produce en el patrimonio lesionado por la acción delictiva.

En el Derecho Penal Contemporáneo, se suele afirmar que al Derecho Penal le corresponde la función de la protección de los bienes jurídicos, aun cuando para el funcionalismo impulsado por Gunther Jakobs, la función del derecho punitivo se enmarca en la vigencia o en la estabilización de la norma penal. En este orden de ideas, corresponde la identificación del bien jurídico tutelado en los Delitos contra el Patrimonio³⁴.

De lo mencionado, últimamente ha surgido el debate sobre cuál es el bien jurídico protegido en los Delitos Contra el Patrimonio; durante el transcurso de los años, determinadas legislaciones han concebido que el bien jurídico protegido en los Delitos contra el Patrimonio es la Propiedad, como es el caso del Código Penal Francés y el Código Penal Belga; por su parte, legislaciones como la italiana, consideran que el bien jurídico protegido es el patrimonio, lo cual motiva algunas críticas respecto a ello, porque consideran que dicho bien jurídico no se encuentra en todos los delitos que se agrupan en dicho título. A fin de determinar esta disyuntiva sobre el Bien Jurídico protegido en los Delitos contra el Patrimonio se hace necesario en primer lugar determinar qué es el patrimonio.

³⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, pág. 908.

4.1. CONCEPTO DE PATRIMONIO

Respecto al patrimonio en el campo del Derecho Penal, se han presentado diferentes posiciones que tratan de esclarecer su significado.

A) CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO

Según esta postura, el patrimonio se encuentra constituido por valores reconocidos como derechos subjetivos; es decir, es el conjunto de relaciones jurídicas, derechos, obligaciones y situaciones jurídicas, debidamente determinados por los derechos subjetivos³⁵.

De este modo, según Montovani (2013) *“los puntos vulnerables de esta concepción son dos: a) por defecto, porque al considerar componentes patrimoniales tan solo a las relaciones jurídicas preconfiguradas, es decir, los derechos subjetivos perfectos, excluye de la protección patrimonial ejercida por el Estado a las situaciones no concretizadas en verdaderos y propios derechos subjetivos; b) por exceso, al conceder la tutela al derecho subjetivo como tal conduce a una exagerada subjetivización del valor de la cosa; y por consiguiente, al considerar componentes del patrimonio a derechos sobre cosas privadas de un real valor patrimonial; y asimismo por la desmaterialización del daño patrimonial”*³⁶.

B) CONCEPCIÓN ECONÓMICA DEL PATRIMONIO

Según los defensores de esta postura, el patrimonio viene a ser la suma de los bienes de una determinada persona los cuales resultan del pago de todas sus obligaciones. Esta concepción atiende al poder fáctico del sujeto y al valor económico sobre los bienes o situaciones; entonces, el patrimonio vendría a ser el conjunto de

³⁵ PAREDES INFANZÓN, Jelio (2013). *“Robo y Hurto”*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 10.

³⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, 2013, p. 908.

valores económicos de los que dispone una persona³⁷. Por su parte, otros autores partidarios a la misma postura consideran que el patrimonio viene a ser el conjunto de valores económicos que le corresponden a una persona; empero, todas las teorías que versan sobre el concepto económico del patrimonio, señalan: a) Es parte del patrimonio aquella posesión dotada de un valor económico de la cual deriva un derecho; y b) La posibilidad de la compensación por el daño sufrido patrimonialmente y de lucro cesante, frente a cualquier menoscabo a dicho patrimonio.

Entre las principales objeciones a esta postura, es la ambigüedad en el valor económico del patrimonio ya que existen bienes o situaciones que tienen un contenido económico, pero no se encuentra protegidos por el derecho penal; asimismo, otra objeción a dicha teoría se centra en el hecho de que al no considerar una relación jurídica legal o lícita entre el bien y la persona, se permite la protección de una posesión patrimonial ilegítima; por lo que, el derecho penal estaría en convergencia con otra rama del derecho, como es el Derecho Civil, lo cual es no permisible siendo el Derecho una unidad³⁸.

C) CONCEPCIÓN JURÍDICA – ECONÓMICA DEL PATRIMONIO

Según esta postura, se encuentra dentro del concepto de patrimonio aquellos bienes que se encuentran investidos de valor económico (CONCEPCIÓN ECONÓMICA), siempre que se encuentren dentro de la esfera o poder de dominio del sujeto en virtud a una relación jurídica lícita (CONCEPCIÓN JURÍDICA). Con esta definición, se evidencia que se deja de lado la concepción económica del derecho en la que los sujetos detentaban determinados bienes o cosas en base a una acción delictiva; asimismo, para esta postura no se encuentran dentro del concepto de patrimonio aquellos bienes que

³⁷ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Jurista Editores, Lima, 2011, pág. 635; citado por PAREDES INFANZÓN, Jelio (2013). *Robo y Hurto*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 10.

³⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino; citado por PAREDES INFANZÓN, Jelio (2000). *Delitos contra el Patrimonio. 2ª edición*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 26.

tienen valor subjetivo para la persona; es decir, son importante por su valor afectivo o sentimental³⁹.

Por lo tanto, según la Concepción Jurídica – Económica del Patrimonio, sólo pueden ser objeto de un Delito contra el Patrimonio, los bienes que tengan valor económico; asimismo, para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta que el sujeto tenga una relación fáctica con el bien, sino que es preciso que esta relación sea en virtud de una relación protegida por el Ordenamiento Jurídico por ser legal.

4.2. DERECHO PENAL Y DERECHO PRIVADO SOBRE EL PATRIMONIO

En la construcción de los Delitos Patrimoniales y en su interpretación jurídica intervienen abundantes institutos de creación por el derecho privado, especialmente en el Derecho Civil; por ello, una gran problemática es determinar si los conceptos del derecho civil o derecho comercial tienen el mismo contenido cuando son utilizados en el derecho penal, o en su caso, tienen conceptos diferentes⁴⁰. Dentro de la literatura se encuentran tres posiciones teóricas al respecto, las cuales son:

A) CONCEPCIÓN PRIVATIVA

La primera postura también conocida como civilista, monista o de la identidad, considera que el Derecho Penal debe de utilizar y aplicar la definición del patrimonio y otros conceptos que otorga el Derecho Civil y otras ramas del Derecho; es decir, deben de respetarse las significaciones de origen, estando vedado el Derecho Penal de recrear los conceptos dados por el Derecho Civil.

Según Gálvez Villegas (2011), *“La concepción civilista del patrimonio reconoce al Derecho Penal un carácter exclusivamente*

³⁹ PAREDES INFANZÓN, Jelio (2013). *“Robo y Hurto”*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 12.

⁴⁰ *“Lo que se trata de saber es si el juez debe de darle a términos tales como bien mueble, propietario, prenda, gerente, administrador, socios, etc., su significación de origen; es decir, el otorgado por el derecho civil, comercial o societario”*, citado por ROJAS VARGAS, Fidel (2000). *“Delitos contra el Patrimonio. Volumen I”*. Editorial Grijley, Lima, p. 38.

*sancionatorio sin idoneidad para recrear o redefinir las categorías y conceptos jurídicos elaborados por el Derecho Privado; en tal sentido, los conceptos contenidos en el Derecho Penal provenientes del Derecho Civil, Comercial o Societario deben de ser entendidos en su sentido originario, limitándose el Derecho Penal a asumir su contenido para asegurar la protección de los bienes jurídicos sancionando las acciones que los lesionan o pongan en peligro*⁴¹.

B) CONCEPCIÓN CONSTITUTIVA O AUTONOMISTA

La segunda teoría denominada autónoma e independiente sostiene que el Derecho Penal tiene un carácter inminentemente sancionador; es decir, constitutivo. Donde si bien los institutos están definidos y conformados por el Derecho Civil, el Derecho Penal les otorga una esencialidad independiente, dándole un significado penal. El punto de partida de esta teoría es la existencia de una divergencia terminológica; sin embargo, no puede rechazarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del derecho carezcan de validez dentro del Derecho Penal.

C) CONCEPCIÓN MIXTA O ECLECTICA

Una tercera teoría denominada como mixta, ecléctica o integradora sostiene que si el ordenamiento jurídico constituye un sistema, sus diversas ramas o disciplinas jurídicas no pueden elaborar conceptos o categorías generando un conglomerado inorgánico de conceptos; por lo que, para esta teoría el Derecho Penal recepciona la conceptos elaborados por el derecho privado y los aplica respetando su significado original; sin embargo, cuando se presentan conflictos lingüísticos no le está prohibido al Derecho Penal recrear algunos conceptos por vía de interpretación para un caso en concreto⁴².

⁴¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier (2011). *"Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II"*. Jurista Editores, Lima, p. 627.

⁴² VILLA STEIN (2001). *"Derecho Penal Parte Especial" – Delitos contra el Patrimonio, 1ra Edición"*. Editorial San Marcos, p. 26.

Teniendo en cuenta estas tres posturas, la doctrina peruana se ha inclinado por la Concepción Ecléctica. Según, Roy Freyre (2013), *“los conceptos e instituciones autónomas del derecho privado, en cuanto son utilizadas por la Ley Penal, deben ser entendidos desde una perspectiva publicista que tenga en consideración el fin inmediato del derecho penal (especial protección de concretos intereses comunes) y también su fin mediato (paz social con la justicia), sin olvidar lo que sostienen los teóricos objetivistas, que los nuevos fenómenos jurídicos, económicos, políticos, morales o técnicos imponen una interpretación de ley desde aquí y para ahora (...)”*⁴³.

Por su parte, Peña Cabrera (1993) sostenía: *“que la solución ha de hallarse pura y simplemente en saber elegir en caso concreto, bien la autonomía institucional, bien la dependencia, rehuyendo posturas absoluta que de antemano están abocadas al fracaso”,* agrega *“que en determinadas ocasiones los institutos jurídicos son efectivamente idénticos en lo penal y en lo civil pero en otras muchas requieren un tratamiento aparte pese a la identidad léxica, que por lo mismo debería de ser evitada prefiriéndose el uso de denominaciones distintas cuando las cosas o ideas también lo sean”*⁴⁴.

Asimismo, para Ramiro Salinas Siccha (2013), *“la postura adecuada resulta ser la teoría ecléctica o integradora, pero no en su sentido radical que sostiene que cuando no coinciden los conceptos creados por el Derechos Privado con los utilizados por el Derecho Penal debe hacerse una recreación total de las expresiones hasta el punto de darle un concepto diferente, sino en un sentido moderado, esto quiere decir, si llega a determinarse que el concepto del derecho privado resulta contrario a los fines del derecho punitivo, el jurista, al momento de llevar a cabo la interpretación debe de ampliar o*

⁴³ ROY FREYRE, Luis Eduardo. *“Derecho Penal Peruano. Parte Especial Tomo III”*. Lima, 1983, pág. 21; citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, p. 904.

⁴⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (1993). *“Tratado de Derecho Penal: Parte Especial Tomo II”*. Ediciones Jurídicas, Lima, pág. 6.

*restringir sus alcances*⁴⁵. Lo cual significa, que el concepto vendrá a ser el mismo con la diferencia que según el caso concreto para el derecho penal interpretativamente el concepto será utilizada en su acepción amplia o restringida⁴⁶.

4.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES

Dentro de la Doctrina, hay diversas posiciones que señalan que el bien jurídico protegido en los Delitos Patrimoniales son los derechos reales, como la posesión, la propiedad, entre otros. En nuestro Ordenamiento Jurídico, el Código Penal de 1863, recogía como bien jurídico de los Delitos Patrimoniales a la propiedad, incluso, en el proyecto de 1916 se consideró a la propiedad como el interés fundamental que se tendría que tutelar en los Delitos Patrimoniales. Sin embargo, con el Código Penal de 1942 se nombró como “Delitos contra el Patrimonio”, la misma que se mantiene en el Código Penal de 1991.

Ante este problema legislativo, surge la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido en los Delitos Patrimoniales; ante ello, la disyuntiva se centra siempre en considerar a la propiedad o al patrimonio como el bien jurídico protegido. En este orden de ideas, para nuestro Ordenamiento Jurídico se entiende por propiedad lo previsto en el Artículo 923° del Código Civil, el cual señala: *“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”*, entonces de la definición legal de la propiedad, se desprende que ésta es el poder jurídico sobre una cosa; por lo tanto, debe de concluirse que para el ordenamiento jurídico peruano la propiedad no es el bien jurídico protegido en los Delitos Patrimoniales.

En efecto, dentro de la doctrina existe un consenso en señalar que el Patrimonio es el bien jurídico protegido por los Delitos Patrimoniales. Según, Ramiro Salinas Siccha (2013): *“los delitos contra el patrimonio,*

⁴⁵ Para esta postura, las categorías civilista han de examinarse desde el prisma teleológico atendiendo a los fines pretendidos por el Derecho Penal.

⁴⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, p. 904.

el bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio, entendido el patrimonio en el sentido genérico y material como el conjunto de obligaciones y bienes (muebles o inmuebles) susceptibles de ser valorados económicamente y reconocidos por el sistema jurídico como pertenecientes a determinadas personas. En tanto que, en sentido específico para efectos de tutela penal, constituye patrimonio de una persona todos aquellos derechos reales (principales: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie, servidumbre; de garantía: prenda, anticresis, hipoteca y derecho de retención) y obligaciones de carácter económica reconocidos por el sistema jurídico⁴⁷. Por su parte, Peña Cabrera (1993), “que por patrimonio entendemos, en sentido general, todo bien que suscite estimación pecuniaria. Los bienes que conforman el patrimonio pueden ser tanto las cosas como los objetos inmateriales. Se trata de que entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente medie una relación con el objeto. A contrario sensu, no existe patrimonio, si no media la vinculación entre la persona y la cosa o entre la persona y el derecho”⁴⁸.

5. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Una primera Clasificación de los Delitos contra el Patrimonio, es determinado por lo que obtiene el sujeto activo con su actuar, entre los que se encuentran los Delitos de Apoderamiento y los Delitos Defraudatorios. Los primeros, requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo, lo cual exige por parte del sujeto activo una acción material de apoderarse, donde respecto al delito de usurpación debe entenderse este apoderamiento en un sentido ideal, ya que, al recaer la acción en la usurpación sobre bienes inmuebles o derechos reales, no cabe hablar de acción material de apoderamiento; en virtud a ello, este modo este tipo de delitos requiere para su perpetración un determinado comportamiento por parte del sujeto activo ya sea mediante medios comisivos violentos o intimidatorios, se encuentran el hurto, el robo, uso

⁴⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). “Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”. Editorial Grijley, Lima, pp. 906 y 907.

⁴⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (1993). “Tratado de Derecho Penal: Parte Especial Tomo II”. Ediciones Jurídicas, Lima, p. 908.

ilícito de vehículos de motor, entre otros. Por su parte los Delitos Defraudatorios, el sujeto activo utiliza medios psicológicos como el engaño para la perpetración del delito, se encuentran en este tipo de delitos la estafa, apropiación indebida, infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones de fluido eléctrico y análogo, cheque en descubierto.

Asimismo, el Doctor Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre (2009), señala la siguiente clasificación de los Delitos Patrimoniales⁴⁹:

A) DELITOS DE APROPIACIÓN: entre lo que se encuentra el hurto, hurto de uso, robo, robo agravado, abigeato, receptación; en este caso el agente directamente se apodera del bien, en contra de la voluntad de la víctima, no siempre es el titular del bien. La distinción sustantiva entre los delitos del hurto y el robo, es que, en el segundo de los mencionados, la apropiación y/o sustracción del bien mueble, tomar lugar mediante violencia y/o amenaza sobre las personas; mientras que en la figura de la extorsión la obtención de la ventaja patrimonial, se obtiene mediante la coacción que sufre el titular del patrimonio, por efectos de la privación de libertad del sujeto pasivo de la acción típica.

B) DE ENGAÑO: cuando el sujeto se vale de ardid u otro medio fraudulento para hacerse del bien mueble, que la misma víctima le entrega, dando lugar a un consentimiento viciado: estafa, defraudaciones, fraude en la administración de las personas jurídicas, libramientos indebidos, atentados contra el sistema crediticio.

C) DE RETENCIÓN: sería el caso de la apropiación ilícita, el ánimo de apropiación surge a posteriori, pues el bien ingresó a la esfera de custodia del autor, por vías lícitas, de consuno, el autor se niega a entregar el bien, cuando es requerido a hacerlo.

⁴⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas; Lima, pp. 30- 31.

D) DE DESTRUCCIÓN: el caso típico de la figura delictiva de daños.

6. DELITO DE ROBO

El Delito de Robo es una de las figuras delictivas de apoderamiento mediante sustracción de mayor frecuencia en nuestra sociedad, es uno de los delitos que mayor peligro genera a la integridad física de la persona, ya que para su comisión, se hace uso de la violencia física contra la persona y la amenaza contra la misma, a fin de poder doblegar la voluntad de la agraviada y así facilitar su comisión; para Ramiro Salinas Siccha (2015): *“el robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas, para de tal modo anular su voluntad de defensa y obtener la sustracción/apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio, lo que lo diferencia sustantivamente del hurto y de los demás delitos patrimoniales”*⁵⁰.

Dentro de los delitos contra el patrimonio, el que con mayor frecuencia se presenta es el delito de robo. Asimismo, se debe señalar que este delito, dentro de la gama de delitos contra el patrimonio, es el que mayor peligro genera puesto que para su realización se debe utilizar la violencia o amenaza.

Para Rojas Vargas (2007) *“el robo es un delito tipificado en el Art 188 de Nuestro Código Penal, el cual se basa en el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física. La pena privativa de libertad para este delito será no menor de tres ni mayor de ocho años.”* Continúa el autor, *“el delito de robo presenta elementos típicos idénticos al delito de hurto: el bien jurídico protegido, el apoderamiento mediante sustracción, la legitimidad de la acción, el bien mueble, total o parcialmente ajeno, como objeto material del delito, y, que el*

⁵⁰ SALINA SICCHA, Ramiro (2015). *“Derecho Penal –Parte Especial”*. Volumen 2, sexta edición, Editorial Iustitia, Lima, pp. 1017-1018.

sujeto actúe con la finalidad de obtener provecho. Sin embargo, el robo se distingue del hurto por los medios comisivos (violencia o amenaza contra la persona –su vida o integridad física) empleados por el agente para vulnerar la defensas de la víctima y de esta forma facilitar la comisión del delito; por lo que ya no sólo se trata de proteger al patrimonio, sino además la vida, la integridad y la libertad personal”⁵¹.

6.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE ROBO

Sobre la particular naturaleza del Delito de Robo, la doctrina ha esbozado distintas teorías a fin de poder explicar la naturaleza jurídica – legislativa del Delito de Robo. Al respecto, existen tres grandes teorías:

A) EL ROBO COMO UNA VARIEDAD DEL HURTO AGRAVADO

Para algunos tratadistas del Derecho, como el Delito de Robo tiene los mismos elementos constitutivos que el Delito de Hurto, diferenciándose por los modos facilitadores de la acción, esto es, en el uso o empleo por parte del agente de la violencia o amenaza sobre las personas; es decir, entre ambos delitos media una relación de género – especie⁵²; lo cual implicaría que todos los elementos del tipo objetivo del delito de hurto también son extensibles al Delito de Robo; al respecto, si bien la mencionada posición puede ser coherente en la teoría, técnicamente no puede ser aplicable puesto que la realización del Delito de Robo no se encuentra condicionada a que el bien materia de apropiación tenga que superar una Remuneración Mínima Vital; dentro de nuestro ordenamiento jurídico, basta que el agente del delito ponga en peligro la vida, el cuerpo y la salud de la víctima, para que se dé una condena de mayor alcance sancionador, sin que tenga que interesar para ello el valor económico del bien materia de sustracción.

⁵¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *“El delito de robo”*. Grijley, Lima, 2007, p. 7.

⁵² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas; Lima, p. 102.

B) EL ROBO COMO UN DELITO COMPLEJO

Por su parte, otros teóricos del Derecho, sostienen que en la figura delictiva de Robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como el delito de coacción, lesiones, uso de armas de fuego, etc., por lo cual el Delito de Robo vendría a ser un delito complejo. Una de las principales objeciones a esta teoría se centra que en la mayoría de Delitos concurren elementos que a la vez se encuentran presentes en otros tipos penales; en este orden de ideas, aceptar que el delito de robo es un delito complejo porque presenta una gran diversidad de elementos constitutivos implicaría afirmar que la mayoría de delitos tipificados en el Código Penal también son complejos lo cual es un error⁵³.

C) EL ROBO ES UN DELITO AUTONOMO

Es la posición actual mayoritaria en la doctrina, que sostiene que al intervenir los elementos de violencia o amenaza en la construcción del tipo penal automáticamente se convierte en una figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto⁵⁴; posición esta última con la que me encuentro de acuerdo, teniendo en cuenta la contundencia de las objeciones planteadas a las primeras posturas, entre ellas, que los supuestos típicos que conforman el delito de robo, son nítidamente diferenciables al hurto, así como que la congregación de elementos constitutivos de varios delitos en un solo ilícito penal, es recurrente en muchas figuras delictivas contenidas en la norma sustantiva, lo que no es suficiente para determinar la naturaleza compleja o meramente concurrente, al tener elementos de construcción adicionales (como la cuantía, violencia contra personas y no sobre las cosas, penalidad, bien jurídico pluriofensivo) que le dan autonomía, incluso a sus sub modalidades.

⁵³ *“En determinados delitos concurren elementos constitutivos que conforman también la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de otros delitos, pero desde el momento en que se combinan con otros elementos en la construcción de un tipo penal, automáticamente se convierte en un delito autónomo. (...) En suma no es tan cierto que el robo sea un delito complejo”;* citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, p. 981.

⁵⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2013). *“Derecho Penal-Parte Especial. Tomo II. 2ªEdición”*. Editorial Idemsa, p. 69.

6.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La naturaleza del ilícito en comentario, es pluriofensiva, toda vez que si bien el Robo al igual que el Hurto constituyen un atentado con el patrimonio, contra los derechos reales inherentes la propiedad, cuando se produce el desapoderamiento del bien mueble; lo característico del ilícito penal en comento, radica en que la sustracción del bien se realiza mediante la intimidación y violencia que se ejerce sobre las personas; por lo que, se produce un grave riesgo hacia su integridad, vida, salud y libertad, bienes jurídicos que también son tutelados y que son incluso de mayor entidad que el patrimonio⁵⁵.

Según Fidel Rojas Vargas (2000): *“la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico, predominante; junto a ella, se afecta también directamente la libertad de la víctima o a sus allegados funcional -personales. A nivel de peligro mediano y/o potencial, entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil”*⁵⁶. Por su parte, Gálvez Villegas y Delgado Tovar (2011), mencionan: *“En el delito de robo, al igual que en el delito de hurto, el objeto de protección es del derecho de protección de la víctima, así como también puede serlo el derecho de posesión del cual es despojado el agraviado, cuando este derecho viene ejerciéndose independientemente del derecho de propiedad (distinto de unos de los atributos de la propiedad)”*⁵⁷. En cambio, para Salinas Siccha (2013): *“(…) el único bien jurídico que se pretende tutelar con la figura del robo simple es el patrimonio representado por los derechos reales de posesión y de propiedad. En efecto, por la ubicación del robo dentro del Código Penal, etiquetado como delito contra el patrimonio y además con el animus lucrandi que motiva la acción del autor, el bien fundamental protegido es el patrimonio de la víctima. La afectación de otros bienes jurídicos como*

⁵⁵ Ejecutoria Suprema RN N° 6014-97 – Arequipa, 19 de agosto 1998, en: Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia Penal. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 397.

⁵⁶ ROJAS VARGAS, Fidel (2000). *“Delitos contra el Patrimonio. Volumen I”*. Editorial Grijley, Lima, p. 348.

⁵⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther (2011). *“Derecho Penal – Parte Especial, Tomo II, Jurista Editores. Lima, p. 753.*

la vida, la integridad física o la libertad, aquí solo sirven para calificar o configurar en forma objetiva el hecho punible de robo. (...) Si por el contrario se afectara alguno de aquellos bienes de modo principal y, en forma secundaria o accesoria, el patrimonio, estaremos ante una figura delictiva distinta del robo. (...) El bien jurídico protegido de modo directo es el patrimonio representado por el derecho real de posesión primero y después por la propiedad. Pues en todos los casos, siempre la sustracción y consecuente apoderamiento será contra el poseedor de bien mueble objeto del delito. Esto es, la acción del agente es dirigida contra la persona que ostenta o tiene la posesión del bien mueble que muy bien puede coincidir con el propietario o un simple poseedor legítimo temporal del bien (...)⁵⁸.

Respecto al bien jurídico tutelado – propiedad y posesión-, existen posiciones discrepantes en la doctrina que van desde considerar al derecho de propiedad, de posesión o ambas como el bien jurídico protegido, siendo esta última a la que se adhiere el suscrito, puesto como se ha señalado anteriormente, toda vez que la acción del agente es dirigida inicialmente contra la persona que ostenta o tiene la posesión del bien mueble que muy bien puede coincidir con el propietario o un simple poseedor legítimo temporal del bien, siendo por ello necesario verificar contra qué persona se utilizó la violencia o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física y acto seguido, se le solicitará que acredite la preexistencia del bien mueble, circunstancia con la cual hace aparición del propietario del bien. En la praxis judicial, sí la persona contra quien se hizo uso de la violencia o la amenaza es el propietario del bien objeto de delito existiría una sola víctima y si por el contrario, se verifica que la persona que resistió la violencia o amenaza del sujeto activo fue un simple poseedor legítimo, estaremos ante dos sujetos pasivos: el propietario y el poseedor; es importante señalar que en ambos casos es necesario la acreditación de la preexistencia del bien objeto del delito de robo, tal

⁵⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). “Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”. Editorial Grijley, Lima, p. 996.

conforme lo ha expresado la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema de fecha el diecisiete de junio del dos mil tres.

6.3. DEFINICIÓN DEL DELITO DE ROBO

El Delito de Robo es el apoderamiento ilegítimo del bien mueble sea total o parcialmente ajeno, con la intención de obtener un provecho económico, ejerciendo violencia o intimidación contra la persona. Bajo el *nomen iuris* de Robo se hace referencia a la sustracción de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, utilizando para ello la violencia contra la víctima o amenazándola con el peligro eminente para su vida o integridad física; sin duda, la nota diferenciadora con respecto al hurto consiste en ejercer la violencia sobre la persona, no sobre el bien mueble; de ser este último, se subsume sobre el hurto agravado⁵⁹.

6.4. TIPICIDAD OBJETIVA

6.4.1. SUJETO ACTIVO

De la redacción del tipo penal que se encuentre regulado en el Artículo 188° del Código Penal, el cual señala: ***“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra”, empleando la violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de res ni mayor de ocho de años”*** (Negrita y subrayado es agregado nuestro), se evidencia que es genérico; es decir, se desprende que no se exige la presencia de alguna cualidad especial en el sujeto activo o agente del delito de robo⁶⁰; en este orden de ideas, el agente del Delito de Robo

⁵⁹ PAREDES INFANZÓN, Jelio (2016). *“Delitos contra el Patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 142.

⁶⁰ En caso se verifique que el agente del delito de robo es un funcionario o servidor público, se le impondrá una penalidad más grave conforme a lo señalado en el Artículo 46-A del Código Penal, el cual señala: *“Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad”*.

puede ser cualquier persona natural, basta con que cuente con una capacidad psicofísica suficiente; en el caso de ser un menor de edad el autor del Delito de Robo, será calificado como un infractor a la Ley Penal pasible que se le aplique una medida socioeducativa.

La única condición que se establece en relación al Sujeto Activo del Delito de Robo es que el agente no sea el propietario del bien, pues como se ha mencionado, uno de los intereses objeto de tutela por el Delito de Robo constituye la propiedad y conforme al tipo penal el bien objeto del delito debe ser “total o parcialmente ajeno”. Esta circunstancia, posibilita que fácilmente un copropietario pueda constituirse en sujeto activo del delito lo cual podrá suceder, siempre y cuando, no se encuentre en posesión del bien mueble.

6.4.2. SUJETO PASIVO

En el Delito de Robo, de conformidad con su naturaleza pluriofensiva, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona física o jurídica, titular del derecho de posesión del bien mueble que es objeto de sustracción por parte del agente. Sin embargo, la acción típica que toma lugar en la construcción típica, importa el despliegue de la violencia física o de una amenaza inminente para la vida o la integridad física, la cual puede recaer en una persona distinta del titular del bien mueble, hecho que tendrá lugar, ejemplo, cuando una madre y su hija van al mercado, portando la niña la cartera de su madre, esta es la víctima de una agresión por medio del cual le sustraen la cartera; entonces, vendrá a ser el sujeto pasivo del delito, quien es el titular del objeto material del delito, en el ejemplo la madre; y el sujeto pasivo de la acción, será sobre quien recae los actos físicos de violencia o los actos de amenaza, la niña en el mencionado ejemplo.

6.4.3. MODALIDAD TÍPICA

De la redacción típica del Delito de Robo prevista en el Artículo 188° del Código Penal, nos señala que el Delito de Robo se configura cuando el sujeto activo con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia física contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física. La Corte Suprema de Justicia de la República mediante Ejecutoria Suprema de fecha ocho de julio de mil novecientos noventa y nueve, señaló: *“el delito de robo se configura cuando existe el apoderamiento ilegítimo por parte del agente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él sustrayéndolo del lugar en que se encuentra; constituyendo modus operandi del mismo, el empleo de la violencia contra la persona bajo amenaza de un peligro inminente para su vida o para su integridad física, para poder lograr el desapoderamiento del bien mueble a efectos de que el agente logre tener disposición sobre el bien, sin importar el fin o uso que le dé al mismo, ni el tiempo que transcurra en su órbita de control”*⁶¹.

El Robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero la nota diferenciadora recae en el empleo de la violencia y/o grave amenaza sobre las personas, con la finalidad de quebrantar su voluntad de resistencia y así obtener la sustracción – apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio. El Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116 del trece de diciembre del dos mil nueve, en su fundamento diez ha establecido como doctrina legal: *“El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la*

⁶¹ Expediente N° 2221-1999- Lima. “Revista Peruana de Jurisprudencia”. Año 1, N° 2, 1999, p. 342.

persona – no necesariamente sobre el titular del bien mueble-. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física intimidación en un tercero. Esto es, la violencia o amenazas – como medio para la realización típica del robo - han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento”. En este orden de ideas, el tipo penal regulado en el Artículo 188° presenta lo siguientes presupuestos objetivos:

A) APODERAMIENTO

Según Soler (1992), *“la acción de apoderarse típica debe consistir en la acción de poner bajo su dominio y la acción inmediata una cosa que ante ello se encontraba en poder del otro”*⁶². Este delito se consuma con el apoderamiento⁶³ del bien mueble total o parcialmente ajeno, para obtener provecho económico, introduciendo el agente en su esfera de disposición un bien mueble que anteriormente se encontraba dentro de la esfera de custodia de otra persona, lo que a su vez se traduce en la posibilidad potencial e inmediata, que éste tiene de ejercitar sobre el bien, cualquiera de los atributos derivados de la propiedad (usarla, usufructuarla, enajenarla o darla en prenda), utilizando para ello como medio el uso de la violencia contra la persona o la grave amenaza.

Al respecto nuestra jurisprudencia nacional ha expuesto criterios interpretativos para entender el momento en que se consuma este delito, la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-

⁶² SOLER, Sebastián (1992). *“Derecho Penal Argentino IV”*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, p. 190.

⁶³ *“El apoderamiento de los bienes muebles sin el empleo de violencia o amenaza contra la persona, configura el delito de hurto, pero no el de robo”*, citada en Ejecutoria del 25 de octubre de 1995, Expediente N° 3144-94-B, citado en el Código Penal, Gaceta Jurídica, 2000, p. 117.

301-A, emitida por los vocales de lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en pleno jurisdiccional, se han pronunciado respecto al momento de la consumación en el delito de robo agravado, que resulta ser una modalidad del delito de robo; señalando que, el acto de apoderamiento es, pues, el elemento material central de identificación para determinar, en el *itercriminis*, la consumación y la tentativa, desde esta perspectiva, el apoderamiento importa: **a)** un desplazamiento físico de la cosa del ámbito de poder patrimonial del tenedor- *de su esfera de posesión*- a la del sujeto activo, y **b)** la realización material de actos posesorios, de disposición sobre el mismo; la acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente define al robo como un delito de resultado y no de mera actividad, en este entendimiento, se requiere que el agente desapodere a la víctima de la cosa- no solo adquiere poder sobre ella- sino también, como correlato, propicia la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento, siendo que este poder de hecho – resultado típico previsto por la norma, se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir, cuando el agente tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; solo en ese momento es posible sostener que se ha consumado el delito.

B) ILEGITIMIDAD DEL APODERAMIENTO

El patrimonio es un bien jurídico de plena disponibilidad por su dueño, siempre y cuando cuente con la legitimidad brindada por el ordenamiento jurídico; en este entendido, constituye delito el apoderamiento seguido por la sustracción que realiza el sujeto activo del delito de robo, para hacerse

de la custodia del bien mueble, supone un atentado contra la voluntad de la víctima. Entonces, si el titular del bien, le regala el objeto a un tercero, le concede su libre disponibilidad, dicha acción no será una conducta con relevancia jurídica – penal; siendo así, ante la presencia del consentimiento del titular del bien, la conducta será atípica⁶⁴; sin embargo, estará sujeta a determinadas condiciones como que dicho consentimiento debe realizarse antes del acto de entrega, el consentimiento debe exteriorizarse de manera expresa⁶⁵ y debe ser dada por una persona que cuente con capacidad de goce y ejercicio; es decir, el titular del bien.

La acción típica del Delito de Robo regulada en el Artículo 188° del Código Penal lleva implícita la “ilegitimidad”, que aparece cuando el agente se apropia o adueña del bien mueble sin tener derecho sobre él, esto es, sin consentimiento de la víctima para generar dominio sobre el bien mueble y por tanto disponer de él. En tal sentido, la ilegitimidad se verá enervada cuando el titular del bien preste su consentimiento bajo las condiciones señaladas en el párrafo anterior.

C) ACCIÓN DE SUSTRACER

Se entiende por sustracción todo acto que realiza el agente orientado a arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima y desplazarlo a su esfera de dominio, dando inicio, a decir de Rojas Vargas, al desapoderamiento del bien mueble del ámbito de control del propietario.

⁶⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas; Lima, p. 47.

⁶⁵ *“El consentimiento, de todos modos, debe ser prestado libremente, sin que medie vicio alguno que lo pueda contaminar, que no pueda dar lugar a una voluntad viciada. Si el autor influye mediante actos en sí fraudulentos, engaños suficientes, como, por ejemplo, ofrecerle una contraprestación a corto plazo, siempre y cuando sean vigentes en el mercado, no será un robo, sino un caso típico de estafa”*; citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009); *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas; Lima, p. 48.

Objetivamente debe haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto de robo, caso contrario, el delito no aparece⁶⁶.

D) BIEN MUEBLE TOTAL O PARCIALMENTE AJENO

El Bien Jurídico tutelado, la propiedad y posesión, como parte del patrimonio de una persona, tiene significación distinta a lo que debe entenderse como objeto material de la acción o del delito, el cual recae sobre el bien mueble⁶⁷, entendida como toda cosa con existencia real y con valor patrimonial para las personas, susceptibles de ser transportadas de un lugar a otro; el cual debe tener valor económico así sea mínimo, toda vez que nuestra legislación penal no exige monto mínimo, como si ocurre en el hurto simple, siendo más bien el valor del bien un componente necesario para la autoridad jurisdiccional a efectos de la determinación de la pena a imponer al acusado, siendo importante que el apoderamiento del bien mueble sea producido ejerciendo violencia o grave amenaza sobre la víctima, circunstancia esta última que la diferencia del hurto agravado.

De la redacción normativa, se desprende que el bien mueble objeto del Delito de Robo debe ser total o parcialmente ajeno; es decir, el sujeto activo no debe detentar ningún título dominical que lo ampare. Asimismo, para que se pueda configurar el Delito de Robo, el bien mueble debe de tener un propietario reconocido, sin que el agente de delito sepa de quien se trata; en este orden de ideas, las cosas que no le pertenecen a nadie (*res nullius*) no serán susceptibles del delito de robo; al igual que los bienes abandonados por sus

⁶⁶ Sala de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima, por Resolución Superior del 15 de abril de 1999, sentenció: "(...) es necesario que se acredite no solo el apoderamiento del bien mueble, sino también la sustracción del lugar en que previamente se encontraba".

⁶⁷ VIZCARGO, Silfredo Hugo (2009). "Delitos contra el Patrimonio", Lecciones de Derecho Penal.

dueños (*res derelictae*) y la cosa de todos (*res comunisominus*); en estos casos, los bienes no tienen dueño; por lo que, el acto de apoderamiento no afecta patrimonio alguno⁶⁸.

En el Delito de Robo, operara una situación de ajenidad parcial cuando el agente tiene un derecho sobre la cosa; es decir, se encuentra sujeto a un régimen de copropiedad, condómino, coheredero, entre otros. Según el Artículo 1969° del Código Civil: "*Hay copropiedad cuando el bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas*"; de lo mencionado, se desprende que hasta que no haya la división y partición del bien sujeto a la copropiedad no podrá hablarse de ajenidad puesto que con la división los copropietarios sabrán la proporción que les corresponde; entonces, para que se pueda configurar el delito de robo previamente se tendrá que llevar a cabo la división y partición del bien sujeto a la copropiedad, en virtud de la cual, el ex copropietario se apodera de la porción bien que le pertenece al otro ex copropietario.

E) EMPLEO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA PERSONA O AMENAZA CON EL PELIGRO INMINENTE PARA SU VIDA O INTEGRIDAD FÍSICA

EMPLEO DE LA VIOLENCIA: La violencia implica un obrar con ímpetu y fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de la voluntad, compeliéndole materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según la naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar⁶⁹. Cuando hablamos de Violencia Física, nos referimos al despliegue de una energía muscular lo suficientemente

⁶⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). "*Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición*". Editorial Grijley, Lima, p. 987.

⁶⁹ PAREDES INFANZÓN, Jelio (2016). "*Delitos contra el Patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*". Gaceta Jurídica, Lima, p. 146.

intensa como para vencer la resistencia de la víctima o, los mecanismos de defensa que pueda anteponer para conjurar la agresión ilegítima, como atar, amordazar, golpear, empujar, apretar o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material; por lo que, debe de manifestarse mediante actos concretos⁷⁰.

Para el apoderamiento, el agente utiliza como medio el uso de la violencia física o material contra el cuerpo del sujeto pasivo titular del bien jurídico⁷¹, o incluso de terceros, durante, antes o después de la sustracción del bien mueble, siendo conocido tal concepto ya por el derecho romano como *vis absoluta o vis corporalis*, lo que implica que el sujeto activo actué físicamente sobre el soma de la víctima con la finalidad de obligarle a permitir lo que su voluntad no desea⁷², al respecto es necesario apreciar que la violencia ha de tener un adecuada potencialidad, esto es, debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de las personas, debiendo ser suficiente para quebrantar la mínima defensa ofrecida por la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba, obligándola de esta manera a padecer la sustracción del bien mueble⁷³ a efectos de diferenciarla con el hurto agravado. El uso de la violencia en el delito de robo debe facilitar la sustracción y apoderamiento por parte del agente, siendo necesario que exista entre ambas una vinculación tanto objetiva como subjetiva, lo que implica que

⁷⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas; Lima, p. 107.

⁷¹ *“Cuestión de relevancia es que la violencia física que se ejerce sobre la esfera somática de la víctima, debe realizarse con el fin de apoderarse del bien, esto es, el sujeto pasivo se erige como el obstáculo que el autor ha de vencer para poder apoderarse del bien mueble. Si luego de sustraído el bien, con un mero acto de apoderamiento – sin violencia – golpea a la víctima, no será robo sino habrá concurso real de hurto y lesiones”*; citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas; Lima, pp- 108-109.

⁷² ROY FREYRE, Luis E. (1983). *“Derecho Penal Peruano, Tomo III, Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio”*, Instituto Peruano de Ciencias Peales, Lima, Perú, 1983, p. 76.

⁷³ PEÑA CABRERA, Raúl (1995). *“Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II-A; Delitos contra el Patrimonio”*, Ediciones Jurídicas Lima, Perú, p. 149.

su empleo haya sido el medio elegido por el agente para perpetrar el delito⁷⁴.

AMENAZA DE UN PELIGRO INMINENTE: La amenaza⁷⁵ se constituye en un anuncio con el propósito de causar un mal inminente, capaz de poner en peligro la vida o integridad física de la víctima o de un tercero, utilizada antes, durante o después de la sustracción del bien mueble, capaz de vencer la voluntad contraria del sujeto a quien se dirige, provocando que éste entregue el bien o en su caso posibilite el acto de apoderamiento, violencia que era conocida en el derecho romano como *vis compulsiva*, la cual debe ser siempre determinada, considerable, seria, posible e inminente; no requiriéndose para estos efectos, que se genere intimidación (temor) sobre la víctima. Sobre el particular, Irureta Goyena, refiere que la gravedad de la amenaza debe ser valorada acorde a factores como sexo, edad, psicología de la víctima, lo cuales deben ser apreciados por el tribunal en cada caso concreto.

En este orden de ideas, al hablarse de una amenaza inminente, debe entenderse que el mal que se pretende realizar ha de concretizarse de forma inmediata, si se dice que la amenaza es un mal a futuro, no desplegará los efectos que se espera de la misma, de incidir en un plano psicológico concreto reduciendo, por tanto, los mecanismos de defensa de la víctima. Asimismo, la amenaza debe de ser seria; es decir, idónea para poder provocar el estado que se

⁷⁴ Ejecutoria Suprema del 06 de junio del 2000.

⁷⁵ "(...), a diferencia de la violencia física, que destruye la libertad de querer de una persona al suprimir la voluntad, por su parte la intimidación no destruye la voluntad, solamente la limita; hay voluntad de la persona pasiva, pero esta voluntad es viciada, manipulada, coactada, por el sujeto activo"; citado por PAREDES INFANZÓN, Jelio (2016). "Delitos contra el Patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial". Gaceta Jurídica, Lima, p. 149.

describe en la norma (inminente peligro para la vida de la víctima o integridad física)⁷⁶.

6.5. TIPICIDAD SUBJETIVA

El Delito de Robo se presenta como una figura eminentemente dolosa, entendida como el conocimiento y voluntad de obrar acorde a lo prescrito en el tipo penal, a lo que se aúna, la particular motivación psicológica, representada por el *animus lucrandi*, traducido en el provecho económico para sí o para un tercero, que busca alcanzar con la sustracción y apoderamiento un bien mueble ajeno o parcialmente ajeno. El sistema peruano no exige solo la concurrencia del dolo para perfeccionar el delito, sino que requiere desde el inicio de la acción delictiva la presencia de un segundo elemento subjetivo que viene a reforzar el dolo, esto es, la intención del agente de obtener un provecho económico con la sustracción del bien, que para efectos de este trabajo, debe entenderse conforme a lo señalado por Rojas Vargas y Salinas Siccha, con idéntico significado al de los vocablos “beneficio, ventaja o utilidad”, en sus acepciones amplias, no encontrándose su naturaleza restringida a los referentes pecuniarios – económicos.

6.6. TENTATIVA EN EL DELITO DE ROBO

El Delito de Robo es un delito de lesión o de resultado, entonces es admisible que la conducta del sujeto activo quede en grado de tentativo. Según, Jelio Paredes Infanzón (2016): “(...) existe tentativa cuando el agente no logra su propósito a pesar de la violencia o amenaza que pudiera ejercer contra la víctima, como puede ser el caso en que el delito se frustra porque la víctima logra reducir a su agresor e impide que lo despoje del bien o por una intervención oportuna de la policía”⁷⁷. Por su parte, Ramiro Salinas Siccha (2013), indica: “estaremos ante una tentativa de robo cuando el agente ha dado inicio a la sustracción del bien haciendo uso de la violencia o amenaza y

⁷⁶ “Por otro lado, la amenaza requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe de creer que existe la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se amenaza; el sujeto pasivo debe caer en la creencia de que no poniendo resistencia o, mejor dicho, dando su consentimiento a la sustracción evitara el perjuicio que anuncia”.

⁷⁷ PAREDES INFANZÓN, Jelio (2016). “Delitos contra el Patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”. Gaceta Jurídica, Lima, p. 152.

*luego se desiste o cuando el agente no logra sustraer el bien por oposición firme de la víctima o es sorprendido por terceros en los instantes en que se encuentra en plena sustracción de los bienes o lo detiene, o cuando está en fuga con el bien sustraído y es detenido*⁷⁸.

6.7. CONSUMACION DEL DELITO DE ROBO

El Delito de Robo se consuma con el apoderamiento del bien mueble; es decir, cuando el sujeto activo obtiene su disponibilidad. Por tanto, no basta con que el sujeto haya tomado el bien y haya huido con él para que se pueda entender consumado el delito; es necesario, que haya tenido, aún durante el curso de la huida, un mínimo de disponibilidad. Es decir, el tipo penal que se encuentra previsto en el Artículo 188° del Código Penal adquiere la perfección delictiva, cuando el agente logra apoderarse del bien mueble; esto es, se produce el desplazamiento de la esfera de custodia del sujeto pasivo hacia el sujeto activo, quien a partir de dicho momento está en capacidad de realizar actos de disponibilidad sobre el objeto.

Respecto a la determinación del momento en que se entiende que el sujeto disfruta de la disponibilidad del bien, algunos consideran que existe ya en el mismo instante de la huida con el bien; en cambio, para otros en ese momento aún no es posible hablar de verdadera disponibilidad. Sin embargo, la posibilidad de disposición que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria sin más temor que el ser descubierto; al respecto, Fidel Rojas Vargas citado por Ramiro Salinas Siccha, indica: *“el delito de robo simple, delito de resultado, se halla consumado cuando el sujeto activo ha logrado el apoderamiento del bien en fase de disponibilidad haciendo uso indistintamente de la violencia o amenaza para ello, o conjuntamente valiéndose de ambas acciones instrumentales*⁷⁹.

⁷⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, p. 1000.

⁷⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima, 2013, p. 1003.

7. ROBO AGRAVADO

El delito de robo, al ser un delito pluriofensivo, ya que pone en peligro diversos bienes jurídicos, acarrea mayor peligro cuando es cometido haciendo uso de diversas circunstancias que potencian ese peligro y facilitan al sujeto activo la comisión del hecho delictivo⁸⁰.

Gálvez Villegas y Delgado Tovar (2011), expresa que *“el robo agravado se constituye a partir del tipo del robo simple, pero con ciertos agravantes que están detallados en el artículo 189 de nuestro Código Penal. De esta manera, el Código nos señala que la pena para este delito será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: a mano armada, en la noche, con el concurso de dos o más personas, entre otros. Mientras que la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima, cuando se abuse de su incapacidad física o mental, cuando el bien vulnerado sea de valor científico o que integre el patrimonio y cuando se coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica”*. Continúa el autor, *“dada la alta incidencia del delito de robo en la sociedad, al igual que los delitos de extorsión, secuestro y otros, ha sido materia de diversas modificaciones legislativas que van desde la incorporación de nuevas modalidades agravadas hasta la sobre criminalización de dicha modalidad delictiva –cadena perpetua”*⁸¹

7.1. ACCIÓN TÍPICA

Respecto a la Acción Típica es aplicable lo señalado para el delito de robo, toda vez que el robo agravado deriva del tipo de robo simple tipificado en el Artículo 188° del Código Penal, del cual se nutre y orienta, y al cual, con el objeto de la imputación penal, debe referirse al efectuar la subsunción de la conducta como una forma agravada, toda

⁸⁰ El incremento de la pena que tipifica el artículo materia de comentario, halla su sustento, en las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, incrementando el reproche social en atención a la conducta peligrosa desplegada por el sujeto activo en el curso de la comisión del hecho delictivo (robo), lo que determina una respuesta sobrecriminalizadora y una mayor sanción penal, a la luz de los parámetros de política criminal que orientan el sistema penal.

⁸¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther (2011). *“Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo II, Jurista Editores. Lima, pp. 749-750.

vez que esta norma no hace referencia a una conducta específica alguna, describiendo solo circunstancias agravantes. En este extremo, aunado a lo que ya expuesto, es preciso señalar que respecto del momento consumativo del robo agravado en específico, la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A⁸², señala que el apoderamiento se produce con la disponibilidad potencial, que no efectiva, sobre la cosa- de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos-, lo que permite desestimar de plano teorías clásicas como la *aprehensio* o *concrectatio*- que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa, la *amotio*- que considera consumado el delito cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar- y la *illatio*- que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor-; y, ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la *ablatio*- que importa sacar la cosa fuera del ámbito de custodia, vigilancia o de actividad del tenedor, no siendo el desplazamiento de la cosa en el espacio, el criterio definitorio, sino más bien el del sujeto que puede realizar actos de disposición.

En consecuencia, la consumación del ilícito penal viene determinada por la disponibilidad, más que real y efectiva, potencial sobre la cosa, toda vez que al ser real y efectiva supondría más bien la entrada a la fase de agotamiento del delito, siendo por el contrario la disponibilidad potencial una posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída, la cual puede ser

⁸² Si bien la Sala Penal Permanente afirma en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 102-2005, Lima, del 11 de abril del 2005, que “*el apoderamiento debe entenderse consumado, no con el sólo hecho de aprehender o coger la cosa – concretatio- ni con el mero hecho de la separación de la posesión material del ofendido, sino con la ilatio, esto es, cuando el auto ha logrado la disponibilidad potencial sobre la cosa, que puede incluso ser momentánea, fugaz o de breve duración, así como de parte de lo sustraído para que quede consumado en su totalidad, en tanto que se precisa la efectiva disposición de la misma-, lo que no sucede cuando se está persiguiendo al agente y se le captura en posesión de la misma. Agrega, que será tentativa, pese a la aprehensión de la cosa, cuando el imputado es sorprendido in fragantio in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado o si en el curso de la persecución abandona los efectos, sin haber conseguido su disponibilidad momentánea o fugaz*”. Por lo que, aun cuando se haya señalado que el apoderamiento se consume con la teoría de la *ilatio*, lo real y concreto es que la citada Sala Penal volvió a la teoría de la *ablatio*, pues luego sostiene que se entiende por consumado el apoderamiento “*cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial del bien, en consecuencia, ante posiciones interpretaciones contradictorias en la jurisprudencia, los Vocales Supremos de las Salas Penales Permanente y Transitoria, por invocación de la primera (RN. N° 102-2005-Lima, materia de comentario), el 30 de setiembre del 2005 acordaron los términos del presente acuerdo plenario.*

incluso momentánea, fugaz o de breve duración, por lo que, en dicho entendimiento, pueden advertirse las siguientes circunstancias: **A)** Si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; **B)** Si el agente es sorprendido *in fraganti o in situ* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, **C)** Si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

En tal sentido, se tiene que a nivel doctrinario y jurisprudencial, habrá conducta punible de robo consumado cuando el agente ha logrado apoderarse y por tanto tiene la posibilidad real o potencial de disponer libremente del bien mueble sustraído a la víctima, siendo la teoría de la disponibilidad la que se impone para diferenciar la tentativa de la consumación, en otros términos y parafraseando a Salinas Siccha⁸³, en el Perú es común sostener y afirmar que se ha impuesto la teoría de la *ablatio*, que sostiene que el robo se consuma cuando se traslada el bien mueble sustraído a un lugar donde el agente tenga la posibilidad de disponerlo.

Analizando la Sentencia Plenaria, advertimos que la regla jurídica nos puede llevar a una paradoja normativa, por ejemplo, puede darse el caso que el sujeto activo mata a la víctima y cuando se está llevando el bien es detenido por la autoridad policial; entonces, por la Sentencia Plenaria, estamos ante robo en grado de tentativa, aún con un occiso, y se habilita legalmente con el Artículo 16 del Código Penal, al juez, para reducir la pena hasta por debajo del mínimo legal. En el otro caso, cuando el medio para la sustracción del bien a la víctima es la amenaza y días después es detenido el sujeto activo con el bien, en

⁸³ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). "Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición". Editorial Grijley, Lima, p. 1002.

este caso ya se habría consumado el delito. De lo mencionado cabe preguntarnos, sobre la gravedad de las hipótesis mencionadas; desde la perspectiva patrimonialista sería el segundo; sin embargo, en el primer supuesto fáctico hay un muerto; por eso, debe examinarse, para establecer la gravedad del ilícito los medios empleados. Como conclusión, debemos señalar que el enfoque del delito de robo no solo debe ser atendiendo al momento consumativo, sino que el uso de los medios para llegar a ese estadio delictivo; esto es, la violencia o la amenaza, desde un reconocimiento del carácter pluriofensivo de este delito a efectos de tutelar también la vida e integridad de la víctima⁸⁴.

7.2. EXAMEN DE LAS AGRAVANTES

A) EN INMUEBLE HABITADO

Esta causal antes de su modificación efectuada mediante la Ley N° 30076 se le denominaba “Casa Habitada”; con la modificación al término “inmueble habitado” hace referencia al espacio físico, de esta manera se amplía el ámbito de protección a otros espacios de habitación; por ejemplo, un local comercial que puede ser utilizado como residencia; es decir, mediante esta agravante también pueden ser consideradas locales de instituciones públicas, privadas, oficinas, colegios, etc. Para algunos autores, el fundamento de la agravación radica en el ultraje que comete el sujeto activo del delito en el hogar ajeno, así como la puesta en peligro de las personas al cometer el hecho en casa habitada; por su parte, otros autores indica que la agravante se encuentra en la mayor peligrosidad con la que puede actuar el agente.

De lo glosado, considero que el fundamento de la agravación radica en el posible riesgo para las personas y en la lesión que sufre la intimidad de estas dentro de un determinado espacio físico. En conclusión, la fundamentación de la agravante está dada por el lugar

⁸⁴ “La Corte Suprema confunde el agotamiento con la realización del tipo, puesto que, en el robo, solo se exige la sustracción del bien para consumir el delito. Cuando se dice posibilidad potencial de disponer de la cosa ya estamos en la esfera del agotamiento”; citado por ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy (2012). “Comentarios de los precedentes vinculantes penales- Análisis de las Decisiones Vinculantes de la Corte Suprema”. Ediciones Legales, Lima, p.127.

en que se comete el hecho delictivo, siendo necesaria la efectiva presencia de las personas en el inmueble, contra quienes se ejercerá la violencia o la amenaza.

B) DURANTE LA NOCHE

Esta circunstancia agravante, encuentra su fundamento político criminal en que la noche es un espacio de tiempo propicio para cometer el robo, una circunstancia natural, carente de luz solar propicia un estado de mayor peligro. Presupone la posibilidad de ciertos elementos⁸⁵: oscuridad, mínimo riesgo para el agente y facilidad mayor para el apoderamiento al relajarse las defensas por parte de la víctima y presupone condiciones de mejor ocultamiento para el sujeto activo del delito y evitar de ese modo ser identificado por la víctima. La consumación o perfeccionamiento del robo tiene que hacerse durante la noche, si en un caso en concreto se llega a determinar que los actos preparatorios se hicieron en el día y la consumación se produjo en la noche se configura la agravante, mas no concurrirá agravante si llega a determinarse que los actos preparatorios se hicieron aprovechando la noche, pero la sustracción violenta se produjo en el día. Hay algunas discrepancias respecto a si esta agravante debe ser considerada en su acepción físico-gramatical de oscuridad o nocturnidad natural como en una perspectiva teleológica, señalando que si en una calle donde haya suficiente iluminación artificial y sea de noche no es posible cometer un robo agravante.

C) CON EL CONCURSO DE DOS O MAS PERSONAS

Esta agravante encuentra su fundamento en la situación de desventaja y/o indefensión en la que se encuentra la víctima frente a los sujetos activos del delito, elevándose el peligro de daño sobre su integridad física (lesiones leves, lesiones graves o incluso la muerte) por cuanto incrementa el poder ofensivo de la agresión. Este

⁸⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *"Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición"*. Editorial Grijley, Lima, p. 1011.

supuesto se verifica siempre y cuando esas “dos o más personas” tengan la condición de coautores o conforme a lo señalado por Klaus Roxin participen en “autoría funcional”, dicho criterio ha sido señalado en la Ejecutoria Suprema de fecha nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete recaído en el Expediente N° 4484-97-Cañete, en la cual se ha sostenido: “ (...) *Los tres requisitos que configuran la coautoría son, a saber: a) decisión común: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el delito, que se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte especial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría*”. De este modo, el robo con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometido por autores o coautores, donde entre los coautores debe de existir un mínimo acuerdo para perfeccionar el robo; no obstante, tal acuerdo no debe de ser permanente en el tiempo ya que se estaría ante una organización criminal.

8. REPARACIÓN CIVIL

Todo delito acarrea no solo una consecuencia jurídica como lo es la pena, sino también una consecuencia económica como es la reparación civil, ello con la finalidad de que quien fue víctima del ilícito penal pueda ver resarcido

el daño que se le ocasionó; es por ello, que para fijar se debe tener en cuenta el daño efectivamente realizado.

San Martín Castro (2012), señala que *“en el Derecho peruano –es de insistir- la pretensión civil debe ser ejercida conjuntamente con la penal por el Ministerio Público, pero ello no puede interpretarse en el sentido que si la víctima se apersona como actor civil la posición del fiscal debe ceder o auto limitarse. Ello importa, sencillamente, que el juez tendrá en cuenta que la pretensión se ejerce por ambas partes y que, en todo caso, debe primar –por la naturaleza privada de la pretensión- la que inste la víctima, al punto que si se desiste o renuncia a su ejercicio o si su pretensión es de menor entidad que la del fiscal, tal posición debe prevalecer a los efectos de la decisión judicial. El Ministerio Público actúa –por imperio de la ley- para defender el interés de la víctima, de suerte que cuando ésta se apersona en el proceso el ámbito de la pretensión, en cuanto al principio de congruencia, debe relacionarse con esta y no con la exigida por el fiscal. Rechazar sin más la opción de la ley, sin atender a las matizaciones que se plantean, significa desconocer aspectos liminares del Derecho Procesal y la naturaleza de la función del Ministerio Público en los sistemas eurocontinentales; siendo impropio sostener que porque en determinados casos por exprese voluntad de la víctima constituida en actor civil exista en rigor un litisconsorcio activo, se afecta el principio de igualdad de armas; la pluralidad de partes, propia de un litisconsorcio, reconocido y regulado por la ley procesal, no puede considerarse expresión de una lesión a la igualdad procesal”⁸⁶.*

Chang Hernández (2011) refiere que *“actualmente, a pesar de que existen diversas normas que permiten una adecuada determinación de la reparación civil en los procesos penales, podemos apreciar que estas no cumplen estrictamente su fin, pues bien sea los fiscales que solicitan una adecuada reparación civil a favor del perjudicado con el delito, o los jueces que no realizan una adecuada ponderación de los daños sufridos por el delito, se aprecia que esta institución en sede penal está venida a menos, más aún*

⁸⁶ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar (2012). *“Estudios de Derecho Procesal Penal”*, Grijley, Lima, pp. 381-382.

*cuando muchos consideran que su cumplimiento no debe ser impuesto como una regla de conducta en la sentencia, lo cual hace imposible en muchos casos el cumplimiento del pago de la reparación civil por el autor del delito o del responsable del daño*⁸⁷.

⁸⁷ CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés (2011). "Estudios de Derecho Penal Peruano", Gaceta Jurídica, Lima, p. 301.

CAPÍTULO III
“JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA”

1. *“El delito materia de incriminación se encuentra regulado en el artículo ciento ochenta y ocho como tipo base, con las agravantes previstas en los incisos dos y cuatro del primer párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, el mismo que se configura con el apoderamiento por parte del sujeto activo de un bien mueble con animus lucrandi, siendo necesario el empleo de la violencia y amenaza por parte del agente sobre la víctima (vis absoluta, vis corporales y vis compulsiva), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y garantizar el resultado. Hecho que se agrava cuando se realiza durante la noche y con el concurso de dos o más personas”.*

(EXPEDIENTE Nº 35511-2008, PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES DE LIMA, 15 DE AGOSTO DE 2012)

2. *De la compulsiva valoración de las pruebas existentes en el proceso, debidamente ratificado en el acto de juzgamiento, ha quedado plenamente acreditada la comisión del delito de robo agravado y subsecuente responsabilidad penal del acusado; no apreciándose la existencia de elemento de incredibilidad subjetiva, puesto que es una circunstancia probada que antes de los hechos no existía relación de amistad o enemistad entre los sujetos procesales que han intervenido.*

(EXPEDIENTE Nº 40262-2008, PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES DE LIMA, 23 DE AGOSTO DE 2012)

3. *“El tipo base del delito de robo tiene como tipicidad objetiva al sujeto activo que puede ser cualquier persona, a excepción del propietario; mientras que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona física o jurídica que disfrute*

de la posesión inmediata del bien mueble, cualquiera que sea el título por el que dispone de dicha facultad”.

(EXPEDIENTE N° 24326-2010, PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES, LIMA 8 DE ENERO DE 2013)

4. *“De la evaluación de las declaraciones del agraviado, se concluye que el acusado no habría participado en los hechos objeto de acusación, pues el agraviado al prestar su preventiva con las garantías mínimas que establece el debido proceso, ha sostenido que el acusado estaba cerca de lugar de los hechos, versión que corrobora los dichos del acusado, quien en todas sus declaraciones ha sostenido que estaba a unos ocho metros de los hechos y que vio cómo ocurrieron. Afirmaciones que aparecen acreditadas con algunos testimonios, quienes en juicio oral han manifestado que no vieron al acusado robando al agraviado, y más bien lo vieron a unos 6 o 7 metros de donde ocurrieron los hechos. Otro elemento probatorio para evaluar lo constituye la declaración del efectivo policial, quien habría participado en la intervención del acusado, quien ante la pregunta si el agraviado sindicó quién de los intervenidos lo había cogoteado, dijo específicamente “no”.*

(EXPEDIENTE N° 17514-2011, PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL DE LIMA, 26 DE NOVIEMBRE DE 2012)

5. *“Que, el delito de robo, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal sanciona a quien se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en el que se encuentra, mediante el empleo de violencia contra la persona o bajo amenaza de un peligro inminente para su vida o su integridad física; que, asimismo, el artículo ciento ochenta y nueve del citado Cuerpo legal establece las agravantes para el indicado ilícito”.*

(RECURSO DE NULIDAD N° 5201-2008-SANTA, SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 11 DE ENERO DE 2010)

6. *“Que, el delito de robo se define como aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal (...)”.*

(RECURSO DE NULIDAD N° 2498-2009-LA LIBERTAD, SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 26 DE ENERO DE 2010)

7. *“En el delito de robo, el bien jurídico protegido es el patrimonio -específicamente la posesión-, pero, además, también la vida y la integridad de las personas; hecho que lo configura como un delito compuesto o pluriofensivo”.*

(RECURSO DE NULIDAD N° 2577-2014-AMAZONAS, SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 25 DE ABRIL DE 2016)

8. *“No se encuentra acreditado el delito de robo, puesto que si bien es cierto existe la declaración del agraviado en el cual señala que fue víctima de robo, no se ha encontrado fehacientemente prueba alguna que infiera que se hubiera tratado de un robo tal como lo ha manifestado el agraviado, puesto que la policía procedió a detener al procesado ante el requerimiento del agraviado siendo intervenido cerca al lugar de los hechos; no existiendo acta de registro personal alguna en la cual acredite que el procesado se le ha encontrado con pertenencia o dinero alguno del agraviado”.*

(EXPEDIENTE N° 19509-11, PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL DE LIMA, 18 DE DICIEMBRE DE 2012)

9. *“Para que se configure el delito de robo agravado se requiere como presupuestos objetivos: a) que el sujeto activo se apodere ilegítimamente*

de un bien mueble total o parcialmente ajeno; b) se sustraiga el bien del lugar donde se encuentra; y c) que la acción dirigida a obtener el desapoderamiento se ejecute mediante el empleo de la violencia contra el sujeto pasivo o bajo amenaza de un peligro inminente para su vida; y como presupuestos de carácter subjetivo: a) el dolo o conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo además del ánimo de lucro; y b) en el presente caso durante la noche, con el concurso de dos o más personas y a mano armada”.

(EXPEDIENTE N° 7398-2011, PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, 9 DE AGOSTO DE 2012)

10. *El hecho punible, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba.*

(EXPEDIENTE N° 16855-2055, PRIMERA SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES DE LIMA, 8 DE ENERO DE 2012)

11. *“En el caso de los delitos contra el patrimonio, resulta sustancial el acreditar la preexistencia de la cosa materia del delito, con la finalidad de poder determinar no solo la naturaleza y características de dicha cosa, sino además, establecer su valor y de esta manera poder cuantificar el daño ocasionado con la sustracción de la misma. Así, del análisis a los actuados, con el Acta de Hallazgo y Recojo de los presentes actuados, así como con el Acta de entrega de dinero, se acredita la preexistencia de la maleta y del dinero que le fuera presuntamente arrebatada al agraviado por parte de los acusados, dándose por cumplida la obligación procesal indicada”.*

(EXPEDIENTE N° 841 – 2009, SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA PENAL DE REOS EN CÁRCEL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE, 23 DE AGOSTO DE 2010)

12. *“La motivación de la sentencia debe abordar el procedimiento de determinación judicial de la pena, esto es: a) determinar la pena básica,*

identificando el marco penal abstracto fijado en el tipo legal y precisando el marco penal concreto en función de los factores legalmente previstos como la confesión sincera, tentativa, concursos, reincidencia, habitualidad, etcétera; b) individualizar la pena concreta en función a las diversas circunstancias que el CP prevé; y, c) establecer excepcionalmente las rebajas sobre la pena final, como lo es el acogimiento al proceso especial de terminación anticipada o la conformidad procesal. En caso de no realizarse un pronunciamiento explícito sobre alguna de esas circunstancias estaremos ante un supuesto de motivación incompleta, que infringe la garantía específica de motivación, en concordancia con la garantía genérica de tutela jurisdiccional efectiva".

(RECURSO DE QUEJA N° 1114-2009 – LIMA, SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, 06 DE JULIO DE 2010)

- 13.** *La acusación fiscal contiene la pretensión procesal del Fiscal y da lugar, previo control judicial, al auto de enjuiciamiento que vincula al órgano jurisdiccional encargado del juicio oral. Es necesario la existencia de una relación de congruencia entre aquello que contiene la acusación y lo resuelto en la sentencia final. Por tanto, no se vulnera el principio acusatorio y tampoco la garantía genérica del debido proceso cuando hay un pronunciamiento expreso por parte de la Sala Penal de Apelaciones acerca del tipo penal invocado en la acusación fiscal".*

(RECURSO DE CASACIÓN N° 09-2010-TACNA, SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, 13 DE OCTUBRE DE 2010)

CAPÍTULO IV

“ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE”

1. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FORMA DEL EXPEDIENTE

1.1. REQUERIMIENTO ACUSATORIO

Mediante requerimiento de fecha veintitrés de junio del año dos mil quince, el Representante del Ministerio Público formuló acusación contra Jorge Luís Picón Jara, como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de tentativa, solicitando que se le imponga doce años de pena privativa de libertad y se fije en S/ 500.00 el monto de reparación civil que deberá pagar el acusado a favor de Marcela Carolina Portocarrero Méndez. Asimismo, señaló que no existían bienes embargados o incautados, pero el acusado contaba con la medida de coerción personal de Prisión Preventiva dictada en su contra por el plazo 06 meses, la misma que se venía haciendo efectiva en el Centro Penitenciario de la Ciudad de Huaraz.

El requerimiento acusatorio cumple con todos los requisitos previstos por el artículo 349° del Código Procesal Penal, esto es: “1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: a) Los datos que sirvan para identificar al imputado, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 88; b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio; d) La participación que se atribuya al imputado; e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren; f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias; g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garanticen su pago, y la persona a quien corresponda percibirlo; y, h) Los medios de prueba que ofrezca para su

actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca. 2. La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica. 3. En la acusación, el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado. 4. El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda”.

1.2. INSTALACIÓN DE AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Con fecha 05 de agosto de 2016, se tuvo por recibido el requerimiento de Acusación, seguido contra Jorge Luís Picón Jara por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de Tentativa en agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez; asimismo, se corrió traslado a todos los sujetos procesales del mismo, por el plazo de diez días, para que expresen lo conveniente, conforme lo prevé el inciso 1) del artículo 350 del Código Procesal Penal, vencido el plazo se fijó fecha y hora para la realización de la audiencia del Control de Requerimiento de Acusación en el Centro Penitenciario de Huaraz.

Es así que con fecha 05 de agosto del 2015, se desarrolló la audiencia de control de acusación, con la presencia del Fiscal, el abogado del acusado y el acusado, conforme a lo prescrito en el inciso 1 del artículo 351 de Código Procesal Penal. En esta sesión, luego de acreditarse las partes intervinientes, se dio por instalada la Audiencia. Posteriormente,

se dio por saneada la acusación en su aspecto formal. Luego se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos y mediante resolución número cuatro se declaró el saneamiento sustancial del requerimiento acusatorio e infundado el sobreseimiento sustentado por la defensa técnica del imputado Jorge Luís Picón Jara.

Y por último, con la misma resolución se resolvió dictar Auto de Enjuiciamiento, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el representante del Ministerio Público y la defensa del acusado, se precisó que el acusado tenía impuesta la medida coercitiva de Prisión Preventiva, todo ello de conformidad con el artículo 353 del Código procesal Penal.

Es así que mediante resolución número siete de fecha uno de setiembre del dos mil quince se cita a juicio oral notificándose la fecha y hora a todos los sujetos procesales y cumpliendo con lo regulado en el artículo 355 del Código Procesal Penal. Posteriormente, con fecha veinte de mayo del dos mil dieciséis se logró instalar la audiencia de Juicio Oral, dando pase a que las partes procesales emitieran sus alegatos de apertura en nueva sesión, esto es, el diez de mayo del dos mil diecisiete, finalizados los mismos se informó de sus derechos al acusado. Luego, se le preguntó al mismo como se consideraba, respondiendo que se consideraba inocente de los hechos que se le imputan. Acto seguido, se precisó que no se ofrecieron nuevos medios probatorios por parte de sujetos procesales, para luego dar inicio al debate probatorio en posterior sesión, por cuanto se suspendió la Audiencia.

Con fecha 22 de mayo de 2017, se retomó la continuación del Juicio Oral. En esta sesión, se procedió con la actuación probatoria, examinando previamente al imputado, para luego concluir con el examen de la agraviada. Luego de ello se suspendió la Audiencia. Se continuó con la Audiencia el día 31 de mayo del 2017, en esta sesión,

se continuó con la actuación probatoria, procediendo a examinar a la testigo Yaneth Peña Cerna al testigo, Lyn Oscar Domínguez Rodríguez, y finalizado el mismo, se procedió a suspender la audiencia, para ser continuada en nueva sesión. El día 08 de junio del 2017, la audiencia se inició con el examen del testigo del acusado, el señor Crhistian Yury Contreras Julca, concluido el mismo mediante resolución doce, se resolvió prescindir como órgano de prueba de la perito Claudia Ramos Domínguez, para que luego se continúe con la oralización de las documentales admitidas, concluido ello, el Representante del Ministerio Público y el abogado del acusado, formularon sus alegatos de clausura, con lo cual se dio por cerrados los debates orales. El 12 de junio de 2017, se dio lectura de sentencia.

En atención a lo señalado precedentemente, resulta evidente que el trámite seguido por el Juzgado Penal Colegiado se ha realizado acorde a lo dispuesto por el artículo 353 del Código Procesal Penal, el mismo que señala que “1) *Resuelta las cuestiones planteadas, el Juez dictara el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible. 2) El auto de enjuiciamiento deberá indicar bajo sanción de nulidad: a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuestos hayan podido ser identificados; b) El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado las tipificaciones alternativas o subsidiarias; b) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorios de conformidad con el numeral (6) del artículo anterior; c) la indicación de las partes constituidas en la causa; e) La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral. 3) El Juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 c) del artículo 350, se pronunciara sobre la procedencia o la subsistencia de las mediadas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado*”. Asimismo en conformidad del artículo 355 del Código Procesal Penal que prescribe: “1) *Recibidas los actuaciones por el*

Juzgado Penal competente, éste dictara el auto de citación a juicio con indicación de las sede del Juzgamiento y de la fecha de la realidad del juicio oral, salvo que todos los acusados fueran ausentes. La fecha será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez (10) días. 2) El Juzgado Penal ordenara el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. En la resolución se identificara a quien se tendrá como defensor del acusado y se dispondrá todo lo necesario para el inicio regular del juicio. 3) Los testigos y peritos serán citados directamente para la sesión que les corresponda intervenir. 4) El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de incomparecencia injustificada. 5) Será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto. 6) La audiencia de instalación de juicio es inapelable, rige el numeral 1 del artículo 85”.

Por otro lado el artículo 356 del mismo cuerpo normativo precisa que: *“1) El juicio es la etapa principal del proceso. Se realizara sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observa los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. 2) La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión y de lo dispuesto en el artículo 360, tendrá lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del Juzgado”.*

Y por último, el artículo 360 Continuidad, Suspensión e Interrupción de juicio refiere: *“1) instalada la audiencia, ésta seguirá en sesiones*

continuas e interrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión. 2) La audiencia sólo podrá suspenderse: a) Por razones de enfermedad del Juez, del Fiscal o del imputado o su defensor; b) Por razones de fuerza mayor o caso fortuito; c) cuando este Código lo disponga. 3) La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles, superado el impedimento, la audiencia continuara, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que éste no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de este plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización. 4) Si en la misma localidad se halla enfermo un testigo o un perito cuyo examen se considera de trascendental importancia, el juzgado puede suspenderse la audiencia para constituirse en su domicilio o centro de salud y examinarlo. A esta declaración concurrirán el juzgado y las partes. Las declaraciones, en esos casos, se tomarán literalmente, sin perjuicio de filmarse o grabarse. De ser posible, el juzgado utilizará el método de videoconferencia. 5) Entre sesiones o durante el plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios, siempre que las características de la nueva causa lo permitan”.

Cabe señalar que si bien los plazos no se han cumplido a cabalidad, ello resulta razonable y justificado, teniendo en cuenta la carga procesal que atraviesan los Juzgados de nuestro Distrito Judicial de Ancash.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con fecha 12 de junio de 2017, se emitió sentencia en la cual se resolvió por mayoría condenar al acusado Jorge Luís Picón Jara como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de tentativa. Impuso cinco años de pena privativa de libertad efectiva que deberá de cumplir en el Centro Penitenciario de la ciudad

de Huaraz, la misma que se computaran desde la fecha de su internamiento. Fijó en quinientos soles el monto que por reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada, asimismo se le condeno al pago de las costas de conformidad con lo previsto en el artículo 500 de Código Procesal Penal.

Por otro lado, se debe de señalar de forma breve y concisa que existió un voto discordante por parte de uno de los integrantes del Juzgado Colegiado, el mismo que Fallo Absolviendo al acusado, cuyos fundamentos que sustentaron el sentido de su decisión son y serán en su mayoría los mismos que desarrolló con más profundidad el superior jerárquico al resolver la apelación de sentencia.

Las dos resoluciones antes señaladas han sido expedidas cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 394° y 395° del Código Procesal Penal, según los cuales “1. La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado; 2. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado; 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique; 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo; 5. La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito; 6. La firma del Juez o Jueces”; e “Inmediatamente después de la deliberación, la sentencia será redactada por el Juez o el

Director del Debate según el caso. Los párrafos se expresarán en orden numérico correlativo y referente a cada cuestión relevante. En la redacción de las sentencias se pueden emplear números en la mención de normas legales y jurisprudencia, y también notas al pie de página para la cita de doctrina, bibliografía, datos jurisprudenciales y temas adicionales que sirvan para ampliar los conceptos o argumentos utilizados en la motivación”.

1.4. CONCESORIO DE APELACIÓN

Mediante escrito de fecha 19 de junio del 2017 y de 22 de junio de 2017, el sentenciado interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria emitida en su contra por decisión mayoritaria, los mismos que se encontraban suscritos por diferentes abogados, motivo por el cual mediante resolución número catorce de fecha 27 de junio del año 2017 se le requiere al sentenciado designe y señale expresamente quien es su abogado defensor. Ante ello el sentenciado mediante escrito de fecha 21 de julio del 2017 cumple con precisar su abogado defensor, a razón de ello se emite la resolución número quince de fecha 24 de julio del 2017 que concedió la apelación.

La citada resolución ha sido emitida conforme a lo dispuesto por el artículo 418° del Código Procesal Penal, según el cual “1. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. 2. Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse”.

1.5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante resolución número dieciocho de fecha 13 de setiembre del año 2017, la Sala Penal de Apelaciones se avocó al conocimiento de la causa y corrió traslado del recurso de apelación a las partes, la misma que fue corregida por resolución diecinueve de fecha 20 de setiembre de 2017, debido a un error en el señalamiento del lugar en el que se llevaría a cabo la audiencia.

Con fecha diecisiete de noviembre del año dos mil diecisiete se llevó a cabo la audiencia de apelación de sentencia condenatoria. Finalmente, con fecha uno de diciembre del mismo año, se emitió sentencia de vista, la misma que fue leída en esa sesión de Audiencia.

Por lo anterior, puede concluirse que el trámite en segunda instancia se ha realizado de conformidad a lo previsto por el Título III del Código Procesal Penal referido a apelación de sentencias.

1.6. SENTENCIA DE VISTA

El 18 de julio de 2017, se emitió sentencia de vista en la cual se declaró fundado el recurso de apelación, por lo cual revocaron la resolución número trece en la que se condenó a Jorge Luís Picón Jara y; reformándola, absolvió de la acusación fiscal a Jorge Luís Picón Jara.

La referida resolución ha sido expedida cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 394° y 395° del Código Procesal Penal.

2. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL EXPEDIENTE

Mediante resolución número trece de fecha doce de junio del año dos mil diecisiete, los miembros del Juzgado Penal Colegiado de Huaraz por mayoría, emiten sentencia condenando al acusado, Jorge Luís Picón Jara como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo

Agravado en grado de Tentativa. Impusieron cinco años de pena privativa de libertad efectiva. Fijó en quinientos soles el monto que por reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada. Condenan al pago de costas.

Señala como sustento de su decisión que: i) Existen elementos de prueba suficiente que permiten desvirtuar el Principio de Presunción de Inocencia; ii) La agraviada al brindar su declaración refirió que quien le sustrajo su cartera era una persona que tenía zapatos mocasines negros, uno de ellos se salió cuando el sujeto tropezó al momento de forcejeo, viendo claramente que estaba vestido con jeans y una polera oscura con capucha, luego de ello, cuando la policía ya la llevaba a sus domicilio por la panadería Boungiorno, reconoció al sujeto por la ropa que vestía, procediendo la policía a intervenirlo y llevarlo a la comisaría, donde también la agraviada vio al imputado y se percató que al parecer estaba ebrio porque tenía olor a licor, donde se le tomo su declaración en presencia del fiscal identificándolo como Jorge Luís Picón Jara y como la persona que la despojo de sus bienes; finalmente en el desarrollo del juicio oral cuando se le pregunto por la presencia en la sala de audiencias de su agresor, lo identifico debidamente al describir su vestimenta; iii) Que, la versión de la agraviada es susceptible de ser cotejado con la declaración de los efectivos policiales que intervinieron al imputado, por cuanto antes de la intervención, la agraviada les había señalado sus características y cuando transitaban por la Av. Luzuriaga (por Belén) **la agraviada reconoció al sujeto y les dijo “ahí está”**; y, iv) Que, se advierte la concurrencia de las garantías de certeza señalados en el acuerdo plenario 02-2015/CJ-116, esto es: a) La ausencia de incredibilidad subjetiva, al haberse verificado objetivamente que no existen relaciones entre los testigos examinados ni la agraviada contra el acusado basados en odio, resentimiento, enemistad u otras que pueden influir en la parcialidad de la manifestación, b) La existencia de elementos que permiten concluir con la verosimilitud de la declaración de la agraviada y los detalles que ha dado en torno a los hechos resulta coherente y sólido, además que están rodeados de corroboraciones como son las declaraciones

de los efectivos policiales de carácter objetivo, los que lo dotan de una actitud probatoria; y, c) La persistencia en la incriminación, lo cual ha sido advertido en el juicio oral, toda vez que la agraviada de modo persistente y uniforme ha sostenido la incriminación contra el acusado y que tal posición también ha sido advertido en la constatación fiscal, no solo respecto al modo y forma en que se produjo la sustracción, sino también respecto a la identificación y autoría del acusado.

Con fecha 19 de junio de 2017, el sentenciado interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida en su contra, señalando los siguientes argumentos: i) Que de ninguna forma podría atribuírsele ser autor del delito de Robo agravado en grado de tentativa a su patrocinado pues el único elemento de convicción que lo vincula es la declaración testimonial de la agraviada quien refiere reconocerlo por su prendas sin describir ninguna característica física con respecto a su persona limitándose a señalar que la persona que le jalo su bolso es un sujeto; ii) Que la versión de la agraviada y los testigos (los efectivos policiales que intervinieron), en todas sus declaraciones existen dudas sobre la sindicación a su patrocinado, no quedando demostrado la responsabilidad del delito por parte de aquel por cuanto la agraviada refiere que el autor del robo le jalaba su cartera con ambas manos, sin embargo se logró observar de los debates orales que su defendido no tiene cuatro dedos de la mano derecha, contando solo con el pulgar, cuestión que le dificulta realizar esa acción, además la agraviada en sus diversas declaraciones no proporciona características físicas menos faciales que diera certeza de que su defendido es la persona con quien forcejeo pues en todo momento incide en zapatos mocasines que, proporcionan pocos detalles de la vestimenta de la persona que le despojo de su cartera, y no se practicó el acta de reconocimiento a el fin de identificar a la persona, conforme al artículo 189 del Código Procesal Penal; iii) Que se verificó en los debates de juicio oral que la agraviada señalaba dubitativamente las características de su defendido, por lo que no es un indicio que pueda ser convertido en prueba indiciaria, aun si tenemos que la SO2 Yaneth Peña Cerna, que dijo durante el plenario que la agraviada

insistía en que dicha persona tenía zapatos mocasines y que era de contextura delgada, pero en cuanto al rostro no indicaba nada, ante lo expuesto no cumple con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005-CJ-116, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, sobre todo en los puntos de persistencia y solidez en la versión de la agraviada, por lo que no se veía enervado la presunción de inocencia de su patrocinado solicitando se revoque la sentencia y se absuelva a su patrocinado de la acusación fiscal.

Con fecha 01 de diciembre del 2017, se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia de vista, en la cual se declaró fundado el recurso de apelación, por lo cual revocaron la resolución número trece en la que se condenó a Jorge Luís Picón Jara y; reformándola, lo absolvieron de la acusación fiscal. El Colegiado señala como fundamentos de su decisión: i) Que del caudal probatorio actuado en el juicio oral se advierte severas inconsistencias en su valoración, respecto la verificación de las garantías de certeza en la sindicación de la agraviada, no verificándose la coherencia y solidez del relato inculpativo ya que de la confrontación entre la declaración de la agraviada y los efectivos policiales se evidencia la ausencia de mínima corroboración; ii) Que, en relación a la coherencia y solidez del testimonio de la agraviada y su mínima corroboración es patente la deficiente verificación del criterio de la verosimilitud. En efecto, se asevera que el criterio de la verosimilitud concurre en el aludido relato, pero dicha conclusión carece de sustento ante el sesudo examen de la actividad probatoria; iii) Que, sin duda la versión de la agraviada evidencia falta de coherencia y consistencia en temas sensibles, como identificación de su presunto agresor, la recuperación de su cartera y la ruta tomada a su domicilio, existiendo divergencias entre estos dos últimos, entre la versión de la agraviada y de la efectivo policial existe una falta rigor, ya que sobre la base de criterios de identificación sumamente genéricos (jeans, polera oscura con capucha y zapatos mocasines negros) se dio por satisfecho el criterio de verosimilitud, sin tomarse en cuenta la ausencia de dato preciso sobre el color de jeans u otro dato específico, la existencia de indefinición sobre la polera y los datos sobre

contextura y talla no fueron incorporadas por la agraviada; iv) Que la versión de la agraviada en el escenario descrito no reúne la garantía de certeza que le doten suficiencia en estricto, no resulta ser verosímil ya que no es coherente y sólida. En efecto existen datos objetivos periféricos que rebaten, merman y descartan su aptitud probatoria y por ende, carece de virtualidad procesal para enervar la vigencia de la presunción de inocencia que le asiste al encausado; v) Que en contraste con la aislada sindicación de la agraviada, destaca la versión exculpatoria del sentenciado quien preciso que el día de los hechos estuvo en compañía de Cristian Contreras libando licor a la altura de la SENATI, hasta 09:00 de la noche aproximadamente, después se fue caminando hacia la avenida Luzuriaga. Estos extremos del relato se corroboran con la versión de Cristian Contreras y hasta por la declaración de Yaneth Peña quien señaló que el referido encausado presentaba síntomas de ebriedad; vi) La versión de la agraviada en el escenario descrito no reúne las garantías de certeza que le doten suficiencia en estricto, no resulta ser verosimilitud, ya que no es coherente y sólida. En efecto, existen datos objetivos periférico que rebaten, merman y descartan su aptitud probatoria y por ende, carece de virtualidad procesal para enervar la vigencia de la presunción de inocencia que le asiste al encausado; y, vii) En conclusión, queda claro que la versión de la agraviada, no es creíble y resulta ser una sindicación aislada y carente de corroboración. Además, existen elementos objetivos y periféricos que rebaten, merman y descartan su aptitud probatoria y por ende, reafirman la versión del sentenciado. En tal estado de cosas, la presunción de inocencia que asiste al aludido sentenciado, impone su absolución.

COMENTARIO:

En el presente caso se le imputa al procesado Jorge Luís Picón Jara haber cometido el delito de robo agravado en grado de tentativa en agravio de Marcela Carolina Portocarrero Méndez, al haberle tratado de arrebatarle su cartera.

El robo es aquella figura en la cual el sujeto activo se apodera de bienes parcial o totalmente ajenos, causando un perjuicio a la víctima de su latrocinio; sin embargo, para que se configure el delito, no solo basta que haya un apoderamiento de los bienes, sino que dicha acción debe realizarse con violencia o grave amenaza, que ponga en peligro inminente la vida o integridad física del sujeto pasivo. Asimismo, este delito tiene como característica principal el uso de violencia o amenaza para conseguir los bienes de la víctima pues, de lo contrario, si la sustracción de los bienes se da de forma clandestina, donde el agente se aprovecha del descuido o distracción de la víctima para apoderarse de sus pertenencias, la figura delictiva sería el hurto, ya que este delito se diferencia del robo, precisamente, en la no utilización de violencia o amenaza contra la víctima por parte de quien comete el delito. A ello, debemos añadir que existen circunstancias que podrían poner en una situación de ventaja adicional al agente al momento de cometer el hecho delictivo.

En el presente caso, tenemos que el único medio probatorio con lo que se cuenta es la declaración de la agraviada; por tanto, siendo el único medio que podría acreditar la responsabilidad del procesado respecto a los hechos expuestos por la agraviada, es adecuado tener en cuenta el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, en el cual prescriben la existencia de tres garantías que deben ser cumplidas obligatoriamente por aquella declaración, para que ésta pueda enervar la presunción de inocencia del acusado y sea considerada como una prueba válida en el juicio, siendo estas: **a) Ausencia de incredibilidad subjetiva:** Es decir, que no existan relaciones entre el agraviado y el imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; **b) Verosimilitud:** Que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria; **c) Persistencia en la incriminación:** Debe observarse la coherencia y solidez del relato del imputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la

persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del imputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

En relación al presupuesto de la persistencia en la incriminación, se debe señalar que esta no debe entenderse como un relato pormenorizado que incluye hasta el más mínimo detalle sobre la hora en que ocurrieron los hechos o que ropa usaba, entre otros. La persistencia se encuentra más referida al núcleo de la imputación que sustenta la acusación fiscal; por tanto, si el relato incriminatorio varía en el tiempo respecto a cómo ocurrió el hecho criminal o se retracta de lo manifestado en un primer momento, no existirá persistencia en la incriminación.

Con lo expuesto y de acuerdo a lo resuelto por el Órgano Jurisdiccional en sus dos instancias debo mostrar mi conformidad con lo resuelto por la Sala de Apelaciones y con el voto en discordia; esto es, el haber absuelto de la acusación fiscal al procesado; ello, en razón que si bien la agraviada expresa haber podido reconocer al sujeto que intentó arrebatarse su cartera, de sus declaraciones se observan distintas inconsistencias, como lo es la forma de vestir de dicho sujeto, ya que se puede advertir que en un primer momento expone que el sujeto agresor vestía una polera oscura con capucha, jean y zapatos mocasines negros; luego señala, que la polera tenía rayas. A ello, se debe añadir, que también existe inconsistencia en la forma de cómo logró recuperar su cartera, pues en un primer momento señala haberla recuperado luego que su agresor se cayera y al levantarse la arrojara hacía un vehículo, sin embargo, luego señala que la recuperó con ayuda de unas personas.

Asimismo, de su declaración se puede advertir que la agraviada en ningún momento señala alguna característica de su agresor, solo se limita a indicar la forma como estaba vestido; sin embargo, como ya se dijo, dicha

declaración tampoco es uniforme, pues en primer momento señala un tipo polera y luego expresa que tenía otro color. Además, respecto al resto de vestimenta tampoco brinda mayores detalles, pues solo señala que el sujeto vestía un jean sin expresar de qué color era el jean.

En el presente caso, también se verifica la falta de actividad probatoria idónea para acreditar los hechos y podérselos imputar al procesado, ya que se verifica que no se realizó ningún registro personal, reconocimiento, entre otros.

Por todo lo manifestado, y compartiendo lo expuesto por la Sala de Apelaciones y el voto en discordia, considero adecuada la decisión de absolver al procesado de la acusación fiscal y mi disconformidad con la sentencia de primera instancia, pues de la misma evidencia falta rigor en la verificación de los medios probatorios actuados con relación a la vinculación del imputado con el delito.

CONCLUSIONES

- PRIMERA** : El trámite del proceso, en cuestiones de forma, se ha desarrollado adecuadamente, pues los actos procesales han sido emitidos de acuerdo a las disposiciones procesales contenidas en el Código Procesal Penal, respetando, en su mayoría, los plazos establecidos por los mismos.
- SEGUNDA** : El juez de primera instancia, no realizó una valoración correcta y adecuada de los medios probatorios admitidos y actuados en el proceso, pues se verifica que no contrastó adecuadamente las diversas declaraciones expuestas por las partes y testigos.
- TERCERA** : La Sala de Apelaciones, haciendo un mejor estudio de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos y actuados, absolvió al procesado de la acusación fiscal, ello en razón a que de los mismos, no se verifica verosimilitud y sobre todo coherencia en lo declarado por la parte agraviada.
- CUARTA** : Para que se pueda emitir una sentencia condenatoria se debe tener certeza de la responsabilidad del procesado, la misma que debe estar basada en medios probatorios objetivos que ayuden a desvirtuar la presunción de inocencia de todo justiciable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy (2012). *“Comentarios de los precedentes vinculantes penales- Análisis de las Decisiones Vinculantes de la Corte Suprema”*. Ediciones Legales, Lima.
2. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy (2015). *“Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial”*. TOMO I, Gaceta Jurídica, Lima.
3. BACIGALUPO, Enrique (1996). *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. Editorial Themis, Bogotá.
4. BOVINO, Alberto (1998). *“Principios políticos del procedimiento penal”*. Editorial del puerto, Buenos Aires.
5. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel (2005). *“Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Edición”*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A, Perú.
6. BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA ORDINARIA N° 2 (2010). *“Jurisprudencia penal y procesal penal de carácter constitucional”*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
7. CATAORA GONZÁLEZ, Manuel (1994). *“De la presunción al principio de inocencia”*. En: VOX JURIS, Revista de Derecho, Año 4, Lima.
8. CLARIA OLMEDO, Jorge (1960). *“Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I”*. Editora Ediar, Buenos Aires.
9. CUBAS VILLANUEVA, Víctor (1997). *“El Proceso Penal. Teoría y Práctica”*. Palestra Editores, Lima.
10. DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA (2017). *“El Debido Proceso-Que reglas está aplicando la Corte Suprema”*, Gaceta jurídica, Lima.

11. FERRAJOLI, Luigi (1995). *“Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal”*. Trotta, Madrid.
12. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier (2011). *“Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II”*. Jurista Editores, Lima.
13. GARCÍA RADA, Domingo (1984). *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Octava edición. Edit.: Lima.
14. MAIER, Julio B. (1989). *“Derecho Procesal Penal Argentino”*, Editora Hammurabi, Buenos Aires.
15. MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio (1995). *“Estado de Derecho y Política Criminal”*, Consejo superior de investigaciones científicas, Bogotá Colombia.
16. MIR PUIG, Santiago (1998). *“Derecho Penal – Parte General, 5ª Edición”*, TECFOTO, Barcelona.
17. MEZGER, Edmund (1958). *“Derecho Penal. Libro de Estudio -Parte General”*. Editorial Biblioteca Argentina, Buenos Aires.
18. NAKASAKI SERVIGÓN, Cesar (2009). *“Juicio Oral – Lo Nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la Etapa de Juicio Oral”*. Gaceta Jurídica, Lima.
19. NEYRA FLORES, José Antonio (2010). *“Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral”*. Idemsa, Lima.
20. ORE GUARDIA ARSENIO, Arsenio (2014). *“Medios Impugnatorios – Lo Nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre los Medios Impugnatorios”*. Gaceta Jurídica, Lima.
21. PAREDES INFANZÓN, Jelio (2000). *“Delitos contra el Patrimonio. 2ª edición”*, Gaceta Jurídica, Lima.

22. PAREDES INFANZÓN, Jelio (2013). *“Robo y Hurto”*. Gaceta Jurídica, Lima.
23. PAREDES INFANZÓN, Jelio (2016). *“Delitos contra el Patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”*. Gaceta Jurídica, Lima.
24. PARRA QUIJANO, Manuel (2006). *“Manual de Derecho Probatorio – Décima Quinta Edición”*. Librería Ediciones del Profesional Ltda, Colombia.
25. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso (1993). *“Tratado de Derecho Penal: Parte Especial Tomo II”*. Ediciones Jurídicas, Lima.
26. PEÑA CABRERA, Raúl (1995). *“Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II-A; Delitos contra el Patrimonio”*, Ediciones Jurídicas Lima- Perú.
27. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009); *“Delitos contra el Patrimonio. Derecho Penal – Parte Especial”*. Editorial Rodhas, Lima.
28. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2013). *“Derecho Penal-Parte Especial. Tomo II. 2ªEdición”*. Editorial Idemsa.
29. ROJAS VARGAS, Fidel (2000). *“Delitos contra el Patrimonio. Volumen I”*. Editorial Grijley, Lima.
30. ROY FREYRE. Luis E (1983). *“Derecho Penal Peruano, Tomo III, Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio”*. Instituto Peruano de Ciencias Peales, Lima, Perú.
31. SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). *“Derecho Penal Parte Especial, 5ta. Edición”*. Editorial Grijley, Lima.
32. SALINA SICCHA, Ramiro (2015). *“Derecho Penal –Parte Especial”*. Volumen 2, Sexta Edición, Editorial Iustitia, Lima.
33. SANCHEZ CORDOVA, Juan Humberto et al (2014). *“Estudio sobre los medios impugnatorios en el proceso penal”*. Gaceta Jurídica, Perú.

34. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo (1994). *“Comentarios al Código Procesal Penal”*. Editora Idemsa, Lima.
35. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar (2003). *“Derecho Procesal Penal, 2da Edición”* Editora Jurídica Grijley, Lima.
36. SOLER, Sebastián (1992). *“Derecho Penal Argentino IV”*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
37. VIZCARGO, Silfredo Hugo (2009). *“Delitos contra el Patrimonio”*, Lecciones de Derecho Penal, Lima.
38. VILLA STEIN (2001). *“Derecho Penal Parte Especial” – Delitos contra el Patrimonio, 1ra Edición*. Editorial San Marcos, Lima.
39. WELZEL, Hans (1996). *“Derecho Penal Parte General. Traducción de Carlos FontanBalestra”*. De Palma Editor, Buenos Aires.

ANEXOS

1. ACUERDO PLENARIO 02-2005/CJ-116

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N° 2-2005/CJ-116 CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL ART. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301 °-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas- con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias

Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración de judicial de culpabilidad.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los Señores **San Martín Castro** y **Lecaros Cornejo**, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2°, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora

son soberanos en la apreciación de la prueba, esta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

7. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba -de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados -en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

8. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial -no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos

relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le loma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

9. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

A. Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

B. Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

C. Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico **testis unus testis nullus**, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

1. Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

2. Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

3. Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

11. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

III DECISIÓN

12. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

13. **ESTABLECER** como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados -testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9° y 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes.

14. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deber ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

15. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.-

SS.

SIVINA HURTADO

GONZÁLES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

BALCAZAR ZELADA

MOLINA ORDÓÑEZ

BARRIENTOS PEÑA

VEGA VEGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

2. ACUERDO PLENARIO 03-2009/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES

PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO 3-2009/CJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de

la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno, de un lado, decidió tomar como referencia las distintas sentencias de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances del delito de robo agravado por muerte subsecuente (artículo 189° in fine del Código Penal) y el delito de asesinato por conexión con otro delito (artículo 108°, inciso, del Código Penal), a fin de determinar las diferencias entre ambos supuestos típicos y en qué casos son de aplicación uno u otro. De otro lado, se resolvió también sobre la misma base jurisprudencial, identificar cuál es la naturaleza penal de las lesiones causadas a la víctima y a las que se refiere el inciso 1 de la parte segunda del artículo 189° del Código Penal -en adelante CP-, para poder distinguirlas de aquellas mencionadas en el último párrafo del citado artículo.

4. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las

diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. En vista del resultado de la votación se designó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA para que conjuntamente con el señor LECAROS CORNEJO, expresen en lo pertinente el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Planteamiento del primer problema

6. El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108° CP sobre el delito de asesinato y 189° CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente:

Artículo 108° CP: “Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias: 2. Para facilitar u ocultar otro delito”.

Artículo 189° (último párrafo) CP: “La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...”.

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como

homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

§ 2. Análisis del primer caso

7. El artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella -de los actos propios de violencia o vis in corpore- le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa -la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibles, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) -es una situación de preterintencionalidad heterogénea- [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

8. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –

para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59/69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: Derecho Penal Parte Especial I, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411].

§ 3. Planteamiento del segundo problema

9. El artículo 189°, último párrafo, CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno de su segunda parte determina que si se comete el robo y se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188° CP -modificado por la Ley número 27472, del 5 de junio de 2001-, que tipifica el delito de robo, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple (artículo 188° CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189° CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189° CP.

§ 4. Análisis del segundo caso

10. El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona -no necesariamente sobre el titular del bien mueble-. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas -como medio para la realización típica del robo – han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

En consecuencia la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física “vis in corpore” -energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima- es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención -que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad-; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primer de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues ésta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de

que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

11. Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto sólo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa. Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo in fine del artículo 189° CP.

12. En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1° del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441° (lesiones falta) o 122° (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que

no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurren medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

13. Es necesario señalar que el artículo 441° CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo -hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él está referido a que "...no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito". Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las "circunstancias que dan gravedad al hecho" respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una vis in corpore en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con

exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.

Distinto es el caso de los medios utilizados. Éstos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico, que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino de atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía agravante, por ejemplo, al hecho de robar “a mano armada”.

III. DECISIÓN

14. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del primer problema (alcances del artículo 189° in fine CP) y por unanimidad en lo concerniente al segundo problema (ámbito del subtipo agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6 al 13.

16. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

17. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

EXPEDIENTE
CIVIL

ÍNDICE

	Página
RESUMEN	v
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE CIVIL	vii
CAPÍTULO I “RESUMEN DEL EXPEDIENTE”	1
1. Etapa Postulatoria y Probatoria.....	1
1.1. Demanda	1
1.2. Auto Admisorio.....	2
1.3. Contestación.....	2
1.4. Audiencia Única	4
2. Etapa Decisoria.....	5
2.1. Sentencia de Primera Instancia	5
3. Etapa Impugnatoria.....	6
3.1. Apelación de Sentencia	6
3.2. Sentencia de Segunda Instancia.....	7
CAPÍTULO II “MARCO TEÓRICO”	9
1. Derechos Reales	9
1.1. Disposiciones Generales.....	9
1.2. Posesión.....	10
1.2.1. Disposiciones Generales	10
1.2.2. Definición.....	13
1.2.3. Requisitos de la Posesión	14
1.2.3.1. Control sobre el bien.....	14
1.2.3.2. Autonomía.....	17

1.2.3.3.	Voluntariedad.....	17
1.2.3.4.	Potencialidad de uso y disfrute	18
1.2.3.5.	Irrelevancia del título jurídico	18
1.2.4.	Sujetos de la Posesion.....	18
1.2.5.	Nacimiento, Conservación y Pérdida de la Posesion	19
1.2.5.1.	Nacimiento de la Posesión	19
1.2.5.2.	Conservación de la Posesión.....	22
1.2.5.3.	Pérdida de la Posesión.....	23
1.2.6.	Clases de Posesión.....	25
1.2.6.1.	Posesion Mediata e Inmediata	25
1.2.6.2.	Posesion Legítima e Ilegítima.....	25
1.2.6.3.	Posesion de Buena Fe y Mala Fe.....	27
1.2.6.4.	Servidor de la Posesión	29
1.2.6.5.	Posesión Precaria	30
2.	Proceso de Desalojo por Ocupacion Precaria	32
2.1.	Proceso Sumarisimo.....	32
2.1.1.	Disposiciones Generales	32
2.1.2.	Desalojo	35
2.1.2.1.	Disposiciones Generales	35
2.1.2.2.	Proceso de Desalojo en el Código Procesal Civil	36
2.1.2.3.	Proceso de Desalojo en el Cuarto Pleno Casatorio Civil.....	44
	CAPÍTULO III “JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA”	49
	CAPÍTULO IV “ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE”	53
1.	Análisis de las cuestiones de forma del expediente.....	53

1.1.	Demanda	53
1.2.	Resolución número dos (auto admisorio)	55
1.3.	Contestación	56
1.4.	Resolución número tres.....	57
1.5.	Audiencia Única	57
1.6.	Resolución número seis.....	58
1.7.	Resolución número trece	58
1.8.	Resolución número veintiuno.....	59
1.9.	Resolución número veintidós	59
1.10.	Resolución número veintitrés	59
1.11.	Resoluciones números veinticuatro y veinticinco	59
1.12.	Resolución número treinta.....	60
1.13.	Sentencia de primera instancia.....	61
1.14.	Resolución número treinta y tres	62
1.15.	Trámite en segunda instancia.....	62
1.16.	Sentencia de segunda instancia	63
2.	Análisis de las cuestiones de fondo del expediente	64
2.1.	Resolución que declara improcedente la oposición formulada contra la prueba de oficio	64
2.2.	Resolución que declara improcedente la recusación	65
2.3.	Resolución que declara improcedente la abstención	66
2.4.	Sentencias de primera y segunda instancia	68
CONCLUSIONES		77
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		78
ANEXOS		79

RESUMEN

El presente informe contiene el estudio detallado del expediente civil número 00354-2017-0-0201-SP-CI-01 seguido por Zena Olimpia León Arnao contra Gliden Fernando Chávez Cerna sobre desalojo por ocupación precaria, en donde a través de una crítica rigurosa se trata de establecer aciertos como desatinos de los Magistrados del Distrito Judicial de Ancash, esto con la finalidad de brindar un aporte académico de carácter sustantivo y procesal.

Comprende a su vez, el resumen respectivo del expediente aludido, teniendo en consideración las etapas procesales correspondientes, el marco teórico en el que se desarrollará cada una de las instituciones referentes a la materia discutida, el análisis tanto formal como de fondo del proceso, la jurisprudencia sobre el tema, centrada en los Plenos Casatorios Civiles existentes sobre la materia y las conclusiones arribadas.

Asimismo, con la realización del presente trabajo se pretende como principal objetivo optar el Título Profesional de Abogado, anhelo que espero alcanzar, poniendo a disposición del Jurado la calificación pertinente.

PALABRAS CLAVES: *Posesión, Desalojo, Ocupante precario, Título.*

ABSTRACT

This report contains the detailed study of the file number 00354-2017-0-0201-SP-CI-01 by Zena Olimpia León Arnao against Gliden Fernando Chávez Cerna on eviction for precarious occupation, where through a rigorous criticism it is about establishing successes as blunders of the Judges of the Judicial District of Ancash, this with the purpose of providing a substantive and procedural academic contribution.

It includes, in turn, the respective summary of the aforementioned file, taking into account the corresponding procedural stages, the theoretical framework in which each of the institutions related to the subject matter will be developed, both the formal and background analysis of the process, the jurisprudence on the subject, centered on the existing Civil Casting Plenary sessions on the matter and the conclusions reached.

Likewise, with the completion of this work, the main objective is to opt for the Professional Lawyer's Title, which I hope to achieve, making the relevant qualification available to the Jury.

KEY WORDS: *Possession, Eviction, Precarious occupant, Title.*

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE CIVIL

N° EXPEDIENTE : 00354-2017-0-0201-SP-CI-01

ESPECIALIDAD : CIVIL

PROCESO : SUMARÍSIMO

MATERIA : DESALOJO POR OCUPANTE PRECARIO

DEMANDANTE : LEÓN ARNAO ZENA OLIMPIA

DEMANDADO : CHÁVEZ CERNA GLIDEN FERNANDO

JUZGADO : JUZGADO MIXTO DE RECUAY

CAPÍTULO I
“RESUMEN DEL EXPEDIENTE”

1. ETAPA POSTULATORIA Y PROBATORIA

1.1. DEMANDA

A) PETITORIO:

Mediante escrito de fecha 11 de septiembre del 2015 (subsanoado por escrito de fecha 12 de octubre del 2015), Zena Olimpia León Arnao interpuso demanda de desalojo por ocupación precaria contra Gliden Fernando Chávez Cerna, a fin que desocupe el inmueble ubicado en el Jirón Burgos S/N, Mz. M, Lote 2, Distrito y Provincia de Recuay.

B) FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Es propietaria del bien inmueble sub litis, en atención al título de propiedad, inscrito en la Partida Registral N° 000 16892, expedida por Registros Públicos de Huaraz, debido a que con fecha 27 de agosto del 2015, realizaron un contrato de compraventa con sus anteriores propietarios; precisando que con fecha anterior a ello se realizó un contrato de compraventa ante el Juez de Paz de Recuay con los mismos propietarios.
2. El predio materia de desalojo se encuentra ocupado por el demandado, pese a no tener autorización de utilizar dicho bien, por lo que su persona y los anteriores propietarios de éste, le pidieron de manera verbal y en reiteradas veces que se retire del mismo, encontrando negativas de parte de éste; y en contraparte a dicho pedido el demandado en forma calumniosa le formuló una denuncia penal por un supuesto delito de usurpación agravada y violación de domicilio, el cual fue archivado.
3. Pese a que al demandado se le ha pedido el retiro del inmueble previa formalidad, sólo ha encontrado negativos y renuencias de parte de éste, lo que hace presumir que pretende

apoderarse de su propiedad sin que le ampare ningún derecho real.

C) FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- Artículos 911°, 923° y 927° del Código Civil.
- Artículos 424°, 425°, 585° y ss. del Código Procesal Civil.

D) MEDIOS PROBATORIOS:

- Copia certificada de su título de propiedad del bien inmueble.
- Copia certificada de la Anotación Registral del inmueble.
- Copia certificada del testimonio de compraventa del bien.
- Copia certificada del contrato de compraventa.
- Carta notarial por Juez de Paz Letrado en original, por el cual se dio un plazo razonable al demandado para que desocupe el inmueble.
- Copia certificada del Plano Catastral del bien.
- Constancia de fecha 03 de febrero de 2015 expedido por la Juez de Paz de 3° nominación de Recuay.

1.2. AUTO ADMISORIO

Mediante resolución N° 02 de fecha 14 de octubre del 2015, el Juez Mixto de Recuay admitió a trámite la demanda de desalojo por ocupación precaria en la vía del proceso sumarísimo, y tuvo por ofrecidos los medios probatorios. Asimismo, dispuso correr traslado de la demanda a la parte demandada para que en el plazo de 05 días la conteste, bajo apercibimiento de declararse su rebeldía.

1.3. CONTESTACIÓN

A) PETITORIO:

Con escrito de fecha 27 de octubre del 2015, Gliden Fernando Chávez Cerna contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicitando que sea declarada improcedente, con condena de costas y costos.

B) FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Viene ocupando el inmueble materia de la demanda, desde hace más de treinta años a la fecha, de acuerdo al certificado de posesión, otorgado por la Municipalidad Provincial de Recuay con fecha 24 de abril del 2015, donde están las medidas y linderos del predio.
2. Es falso lo afirmado por la recurrente respecto que su posesión sobre el predio sub litis es precaria, pues precario es aquel que posee un bien sin título.
3. El 07 de marzo de 2017, siendo las 7:20 a.m., la demandante conjuntamente con otras personas, interrumpieron el precitado bien, de manera violenta y con amenazas, premunida de palos, piedras, lampas y demás herramientas. Es por las agresiones y amenazas de la demandante que recurrió a la autoridad para interponer una denuncia penal, por la comisión de los presuntos delitos de daño agravado, usurpación agravada y violación a su domicilio.

C) FUNDAMENTOS DE DERECHO:

- Artículo 896° y ss. del Código Civil.
- Artículo 585° y ss. del Código Procesal Civil.

D) MEDIOS PROBATORIOS

- Certificado de posesión donde aparecen los linderos y demás especificaciones del inmueble.
- Acta de constatación del 23 de marzo de 2015 suscrito por Juez de Paz de Recuay.
- Memoria descriptiva del inmueble que ocupa, lotes 1 y 2 de la Mz. M ubicados en el Barrio Debajo de Recuay.
- Copia de solicitud de ciudadanos de Recuay del 28 de marzo de 2015 dirigida al Alcalde de Recuay por el que afirman que vive en el inmueble sub litis.

- Copia del documento de Cesión de uso indeterminado de casa y solar en la ciudad de Recuay.
- Copias de la denuncia contra Cena León Arnao [esposo de la demandante] y otros, como presuntos autores de los delitos de daños agravados, usurpación agravada y violación de domicilio.

1.4. AUDIENCIA ÚNICA

El 13 de enero del 2016, se realizó la Audiencia Única en el Juzgado Mixto de Recuay, con la asistencia de ambas partes debidamente asesorados por sus respectivos abogados. Esta diligencia se realizó de la siguiente manera:

A) SANEAMIENTO PROCESAL: Mediante resolución N° 04, el juez declaró saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, tras verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción [presupuestos materiales].

B) CONCILIACIÓN: En este acto, la juez planteó como fórmula conciliatoria *“que el demandado desocupe el bien materia de litis ubicado en el Jirón Burgos sin número Manzana M, Lote 2 de la provincia de Recuay, en el plazo de seis meses y entregue a la demandante totalmente desocupado”*. Sin embargo, aunque la parte demandante estuvo de acuerdo, la parte demandada no aceptó la propuesta formulada, quedando frustrada esta etapa procesal.

C) FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: “1. Determinar si el demandado tiene la condición de ocupante precario del inmueble ubicado en el jirón Burgos sin número, Manzana M, Lote 2.2. Determinar si el demandado tiene título o el que tenía ha fenecido respecto del inmueble sub litis. 3. Determinar la titularidad de la demandante sobre el predio sub litis. 4. Determinar la validez del

certificado de posesión emitido por la Municipalidad Provincial de Recuay con fecha 24 de abril de 2015 a favor del demandado”.

D) ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:

Respecto a la tacha presentada por el demandado contra el contrato privado de compraventa otorgado por Emiliana Maguiña de Cerna y otros a favor de Zena Olimpia León Arnao, la demandante absuelve el traslado de la misma, y el juez comunica a las partes que la cuestión probatoria será resuelta conjuntamente con la sentencia. Luego se admitieron y actuaron todos los medios probatorios ofrecidos por ambas partes.

Finalmente, el juez comunicó a las partes que el proceso estaba listo para sentenciar, con lo que se dio por concluido la audiencia, procediendo a levantar el acta que corresponde.

2. ETAPA DECISORIA

2.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante resolución N° 32 de fecha 12 de octubre de 2017, el Juzgado Provincial Mixto de Recuay expidió sentencia declarando improcedente la tacha formulada por el demandado, y fundada la demanda; en consecuencia, dispuso que el demandado cumpla con desocupar los ambientes que ocupa del inmueble ubicado en el Jr. Burgos S/N, Mz. M, Lote 2, del Distrito y Provincia de Recuay, con un área de 374.600 m², en el plazo de seis días, como lo dispone el artículo 592° del Código Procesal Civil, con costas y costos del proceso. Los principales fundamentos de su decisión fueron los siguientes: **a)** Que, con el contrato privado de compraventa de fecha 23 de febrero de 2015, y testimonio de escritura pública de compraventa de fecha 27 de agosto de 2015, debidamente legalizado por el Juez de Paz e inscrita en los Registros Públicos en el Título N° 00016892 de la Partida N° P37006708 de la Zona Registral N° VII sede Huaraz con fecha 04 de setiembre de 2015, se encuentra acreditado el derecho de propiedad de la demandante respecto del bien materia de desalojo; además, el

inmueble se encuentra debidamente identificada en sus medidas y colindancias, y el área con la copia literal. Por lo tanto, la parte demandante ha acreditado tener la condición activa de la relación procesal conforme al artículo 586° del CPC, por ende, la capacidad de poder solicitar la restitución del bien; con lo cual queda dilucidado el tercer punto controvertido; **b)** Que, el certificado de posesión otorgado por la Municipalidad Provincial de Recuay, el acta de constatación realizada por el Juez de Paz de Recuay, el plano y la memoria descriptiva y el documento de cesión de uso presentados por el demandado, se refieren exclusivamente al inmueble ubicado en el Jr. Palmira N° 490, y el inmueble materia de desalojo es la Mz. M, Lote 2 que se encuentra en el Jirón Burgos y Jirón La Libertad, predio diferente al lote 1 que utiliza como domicilio el demandado, como se advierte en su documento de identidad; de lo que se concluye que la posesión que ejerce la parte demandada no cuenta con título alguno sobre el lote 2, Mz. M ubicado entre los jirones Burgos y La Libertad, en consecuencia, el demandado tiene la condición de ocupante precario; **c)** Entonces, siendo que el inmueble materia de litis plenamente identificado como Lote 2, Mz. M, se encuentra en posesión del demandado, y éste carece de título de posesión sobre el mismo, resulta exigible la restitución de la posesión del bien por encontrarse en el supuesto normativo del artículo 911 del Código Civil.

3. ETAPA IMPUGNATORIA

3.1. APELACIÓN DE SENTENCIA

Con escrito de fecha 30 de octubre de 2017, el demandado Gliden Fernando Chávez Cerna interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando los siguientes agravios: **a)** Ha manifestado reiteradamente que, desde hace treinta años, ocupa el inmueble sub litis en mérito al certificado de posesión otorgado a su favor por la Municipalidad Provincial de Recuay con fecha 24 de abril del año 2015, esto es, con fecha anterior a la compraventa del inmueble que hace referencia la demandante, por lo que, no ostenta la

condición de ocupante precario como falsamente afirma la accionante;

b) El artículo 896 del Código Civil, define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, situación que su parte ha acreditado en forma suficiente.

3.2. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Con fecha 29 de noviembre de 2017, la Primera Sala Civil Permanente de Huaraz decidió revocar la sentencia apelada que declaraba fundada la demanda; y reformándola declara infundada la misma. Los principales argumentos de su decisión fueron los siguientes: **a)** De la revisión de las copias certificadas de la Copia Literal de la Partida Registral N° P37006708, así como de la copia certificada del testimonio de compraventa de fecha 27 de agosto de 2015 y de las copias certificadas del Contrato Privado de compraventa de predio urbano de fecha 23 de febrero de 2015, se advierte que Zena Olimpia León Arnao es propietaria del bien inmueble ubicado en el Centro Poblado Recuay, Manzana M, Lote N° 2 del Barrio Abajo del Distrito y Provincia y Departamento de Ancash con 374.60 m², el mismo que tiene las siguientes colindancias: a) por el norte con 21.95 ML con el Jirón Burgos, b) por el sur con 22.40 ML con los Lotes 3,13, c) por el oeste con 17.45 ML con los Lotes 13,14,1 y por el este con 16.35 ML con el Jirón la Libertad; **b)** Del examen de la copia legalizada del Certificado de Posesión expedido por la Municipalidad Provincial de Huaraz con fecha 24 de abril de 2015, se colige que Gliden Fernando Chávez Cerna, es poseionario de un lote ubicado en el Jirón Palmira N° 490 del Distrito y Provincia de Recuay con un área de 495.40 ML y que presenta las siguientes colindancias: a) por el norte con el Jirón Burgos con un total de 31.95 ML, b) por el sur con los lotes 3,13, y 14 de la Manzana M con un total de 46.15 ML, c) por el este con el Jirón Libertad con 16.35 ML y por el oeste con el Jirón Palmira con 7.70 ML; **c)** Siendo esto así, aun cuando el predio que posee el recurrente es de mayor medida que el predio sub litis y el primero se encuentra ubicado en el Jirón Palmira N° 490, también lo es que entre ambos

guardan concordancias en algunas de sus colindancias, por lo que se podría afirmar que el bien inmueble que posee el demandado incluye el bien inmueble sub litis, hecho que se encuentra corroborado con la copia certificada de la memoria descriptiva emitida en el mes de marzo del año 2005 en el que se señala que el bien ubicado en el Jirón Palmira N° 490 incluye los lotes 1 y 2 de la Manzana M, por lo que, es inequívoco que la posesión del recurrente se halla justificada con el precitado certificado de posesión y por lo mismo no ostenta la calidad de poseedor precario; consecuentemente, la demanda deviene en infundada.

CAPÍTULO II “MARCO TEÓRICO”

1. DERECHOS REALES

1.1. DISPOSICIONES GENERALES

La noción de los derechos reales se encuentra regulada en el artículo 881° del Libro V del Código Civil vigente, en los siguientes términos “Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”.

Es así que conforme se desprende de la citada norma, ésta mantiene el criterio de *numerus clausus* en cuanto remite la regulación de los derechos reales al mismo Código y a otras leyes.

Entre sus antecedentes encontramos al artículo 852° del Código Civil de 1936 que disponía que por los actos jurídicos solo podían establecerse los derechos reales reconocidos por el código, cuyo criterio de tipificación legal de los derechos reales y de su regulación por norma legal se mantiene en la norma vigente.

El criterio de *numerus clausus* de los derechos reales, conforme a lo señalado por Fernando Vidal Ramírez¹ “... se remonta al Derecho Romano pues en él, además de la propiedad, no se reconocía sino un limitado número de derechos sobre las cosas y siempre que fueran de existencia actual. El sentido patrimonialista del Derecho Romano determinó que los derechos reales fueran conceptuados como los beneficios que podían obtenerse de las cosas, pero en número limitado, ya que, partiendo del derecho real por excelencia como fue conceptuada la propiedad, fueron surgiendo las servidumbres, la superficie, el usufructo, el uso, que mantienen su vigencia, y otros. La noción del *numerus clausus* se originó, pues, en Roma y de ella se proyectó a los ordenamientos legales que receptaron el Derecho Romano. De este modo, los derechos reales que han llegado a la

¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 09-10.

codificación civil de nuestros días, siempre limitados, son los que han sobrevivido a la evolución pero sin desvincularse de su raigambre romanista”. Es así que la recepción del Derecho Romano llevó implícita la noción de *numerus clausus*, más aún si los derechos reales mantuvieron su vinculación con el derecho de propiedad.

En nuestro Derecho la cuestión relativa a la limitación de los derechos reales ha evolucionado de la ausencia de norma en el Código Civil de 1852a la norma explícita del Código Civil de 1936, cuyo reconocimiento de los derechos reales solo por el Código Civil, motivó a la crítica de la doctrina nacional y ella condujo a que el Código Civil de 1984 soslayara la restricción y el reconocimiento de los derechos reales solo por el Código y lo hiciera extensivo, además, a otras leyes.

Los derechos reales, como bien lo refiere Fernando Vidal Ramírez² “...están, pues, regidos por un principio de legalidad, lo que supone que el sistema cerrado de creación o *numerus clausus* es, en nuestro sistema jurídico, de orden público y, que aun cuando el artículo 881 no reitere de manera explícita la prohibición de darles creación por acto jurídico, es obvio inferir que solo por ley pueden crearse, siendo esta la posición asumida mayoritariamente por la doctrina nacional, señalándose el riesgo que implica la libre creación de derechos reales si se piensa que todos ellos derivan del derecho real por excelencia, como es el derecho de propiedad y al que constitucionalmente se le otorga especial protección”.

1.2. POSESIÓN

1.2.1. DISPOSICIONES GENERALES

El Derecho tiene especial interés en regular las relaciones de la vida que surgen respecto de la distribución de la riqueza en una sociedad, según los valores que inspiran el reparto, tales como el premio por el esfuerzo, trabajo y mérito. En tal sentido,

² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. P. 11.

el sistema jurídico escoge un sujeto titular por efecto de ciertos elementos de racionalidad y conveniencia social o económica. A él se le atribuye una prerrogativa especialmente protegida. La situación jurídica, así creada, es objeto de tutela a través de diversos remedios o instrumentos destinados a reconocer, mantener o remover los obstáculos producidos por terceros respecto del goce y disfrute de la cosa.

Así, conforme lo señala Gunther Gonzales Barrón³ “La individualización puede seguir dos criterios. El primero, toma en cuenta la situación de hecho de la persona, respecto de un bien, en sus relaciones con los terceros... Esta es la regla de la posesión. Un segundo criterio es del todo diverso, la individualización del sujeto favorito pasa por una serie de circunstancias que le exigen un título solemne, en este caso el sujeto no está limitado a mantener permanentemente una relación de hecho con el bien, pues solo le basta contar con el título... Esta es la regla de la propiedad”.

El reparto de los bienes, por tanto, se basa en dos criterios jurídicos fundamentales, la regla de la propiedad y posesión. Para este efecto, conforme lo señala José María Miguel González⁴ “El ordenamiento jurídico consagra la asignación de los bienes en dos planos. En un primer nivel, el ordenamiento atribuye los bienes en forma provisional y esta es la misión que cumple la posesión considerada en sí misma, pues ella mantiene el orden de atribución tal como se encuentra en un momento dado. En un segundo nivel, el ordenamiento atribuye los bienes de manera definitiva, mediante la adquisición de la propiedad y demás derechos

³ GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. PP. 387-388.

⁴ MIGUEL GONZALEZ, José María (1979). *La posesión de bienes muebles (estudio del art. 464° del Código Civil)*. Editorial Montecorvo. Madrid. PP. 413-414. (Citado en GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. 2013. PP. 389)

reales. En este nivel, el solo poseedor siempre será vencido por el titular”.

La contraposición entre ambos planos es clara: la posesión es el ejercicio de hecho sobre un bien, mientras la propiedad o cualquier otro derecho real es una prerrogativa reconocida por la ley.

La posesión es protegida, no por ser un derecho, sino por tratarse de un hecho susceptible de tutela jurídica. Así, tal como lo afirma Gunther Gonzales Barrón⁵ “Constituye, pues, un hecho cierto y visible, comprobable en forma inmediata, de fácil y reducida prueba; razón por la que se otorga una protección interina a través de mecanismos rápidos y simples, en los que el juez decide una controversia sumaria, pues el ámbito del conflicto (cognición) es limitado y las pruebas que abonana los hechos también se encuentran reducidos al exclusivo fin que pretenden”.

La defensa del estado posesorio exige que las cuestiones posesorias sean nítidamente separadas de las cuestiones relativas a la titularidad del derecho real, pues de ésta forma se impide la mezcla o acumulación de unas y otras. Así, las lesiones a la posesión, sea el despojo o perturbación son objeto de mecanismos de protección que se circunscriben a la comprobación de la posesión, su única finalidad es resguardar el estado posesorio actual. Por el contrario, el derecho subjetivo, en tanto prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico requiere de la existencia de una garantía externa que asegure su reconocimiento y actuación, por lo que el mecanismo de tutela del mismo, tiene como función eliminar el ejercicio que causa la referida lesión, como es el caso de la

⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 407.

llamada acción reivindicatoria regulada en el artículo 927° del Código Civil⁶, cuya función es dotar al propietario de la herramienta que le permita la recuperación del bien que se encuentra en posesión de cualquier tercero⁷.

1.2.2. DEFINICIÓN

La definición de la posesión se encuentra regulada en el artículo 896° del Código Civil en los siguientes términos: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Gunther Gonzales Barrón⁸ define a la posesión, señalando que “La sola posesión es el control voluntario de un bien, con relativa permanencia o estabilidad, destinado al beneficio propio (autónomo), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento...”.

Asimismo, al desarrollar la definición que plantea, agrega que “En primer lugar, el control implica que el sujeto tiene injerencia efectiva sobre el bien, esto es, la posibilidad de interferirlo físicamente, en cualquier momento, a su sola voluntad...El control que se ejerce sobre la cosa permite deducir que la posesión necesita de una situación de relativa permanencia o estabilidad, porque los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión... En segundo lugar, la autonomía del control significa que el poseedor no recibe las instrucciones, las órdenes ni las indicaciones de tercero para el disfrute del bien; por tal razón, la posesión se ejerce en interés o beneficio

⁶ Artículo 927° CC: “La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción”.

⁷ Sin embargo, cuando la transgresión del deber por parte del tercero poseedor lesiona el interés hasta el punto de hacerlo desaparecer, entonces el mecanismo de tutela ya no será la acción reivindicatoria pues el bien no existe más. En tal caso, el ordenamiento prevé un mecanismo distinto de tutela, en cuanto ya no es posible recomponer las cosas al estado anterior mediante la eliminación del hecho obstativo. En este caso, la función de este mecanismo de protección es sustituir el bien por el valor económico que representa. Así ocurre con el resarcimiento por daños. (artículo 1969° CC)

⁸ GONZALES BARRÓN, Gunther. *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. 2016. P. 33.

propio... En tercer lugar, la posesión se constituye mediante un acto voluntario... En cuarto lugar, la posesión no implica uso y disfrute actual e ininterrumpido del bien, sino solo potencial... En quinto lugar, la posesión es una situación de hecho, por lo que la existencia de un título jurídico es irrelevante”.

Por su parte, Jorge Avendaño Valdez⁹ señala que “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, dice el Código... para los efectos del concepto o noción de la posesión, debemos considerar que los poderes de la propiedad (o del propietario) son el uso, el disfrute y la disposición. Por consiguiente, todo el que usa es poseedor. También lo es quien disfruta. Estos dos son en realidad los poderes que configuran la posesión... La posesión tiene una enorme importancia porque es el contenido de muchos derechos reales... Volviendo a la definición contenida en el artículo bajo comentario, la posesión supone un ejercicio de hecho. Lo que deseo destacar de la frase final: el ejercicio de los poderes del propietario ha de ser de hecho, en oposición a lo que sería "de derecho". Para que haya posesión no es necesaria ni es suficiente la posesión de derecho, esto es, la que haya sido atribuida por un contrato o una resolución judicial... Por consiguiente, posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo)”.

1.2.3. REQUISITOS DE LA POSESIÓN

1.2.3.1. CONTROL SOBRE EL BIEN

El artículo 896° del Código Civil se refiere al ejercicio del poder de hecho sobre un bien como elemento característico de la posesión.

⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 62-64.

Así, Gunther Gonzales Barrón¹⁰ comentando dicho artículo señala que el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, “constituye el elemento base de la posesión, su constituyente material, exteriorizado, llamado por los romanos *possessio corpore*, o más brevemente *corpus*. En tal sentido, la persona que “tiene la decisión” sobre un asunto, negocio o cosa es el que ejerce el “control” (...) Este control no requiere de una relación espacial determinada (...); sin embargo, si se necesita de una vinculación mínima, que denote que el sujeto mantiene el control, o sea, que todavía puede decidir el destino de la cosa”.

La posesión se muestra a través de diversos cánones de intensidad. Así, cierto sector de la doctrina nacional, siguiendo a Ihering¹¹, señala que ésta se identifica con la utilización del bien de acuerdo con su normal destino económico, mientras que otro sector mayoritario considera que el poder de hecho implica un control sobre el bien, pero no requiere que este sea especialmente “cualificado” a través de la explotación del bien.

El control implica que el sujeto pueda realizar actos de injerencia sobre el bien, esto es, la posibilidad de interferir físicamente en cualquier momento de forma libre y voluntaria. Sin embargo, en ciertos casos, la

¹⁰ GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 38.

¹¹ “Por exterioridad de la propiedad entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para unos, se confunde con la detención o posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real, otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus meses en pleno campo, el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etcétera, todo el mundo lo encierra en su casa. El mismo estado, que para las primeras cosas es normal, aparece para las segundas anormal, como un estado en el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esas cosas”: IHERING, Rudolf. *La voluntad en la posesión*. Editorial Reus. Madrid 1926. P. 207.

posesión como tal requiere de algún elemento adicional, como bien puede ser la explotación económica o efectiva de la cosa, y para ciertos fines. En tal caso, se exige una posesión de alta intensidad.

La situación posesoria debe contar con una relativa permanencia o estabilidad, pues los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión, tal es el caso del “sujeto que pide un lapicero a préstamo, solo para estampar su firma, no es poseedor. Otro caso análogo sucede cuando alguien entra en el jardín del vecino para guarecerse bajo un árbol de los efectos del sol abrasador”¹², pues no cualquier contacto físico sobre el bien puede considerarse como poder de hecho.

Estos contactos físicos, conforme lo refiere Gunther Gonzales Barrón¹³, “no tipifican como “poder de hecho relevante” y por tanto, se encuentran en una escala inferior al del servidor de la posesión¹⁴. No son poseedores ni servidores; tal vez podríamos calificarlos como simples tenedores esporádicos o tolerados¹⁵, sin ninguna tutela posesoria”.

¹² GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 39.

¹³ GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 40.

¹⁴ “Otros autores han destacado también el carácter transitorio de los actos meramente tolerados. En atención a esta nota distingue entre posesión precaria y actos tolerados, pues la concesión precaria, aunque puede ser revocada en razón del contrato en que se base, goza de mayor estabilidad. por su parte, Wolff señala que los contactos fugaces con las cosas no se valoran socialmente como posesorios: Al hablar del corpus llama la atención sobre la estabilidad de la relación material: un contacto con la cosa que tenga desde el primer momento un carácter fugaz y pasajero no es un señorío sobre la cosa (por ejemplo, el amigo visitante respecto de la silla que ocupa). Y se puede añadir con mayor motivo que un contacto de tal naturaleza no puede ser idóneo para potenciar la usucapión”.

¹⁵ “Los ejemplos se pueden multiplicar. Es el caso del cliente de un hotel, cuya detención es meramente provisoria, pues además carece del control exclusivo sobre la habitación. Lo mismo ocurre con el abonado a los espectáculos teatrales frente al empresario, o el asistente regular a un estadio de fútbol”.

1.2.3.2. AUTONOMÍA

El poseedor es el que resuelve por sí el destino de la cosa, lo que obviamente implica que no se encuentra sujeto a instrucciones de otro.

Así, el artículo 897° del Código Civil establece que “No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

1.2.3.3. VOLUNTARIEDAD

El ejercicio de la posesión se constituye en un acto voluntario del poseedor. La voluntad posesoria se manifiesta mediante comportamientos, por lo que se trata de una manifestación tácita, en cuya virtud, los actos externos permiten deducir o inferir la intención del sujeto¹⁶.

Dicha voluntad, tal como lo señala Gunther Gonzales Barrón¹⁷ “puede “expandirse” por medio de la representación. De esta forma se evitan los abusos en perjuicio de las personas jurídicas, que constituye un instituto técnico – jurídico (ficción) para un fin, pero cuya falta de voluntad directa haría que sus bienes queden en situación de vacancia posesoria”.

¹⁶ “La voluntad posesoria puede ser deducida de hechos, de constancias; no es necesario que el poseedor exprese en forma directa la voluntad de adquirir la posesión de cada cosa de las que adquiere, ni menos que en cada momento tenga conciencia plena de todas y cada una de las cosas que se encuentran bajo su control o influencia. Por este motivo, el dueño de un buzón adquiere la posesión de las cartas que en él son depositadas, sin necesidad de que esté presente en el momento en que la carta es depositada, no importa la falta de conciencia en tal momento; existe en todo caso una voluntad tácita deducida del hecho de ser dueño del buzón y de haberlo hecho colocar precisamente para que en él se depositen cartas, periódicos, etc. Es suficiente que la cosa se encuentre en la esfera de ocupación del poseedor. Así, se estima que en relación con la casa donde una persona habita, el habitador posee todas y cada una de las cosas que en dicha casa se encuentran, por una parte, y por otra, las que le son entregadas en su ausencia. La misma advertencia debe hacerse en relación con el dueño de un almacén, de una fábrica, de un fundo o heredada (...) con razón se advierte que no es necesaria siempre una voluntad singular o concreta, siendo suficiente en muchos casos una mera voluntad, la que se aplica en general a todas las cosas que se encuentran en la zona de influencia del poseedor”: Valencia Zea, Arturo. *La posesión*. 3° Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1982. PP. 31-32.

¹⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 64.

La posesión es un hecho jurídico voluntario, pues requiere que el sujeto tenga la intención de sujetar la cosa para sí, en forma autónoma.

1.2.3.4. POTENCIALIDAD DE USO Y DISFRUTE

La posesión no implica uso y disfrute actual e ininterrumpida del bien, sino solo potencial o hipotético. Es por ello que quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa, mantiene la posesión debido a que el bien se encuentra bajo su control y retiene la vinculación, pero no lo usa ni disfruta. Por tanto, el poseedor cuenta con la potencialidad de usar y disfrutar el bien en cualquier momento, cuando lo considere conveniente, pero no requiere que el disfrute sea efectivo en todo instante.

1.2.3.5. IRRELEVANCIA DEL TÍTULO JURÍDICO

La posesión implica una situación fáctica de sujeción que se manifiesta sobre un objeto de la realidad externa. No es relevante la existencia de un título jurídico que la sustente. Por tanto, son tan poseedores el propietario, el arrendatario, el usurpador o el ladrón, siempre que compartan una sola característica: mantengan la cosa bajo su alcance y voluntad. Por ello, el Código Civil, en su artículo 896°, habla del ejercicio de un poder de hecho; en consecuencia, debe descartarse la necesidad de contar con un acto originario fundado en derecho.

1.2.4. SUJETOS DE LA POSESION

La necesaria existencia de un sujeto como protagonista de todo hecho jurídico voluntario, como es el caso de la posesión, no

es una cuestión de índole dogmática. Simplemente es el reconocimiento de que el hombre y su libertad ontológica son el centro del ordenamiento jurídico. “La persona es un concepto meta jurídico, un concepto que el derecho no ha elaborado ni puede elaborar; es anterior al derecho y este simplemente lo recoge y valora jurídicamente”¹⁸.

En nuestro código, la calidad de poseedor no se encuentra ligada a ningún condicionamiento; por tanto, pueden ser poseedores las personas naturales y las jurídicas.

1.2.5. NACIMIENTO, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESION

1.2.5.1. NACIMIENTO DE LA POSESIÓN

El nacimiento de la posesión requiere de un acto de injerencia o interferencia decisiva, que permite el control o dominio de un sujeto sobre alguna parte concreta del mundo externo. En este acto de injerencia puede ser unilateral o bilateral.

Luis Diez Picazo¹⁹, al comentar dichos tipos de injerencia, refiere que “La adquisición unilateral se funda en el solo acto de voluntad del adquirente de la posesión, si es que lo hubiese. En cambio, la adquisición será bilateral cuando se produzca una doble actuación: la del presente poseedor, quien voluntariamente traslada el poder de hecho al nuevo poseedor, y la del nuevo poseedor, quien recibe el control sobre el bien”.

¹⁸ VALLET DE GOTTIAOLO, Juan. *Panorama del Derecho Civil*. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1973. P. 96. (Citado en GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 440)

¹⁹ DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. 1995. P. 603. (Citado en GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 551)

A) NACIMIENTO UNILATERAL DE LA POSESIÓN:

El nacimiento unilateral se realiza mediante un acto de aprehensión material del bien, en la que solo interviene la voluntad y acción del nuevo poseedor²⁰. Se requiere el acto externo, tangible, observable por los sentidos que denota el ánimo de apropiarse de la cosa y de ingresarla al círculo de influencia del poseedor.

Gloria Salvatierra Valdivia²¹ define la misma en los siguientes términos “Es aquella que tiene lugar como consecuencia de un hecho propio y exclusivo del sujeto (poseedor), por lo que se le conoce también como posesión unilateral; surge sin la intervención de otro sujeto, y da lugar a una nueva posesión. En el caso de los bienes muebles, se produce con la aprehensión o apropiación del bien; el sujeto aprehende el bien mueble y origina un estado posesorio sobre él. Los bienes muebles para ser factibles de aprehensión o apropiación deben ser bienes abandonados, sustraídos contra la voluntad del anterior poseedor”

B) NACIMIENTO BILATERAL DE LA POSESIÓN (LA TRADICIÓN):

La tradición, a decir de Gunther Gonzales Barrón²², “Es el acto bilateral mediante el cual el poseedor precedente (transferente) pone en control del bien al poseedor sucesivo (adquirente).

²⁰ “Si el acto de aprehensión se realiza sobre una cosa mueble sin dueño (*res nullius*), entonces la toma de posesión convierte al sujeto en propietario”: Artículo 929° CC.

²¹ SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. P. 80.

²² GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 556.

No existe tradición que no concluya con la puesta en posesión, por lo que el resultado exige que el *accipiens* cuente con el *corpus* y *animus possidendi*. Sin control del bien, ni voluntad destinada a ese efecto, no se produce la tradición”. La entrega viene a ser el modo natural para la circulación de la posesión.

Por su parte, Gloria Salvatierra Valdivia²³ señala que “Es aquella que se obtiene por la transmisión de la posesión de un sujeto a otro, de allí que se le llame también posesión bilateral; requiere de un intermediario (poseedor), del que deriva la posesión a transmitirse y a la que se une la siguiente posesión, surge por tanto una sucesión o secuencia de posesiones. La posesión derivativa puede ser por acto inter vivos o mortis causa. La posesión derivativa mortis causa es la que proviene de la sucesión hereditaria a título universal... La posesión derivativa por acto inter vivos surge como consecuencia de la tradición, pudiendo ser la causa una cesión a título oneroso o gratuito; en ambos casos se requiere la entrega de la cosa (ya sea entrega material o simbólica), dicha entrega se produce en mérito de un título (entendiéndose por tal a la causa de la transferencia), que puede ser compraventa, arrendamiento, usufructo, prenda, etcétera, en cualquiera de los supuestos debe existir en el sujeto transferente el ánimo de transmitir la posesión y en el adquirente el ánimo de recibirla”.

²³ SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. P. 81.

C) NACIMIENTO DE LA POSESIÓN MEDIATA:

La adquisición de la posesión mediata se constituye al crearse una relación jurídica en donde una de las partes recibe en forma temporal un bien, con la respectiva obligación de restitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 905° del Código Civil²⁴. Igual sucede cuando, ya constituida la relación jurídica, la parte activa de la relación es objeto de transmisión a un tercero.

1.2.5.2. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN

Luego de la adquisición de la posesión, esta se conserva mediante la sola posibilidad de injerencia sobre el bien. En el derecho romano ya se decía que la posesión se adquiere con el *corpus et ánimo*, pero puede conservarse solo con el *ánimo*²⁵.

El artículo 904° del Código Civil²⁶ es la única norma del código prevista para regular la conservación de la posesión. Según este precepto, si el poseedor pierde el contacto físico con el bien por circunstancias pasajeras, igual mantiene la posesión.

Dicho artículo se encuentra referido a todo caso en el cual haya impedimento en el ejercicio de la posesión, lo que supone que el poseedor no pueda

²⁴ Artículo 905° CC: "Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título".

²⁵ En el derecho romano, se reconocieron tres casos de conservación de la posesión solo ánimo, lo que tomamos del texto clásico de SCHULZ, Frits. *Derecho romano clásico*. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1960, traducción de José Santa Criz Teijeiro. P. 423: "a) El poseedor continuaba poseyendo aunque no se hallase en un lugar próximo al del objeto, con tal de tener el llamado "ánimo de retorno". El caso típico era el de la casa de verano o de invierno; b) Si alguien poseía un predio mediante un esclavo o arrendatario, la posterior muerte o enajenación del mediador no ponía fin a la posesión. La lógica indicaba que en estos casos se debía perder la posesión por cuanto la muerte o locura del mediador (esclavo o arrendatario) ponía fin a la voluntariedad necesaria en la relación posesoria. Sin embargo, el derecho romano optó por la solución diferente por razones prácticas; c) Un caso especial era el del esclavo fugitivo, en cuanto este seguía en posesión de la persona de cuyo poder había escapado, pero era solo una posesión ad usucapionem; igualmente se mantenía la posesión sobre todas las cosas llevadas por el esclavo en su huida y que pertenecían al dominus".

²⁶ Artículo 904°: "Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera".

controlar físicamente el bien, sea por cuestiones simplemente materiales o por intromisiones ajenas. Por tanto, como bien lo señala Gunther Gonzales Barrón “sirve para excluir del ámbito posesorio las situaciones con impedimento objetivo (ejemplo: no puedo llegar al predio por virtud de una catástrofe) y las de impedimento subjetivo, sea por acto de voluntad del poseedor (ejemplo: salir de viaje) o por acto de voluntad de tercero (ejemplo: detenciones pasajeras o toleradas)”²⁷.

1.2.5.3. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

En los casos de pérdida de la posesión, deben distinguirse los supuestos de pérdida voluntaria de los de pérdida involuntaria.

Así, conforme lo manifiesta Gunther Gonzales Barrón²⁸, “La pérdida voluntaria ocurre por acto bilateral, esto es, a través de la tradición (modo adquisitivo de la posesión para quien recibe, pero, al mismo tiempo, causa de pérdida de la posesión para el que entrega), o mediante acto unilateral, también llamado abandono”. En el abandono faltan los dos elementos de la posesión, esto es, el sujeto no quiere ser poseedor (falta de voluntariedad) y, además, deja de ejercitar del poder de hecho.

Por su parte, la pérdida involuntaria, como refiere el citado autor “Se produce cuando el bien queda fuera del ámbito de poder fáctico del poseedor sin voluntad del poseedor. Aquí se incluyen los bienes

²⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 583.

²⁸ GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 587.

extraviados, los animales escapados, los bienes robados, etc.”

La distinción entre pérdida voluntaria e involuntaria tiene importantes efectos prácticos. En primer lugar, la pérdida involuntaria impide que se verifique la transmisión de propiedad a *non domino*, prevista en el artículo 948° del Código Civil²⁹; y, en segundo lugar, los bienes extraviados obligan al hallador a ponerlos a disposición de la autoridad, conforme lo ha previsto el artículo 932° del Código Civil³⁰.

El Código Civil regula los eventos productores de la pérdida de la posesión en su artículo 922°, siendo los siguientes: i) La tradición, ii) El abandono, iii) La ejecución de resolución judicial; y, iv) La destrucción total o pérdida del bien.

La posesión se pierde, en palabras de Gunther Gonzales Barrón³¹, “En el mismo momento de ausencia de vinculación del sujeto con el bien (elemento objetivo de la relación posesoria), lo que se produce cuando el contacto físico ya no existe, o cuando la injerencia potencial queda descartada por la injerencia de un tercero”.

²⁹ Artículo 948° CC: “Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”.

³⁰ Artículo 932° CC: “Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos”.

³¹ GONZALES BARRON, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 594.

1.2.6. CLASES DE POSESIÓN

Conforme a lo dispuesto por el artículo 896° del Código Civil, son poseedores, el propietario, el arrendatario legítimo o ilegítimo, el usurpador, el ladrón, etcétera. Todos ellos se encuentran dentro de la frontera de la posesión; no obstante, es fácil advertir que los casos son diferentes y exigen que el derecho los trate de acuerdo con esa diversidad.

1.2.6.1. POSESION MEDIATA E INMEDIATA

En el derecho alemán se discute si los poseedores mediato e inmediato constituyen dos posesiones distintas, cada una con sus peculiaridades; o si se trata de una sola posesión cuyas funciones se dividen entre varios sujetos³².

El camino más simple para explicar este fenómeno, a decir de Gunther Gonzales Barrón³³ “se halla en el ejemplo del arrendador (poseedor mediato) y el arrendatario (poseedor inmediato). Aquí aparece claramente la división de la posesión en funciones, es decir, el arrendador, pese a no ostentar la tenencia material del bien, sigue desempeñando un papel posesorio en cuanto no se desvincula del bien; por tanto, el poseedor mediato es un auténtico poseedor, pero dentro de un concreto ámbito”.

1.2.6.2. POSESION LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA

La posesión legítima es aquella que se funda en un derecho o en un título, el mismo que debe ser válido, eficaz y otorgado por el titular del derecho. Este tipo

³² FUENTESECA, Cristina. *La Posesión mediata e inmediata*. Editorial Dykinson. Madrid. 2002. PP. 72-76. (Citado en GONZALES BARRON, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 454)

³³ GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 474.

de posesión constituye el simple ejercicio de un derecho subjetivo, tal es el caso del propietario o el arrendatario.

“La posesión legítima es sinónimo de posesión conforme a derecho, es decir, una posesión que se sustenta en una causa o razón justificante, que ha sido valorada y es admitida por el sistema jurídico. Esta causa o razón justificante, que le otorga legitimidad a la posesión, se conoce como “título”, el cual puede ser de dos tipos: negocial o legal... En el caso del título negocial existe (en la mayoría de los casos) un acuerdo³⁴ entre las partes interesadas, en virtud del cual quien tiene el derecho a poseer transfiere o cede este derecho a favor de su contraparte... En el título legal por el contrario, el derecho que respalda a la posesión deriva directamente de la ley, sin necesidad de un acuerdo...”³⁵

Por el contrario, la posesión ilegítima es aquella que se tiene sin título, con título nulo o cuando fue otorgado por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien o que no lo tenía para transmitirlo³⁶.

A decir de Gunther Gonzales Barrón³⁷, “En el caso de invalidez del título, debe diferenciarse el régimen aplicable a la nulidad con relación a la anulabilidad.

³⁴ “El título negocial no siempre será un contrato. Pensemos en el poseedor que pasa a ocupar un inmueble que le fue dejado en legado. En este caso el título negocial será un testamento (negocio unilateral)”.

³⁵ *Los Plenos Casatorios Civiles. Evaluación, Dogmática y Práctica* (2017). Instituto Pacífico. Lima. P. 253.

³⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina. *Derechos Reales*. Tomo I. P. 155. (Citado en GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 484)

³⁷ GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 485.

En el primer caso, el negocio jurídico no produce efecto alguno, y la nulidad es meramente declarativa, por tanto, si el título es nulo, el poseedor será ilegítimo. En cambio, como la anulabilidad produce efectos provisionales, los cuales pueden consolidarse con el transcurso del tiempo (prescripción extintiva de la pretensión anulatoria) o por confirmación, entonces el poseedor será considerado legítimo, para todo efecto, salvo que se declare judicialmente la nulidad, en cuyo caso si devendrá en ilegítimo”³⁸.

1.2.6.3. POSESION DE BUENA FE Y MALA FE

El ordenamiento jurídico tiene especialmente en cuenta el estado subjetivo del poseedor, pues al margen de la ilegitimidad se considera que el sujeto que actúa en forma honesta, aunque se haya equivocado sin culpa, debe merecer un tratamiento favorable. Por el contrario, la mala fe desacredita la situación jurídica y le pone a su cargo severas consecuencias.

El distinto estado subjetivo con que actúa cada poseedor ilegítimo ha llevado a la ley a distinguir entre el poseedor (ilegítimo) de buena y mala fe, asignándosele a cada uno diversas consecuencias³⁹. “El poseedor de buena fe es aquel que cree equivocadamente en su legitimidad. El ilegítimo de

³⁸ La jurisprudencia no siempre ha diferenciado con claridad los efectos de la nulidad y de la anulabilidad en sede posesoria. Por ejemplo: “...la posesión puede ser legítima o ilegítima, dependiendo de su conformidad o no con el derecho, siendo la posesión de buena fe y la posesión de mala fe, una subclasificación de la posesión ilegítima. La ilegitimidad en la posesión no solo está dada por la existencia de un título viciado, es decir, que adolece de una causal de nulidad o anulabilidad, sino que además se da cuando esta se basa en un título en que el transferente carece de legitimidad para ello, es decir, cuando el defecto es de fondo. Ambos casos parten de la existencia de un título, que por presentar defectos de forma o de fondo convierten a la posesión en ilegítima”. (Casación N° 1437-99)

³⁹ Estas consecuencias se ven gratificadas en 4 rubros: i) Apropiación de frutos, ii) -responsabilidad por pérdida del bien, iii) Plazo para adquirir por prescripción adquisitiva y iv) Posibilidad de concretar una adquisición a non domino.

mala fe, en cambio, es consciente que no tiene un derecho que respalde su posesión”⁴⁰.

La posesión ilegítima admite la sub clasificación de posesión de buena fe y mala fe. Así, si el poseedor ilegítimo confía de modo honesto en el título que aparentemente le ha permitido adquirir el derecho, entonces su actuación será de buena fe. Por ejemplo: “El comprador de un bien que no advierte la falta de titularidad del transmitente”⁴¹. En cambio, si el poseedor ilegítimo conoce su falta de derecho o debió conocerlo con una diligencia media, entonces su condición es de mala fe. Por ejemplo, “Si el poseedor ha comprado una vivienda a una persona que todas las circunstancias indican como propietario, aunque luego se prueba que no lo era, entonces se trata de un poseedor de buena fe, pues la situación se origina en una creencia honesta motivada por un error común o generalizada. Por otro lado, si en el mismo caso, el vendedor no tenía forma alguna de demostrar la propiedad que aduce, pero aun así el comprador insiste negligentemente en la adquisición, entonces se tratará de un poseedor de mala fe, pues la creencia subjetiva se origina en un error no excusable, del cual el poseedor debe responder”⁴².

Según nuestro código existe buena fe cuando “el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que

⁴⁰ *Los Plenos Casatorios Civiles. Evaluación, Dogmática y Práctica* (2017). Instituto Pacífico. Lima. P. 254.

⁴¹ Ejemplo citado en GONZALES BARRON, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 486.

⁴² Ejemplo citado en GONZALES BARRON, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 489.

invalida su título”⁴³. Es así que el poseedor de buena fe es aquel que cuenta con un título de adquisición socialmente reconocible que, bajo los parámetros normales de diligencia, había permitido que cualquier ciudadano confiase en la legalidad de la adquisición.

La mala fe está definida en contraposición a la buena fe, como la posesión ejercida por quien conoce o pudo conocer con una diligencia media, la ilegitimidad de su título, lo que haría el error inexcusable, o el que simplemente no tenga título⁴⁴.

1.2.6.4. SERVIDOR DE LA POSESIÓN

La definición del servidor de la posesión se encuentra regulada en el artículo 897° del Código Civil, en los siguientes términos: “No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

Gunther Gonzales Barrón, al comentar dicho artículo, señala “El servidor de la posesión ejerce el control del bien, pero no es poseedor porque le falta autonomía, en consecuencia, no le corresponde la tutela posesoria. Por tanto, el servidor de la posesión y el poseedor inmediato coinciden en que ambos

⁴³ Artículo 906° CC: “La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

⁴⁴ En doctrina se hace una sub clasificación de la posesión ilegítima, posesión de simple mala fe y posesión viciosa. Esta última se produce en los bienes muebles cuando ha existido hurto, robo o abuso de confianza, en el caso de los inmuebles, cuando ha existido despojo violento.

detentan físicamente el bien, pero se diferencian en las diversas funciones atribuidas a cada uno”⁴⁵.

Por su parte, Martín Mejorada Chauca⁴⁶ refiere que “Este artículo recoge la figura del servidor de la posesión. No obstante mantener relación e incluso contacto con el bien, el servidor de la posesión no es poseedor porque sus conductas no satisfacen un interés propio sino el de otra persona...El servidor es un mandatario de la persona interesada en el bien (mandante), quien goza de las consecuencias jurídicas que surgen de la conducta”.

1.2.6.5. POSESIÓN PRECARIA

A) DEFINICIÓN:

El artículo 911° del Código Civil define a la posesión precaria como aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la República⁴⁷, comentando el primer supuesto que prevé dicho artículo, señala: “Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer -dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con

⁴⁵ GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 453.

⁴⁶ MEJORADA CHAUCA, Martín. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 65 – 70.

⁴⁷ Casación N° 2195-2011-Ucayali.

carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta”.

Agrega, respecto al segundo supuesto, lo siguiente: “El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto Intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute”.

2. PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA

2.1. PROCESO SUMARISIMO

2.1.1. DISPOSICIONES GENERALES

El artículo 546° del Código Procesal civil prescribe lo siguiente: “Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: 1. Alimentos; 2. separación convencional y divorcio ulterior; 3. interdicción; 4. desalojo; 5. interdictos; 6. los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo; 7. aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y, 8. los demás que la ley señale”. Dicho artículo fija las pautas para recurrir a esta vía procedimental, tomando como referentes a la cuantía y materia de la pretensión.

Mediante este procedimiento sumarísimo, conforme a lo señalado por Marianella Ledesma Narváez⁴⁸ “se responde a un diseño lato, de reducidos plazos y limitado debate probatorio, a fin de lograr respuestas rápidas, todo ello justificado por la urgencia de obtener tutela jurisdiccional, pero, en este caso, será el juez quien califique las circunstancias que hagan atendible dirigir el debate de la pretensión por un modelo sumarísimo”.

La competencia en el proceso sumarísimo se va a encontrar regulada en el artículo 547° del Código Procesal Civil, en los siguientes términos: “Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2) y 3), del artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 5) y 6), son competentes los Jueces Civiles. Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del

⁴⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 692-693.

artículo 546. En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados”.

Dicho artículo, a decir de Marianella Ledesma Narváez⁴⁹ “acoge la competencia especializada, se dice que las complejidades del conocimiento jurídico pone de relieve la necesidad de especializar a los órganos jurisdiccionales. Esta especialización consiste en la atribución de competencia atendiendo a ramas o sectores del ordenamiento jurídico, y en ese orden de ideas encontramos a los juzgados contenciosos administrativos, civiles, penales, familia y laborales”.

En este tipo de proceso, al tener plazos más reducidos en comparación con el de conocimiento y abreviado, tanto las excepciones como defensas previas se interponen al contestar la demanda conforme a lo dispuesto por el artículo 552° del Código Procesal Civil⁵⁰. Marianella Ledesma Narváez⁵¹ comenta dicho artículo señalando que “tratándose del procedimiento sumarísimo, las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda, esto significa que hay un plazo común (cinco días) para interponer, tanto las excepciones y defensas previas, como para contestarla demanda, tal como lo refiere el artículo 554 del CPC. La actividad probatoria, en las excepciones y defensas previas, es reducida, puesto que solo se permiten los medios probatorios

⁴⁹ LEDESMA NARVÁEZ. Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 697.

⁵⁰ Artículo 552° CPC: “Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata”.

⁵¹ LEDESMA NARVÁEZ. Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 699-700.

de actuación inmediata, como sería la prueba documental ordinaria. Esto se justifica porque la actividad probatoria se agota en una sola etapa, a través de una audiencia única, tal como lo describe el artículo 555 del CPC, a diferencia de los procedimientos de conocimiento y abreviado”.

Lo mismo ocurre con las cuestiones probatorias, esto es, las tachas u oposiciones, pues éstas, conforme a lo prescrito por el artículo 553° del Código Procesal Civil, se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata.

Debido al carácter sumario de éste proceso, el saneamiento, pruebas y sentencia se van a ver concentradas en una sola audiencia, la cual se va a encontrar regulada por las mismas reglas que la audiencia de pruebas tanto en un proceso de conocimiento como abreviado, por lo que a la inasistencia de ambas partes a la misma, deberá procederse conforme al artículo 203° del Código Procesal Civil⁵² y en consecuencia, declararse concluido el proceso.

Asimismo, la forma en cómo el Juez debe desarrollar dicha audiencia se encuentra regulada en el artículo 555° del Código Procesal Civil, que prescribe lo siguiente: “Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El Juez, con la intervención de las partes, fijará los

⁵² Artículo 203° CPC: “La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados. Salvo disposición distinta de este Código, sólo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante. Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará sólo con ella. Si no concurren ambas partes, el Juez dará por concluido el proceso”.

puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba. A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia”.

Finalmente, debe resaltarse que en este tipo de proceso, el cual conforme lo refiere Marianella Ledesma Narváez⁵³, “responde a un criterio de economía procesal procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales”, de conformidad a lo establecido por el artículo 559° del Código Procesal Civil⁵⁴, no son procedentes la reconvencción y los informes sobre los hechos.

2.1.2. DESALOJO

2.1.2.1. DISPOSICIONES GENERALES

Los sistemas jurídicos han diseñado procesos judiciales rápidos y simples, con el fin de solucionar los conflictos, éstos procesos rápidos son nuestros antiguos “desahucio” y “aviso de despedida”, según el Código de Procedimientos Civiles de 1911, luego actualizados unitariamente con el nombre de “desalojo”.

En cualquier caso, el origen del proceso de desalojo es el mismo: resolver las sencillas controversias que

⁵³ LEDESMA NARVÁEZ. Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 725.

⁵⁴ Artículo 559° CPC: “En este proceso no son procedentes: 1. La reconvencción.2. Los informes sobre los hechos”.

surgen entorno a la relación jurídica del arrendamiento. Muchos ordenamientos, que obviamente sufren los mismos conflictos prácticos, comparten un tipo de proceso idéntico, incluso en cuanto al nombre.

2.1.2.2. PROCESO DE DESALOJO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El Código Procesal Civil del año 1992, vigente desde el 28 de julio de 1993, actualizó los viejos procesos de desahucio y avisos de despedida, mediante una regulación unitaria, más moderna, esto es, el proceso de desalojo.

A) DEMANDANTE Y DEMANDADO:

El artículo 586° del Código Procesal Civil, establece claramente tanto al sujeto activo como pasivo en el desalojo, en los siguientes términos: “Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio. Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución”.

B) OBJETO DEL DESALOJO:

El objeto de la demanda de desalojo se encuentra regulado en el artículo 585° del Código Procesal Civil, en los siguientes términos “La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo. Procede a decisión

del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza. Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código”.

Marianella Ledesma Narváez⁵⁵ señala que “El desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario”.

C) CAUSALES DE DESALOJO:

El desalojo es el proceso judicial destinado a la restitución de un predio, lo que a decir de Gunther Gonzales Barrón⁵⁶obedece a las siguientes causas: i) Resolución del contrato por falta de pago o por incumplimiento de alguna obligación, ii) Conclusión del contrato por vencimiento del plazo o por venta del bien a tercero, iii) Precario, que comprende todas las distintas hipótesis previstas en el iv Pleno de la Corte Suprema.

⁵⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. PP. 800.

⁵⁶ GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 235.

D) COMPETENCIA DEL JUEZ:

El juez de paz letrado es competente en los casos en que la renta mensual del contrato de arrendamiento no supere las cincuenta unidades de referencia procesal. La utilización de la renta implica que la pretensión procesal se sustenta en el contrato de arrendamiento, por tanto, el desalojo se funda en las causales de falta de pago, conclusión de contrato o vencimiento de plazo. Por el contrario, el juez especializado civil es competente cuando la renta supera las cincuenta unidades de referencia procesal o se trata de precario⁵⁷.

E) ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES:

Puede acumularse el desalojo por falta de pago con la pretensión de pago de arriendos o renta⁵⁸, con el fin que en un solo proceso se resuelven todas las controversias que rigen en torno al contrato de arrendamiento. Encaso de optarse por la acumulación, el desalojo queda exceptuado del requisito de exigir la misma vía procedimental para ambas pretensiones, aunque esta cuestión ha quedado relativizada con una reforma procesal aprobada recientemente. En caso de no optarse

⁵⁷ Artículo 547° CPC: “Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2) y 3), del artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 5) y 6), son competentes los Jueces Civiles. Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del artículo 546. En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados. En el caso del inciso 7) del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez Unidades de Referencia Procesal, es competente para sentenciar el Juez de Paz y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal para resolver mediante conciliación; cuando supere esos montos, es competente el Juez de Paz Letrado”.

⁵⁸ La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo. Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza. Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código.

por la acumulación, entonces el demandante podrá hacer efectivo el cobro de arriendos en el proceso ejecutivo.

F) INTERVENCIÓN DE TERCEROS:

Para evitar el fraude procesal, tal como lo señala Gunther Gonzales Barrón⁵⁹, la ley ha establecido varias medidas concretas:

- La demanda debe notificarse, no solo en el domicilio que le corresponda al demandado, sino también en el lugar del predio materia de la pretensión, si esta fuera distinta de aquella⁶⁰. La justificación de esta norma consiste en que, solo de esta forma, se asegura que el poseedor del bien podrá realmente tomar conocimiento efectivo del inicio del proceso, y, de esa forma, solicitar su intervención litisconsorcial⁶¹ (art. 98 CPC), en tanto la sentencia de desalojo expandirá sus efectos contra todos los ocupantes, incluyéndolo a él mismo.

- La notificación de la demanda tendrá que realizarse en el predio materia de la pretensión, lo que constituye una medida que permite conocer la presencia de terceros, por lo que el notificador deberá instruirlos del proceso

⁵⁹ GONZALES BARRON, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. P. 239.

⁶⁰ Artículo 589° CPC: "Además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta. Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido".

⁶¹ Artículo 98° CPC: "Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta. Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia".

iniciado, así como de su derecho a participar en él y el efecto que la sentencia le producirá.

- El demandante tiene que denunciar al tercero ocupante del predio, que sea ajeno a la relación que vincula al actor con el demandado, obviamente, siempre que conozca de su existencia. En tal caso, el denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso. En caso que el tercero no sea poseedor, el juez podrá separarlo del proceso por medio de la extromisión.
- El demandado que no sea poseedor, sino detentador o servidor, puede denunciar al poseedor en la contestación de la demanda. Si este lo acepta, entonces reemplaza al demandado, por lo que deberá emplazarse a aquel; mientras que si el llamado no comparece o niega ser poseedor, entonces el proceso seguirá contra el demandado, pero la sentencia surtirá efecto contra este y el llamado.
- El código procesal omite regular el caso del demandado que alega simplemente no ser poseedor, pero, en tal caso, por máxima de experiencia, si no procede a denunciar a un tercero, ni consta la intervención de persona alguna en el proceso, entonces debe suponerse que el demandado es realmente el poseedor, lo que se demuestra con su interés de apersonarse al proceso, y cuya negativa

tendría normalmente como objetivo la frustración del proceso.

G) EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA:

Luego de que se dicte la sentencia, el juez de ejecución dictará el decreto que declara consentida la misma o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado y luego de seis días a pedido de parte, se ordenará el lanzamiento⁶².

El lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación⁶³, lo que se justifica en tanto los hipotéticos terceros han tenido diversos momentos para apersonarse al proceso, sea porque se notificó en el predio materia de la pretensión, porque el notificador debe instruir a los ocupantes, porque el demandante debe denunciar a los terceros, porque el demandado debe llamar a los poseedores.

El lanzamiento se entiende efectuado solo cuando se hace entrega del bien en su integridad al demandante y totalmente desocupado. Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el demandado ha vuelto a ingresar al predio, el actor podrá solicitar un nuevo lanzamiento.

⁶² Artículo 592° CPC: "El lanzamiento se ordenará, a pedido de parte, luego de seis días de notificado el decreto que declara consentida la sentencia o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado, según sea el caso".

⁶³ Artículo 593° CPC: "Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. Se entiende efectuado el lanzamiento, sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto a ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento".

Marianella Ledesma Narváez⁶⁴ señala “La sentencia se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual con intervención del personal auxiliar del juzgado y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del demandado y demás ocupantes. La prestación condenada se satisface con la entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Esta ejecución puede ser gradual hasta concluir con la entrega total del bien. La norma regula un plazo de garantía computado luego de la ejecución íntegra de la prestación. Esta garantía tiene como finalidad asegurar en el tiempo la entrega del bien totalmente desocupado, pues en caso se vea está alterada por obra del propio vencido, el vencedor podrá solicitar un nuevo lanzamiento”.

H) PAGO DE MEJORAS:

El régimen de reembolsos de mejoras, según señala Gunther Gonzales Barrón⁶⁵, se reduce a las siguientes reglas:

- Antes de la citación judicial para devolver el bien: Todo poseedor (sea de buena o mala fe) tiene derecho al reembolso del valor actual de las mejoras necesarias y útiles⁶⁶ que existan al tiempo de la restitución y a retirar las mejoras de recreo⁶⁷ que puedan separarse sin daño,

⁶⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. P. 826.

⁶⁵ GONZALES BARRON, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. PP. 243-247.

⁶⁶ Las mejoras son necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien (art. 916, 1 CC). Son mejoras útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias, aumentan el valor y la renta del bien (art. 916, 2CC).

⁶⁷ Son mejoras de recreo las que, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad (art. 916, 3 CC).

salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

- Después de la citación judicial para devolver el bien: Todo poseedor tiene el derecho a ser reembolsado solo de las mejoras necesarias o imprescindibles. Aquí la idea de sanción a la mala fe prima sobre la idea de evitar el enriquecimiento. La mala fe supone que la inversión en mejoras útiles o de recreo ha sido un riesgo asumido y calculado voluntariamente por el poseedor.

Marianella Ledesma Narváez⁶⁸ señala “La redacción del artículo 595 del cpc condiciona a que el demandado por desalojo interponga en otro proceso, demanda de pago de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación. Dice, además, el citado artículo 595 del cpc, que el proceso por mejoras no es acumulable al de desalojo. Esto implica que el proceso de desalojo y el proceso de mejoras nunca podrán reunirse para que las dos demandas se resuelvan en una única sentencia, esto es, que nunca operará la acumulación de procesos por disposición expresa de la ley”.

Agrega que “La redacción del artículo 595 del CPC lleva a interpretar que existen dos momentos que tiene el poseedor para demandar el pago de mejoras: antes y después

⁶⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. P. 840.

de la demanda de desalojo; sin embargo, ello resulta contraproducente con el poseedor del artículo 917 del CC, pues este jamás demandaría su pago antes de ser demandado, por el simple motivo que ese "poseedor" mejora un bien que posee como propio y no como bien ajeno. Si antes que ese dueño aparezca en escena, nuestro poseedor demanda el pago de mejoras, reconocería la titularidad ajena sobre el bien".

2.1.2.3. PROCESO DE DESALOJO EN EL CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL

A) LA POSESIÓN PRECARIA EN LA JURISPRUDENCIA PREVIA AL IV PLENO:

- Un grupo de sentencias dice que el arrendatario con plazo de contrato vencido es precario, pues "el título ha fenecido", como la Casación N° 4078-2006-Lima de fecha tres de diciembre del año dos mil siete, o la N° 2165-2009-Lima de fecha doce de noviembre del año dos mil nueve; mientras otro grupo dice lo contrario, conforme la Casación N° 918-2002-Lima.

- Algunas sentencias sostienen que el contratante con título manifiestamente ilegítimo es precario, pero la inmensa mayoría de las decisiones opina exactamente lo contrario, por ejemplo, que basta cualquier acto jurídico, incluso nulo, para evitar la precariedad (Casación N° 1074-2004-La Libertad de fecha veinticuatro de mayo del año dos mil seis); o

que ni siquiera se requiere título falso, pues resulta suficiente cualquier circunstancia que otorgue una remota apariencia de legitimidad. Otro caso en el que se negó la precariedad es la del poseedor que ha entablado una demanda de nulidad del título que ostenta el demandante, pues la compraventa se habría logrado a través de la falsificación del poder en su perjuicio, según la Casación N° 2854-2010-Ucayali de fecha veinticuatro de junio del año dos mil once.

- Existen sentencias en las que se reputa precario a quien invoca un título afectado de nulidad absoluta (Casación N° 2009-2002-Juliaca de fecha seis de julio del año dos mil cuatro); pero otras lo niegan (Casación N° 1074-2004-La Libertad de fecha veinticuatro de mayo del año dos mil seis). En ambos casos, el debate se centró en un contrato de anticresis que constaba en instrumento privado cuando el artículo 1092° del Código Civil exige la escritura pública, bajo sanción de nulidad.

- Un grupo de sentencias dice que el poseedor carente de título es precario, esto es a quien adolece de negocio jurídico justificativo de la posesión, aunque sea nulo, como lo indica la Casación N° 417-2009-Ica; otras muchas señalan que la posesión no es precaria cuando la ejerce la ex conviviente del propietario, con quien tiene hijos, pese a que no cuenta con título jurídico alguno, salvo el acta de

conciliación por violencia familiar (Casación N° 3191-2010-Cusco de fecha siete de junio del año dos mil once), pues basta cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien, lo que va más allá de la necesidad de título como negocio jurídico. Por otro lado, la Corte Suprema aduce que no hay precario cuando el poseedor discute los derechos hereditarios que le corresponderían en una casa que fue otorgada en anticipo de herencia a otro de los hijos del causante, pues se encuentra pendiente una demanda judicial por colación, por cuya virtud se establece que los demandados poseen un bien colacionable de su causante, situación que justifica su posesión. (Casación N° 4072-2010-Cusco de fecha nueve de marzo del año dos mil doce).

- Unas sentencias indican que es precario el comprador, incluso con inscripción registral a quien el vendedor le resolvió el contrato de forma extrajudicial y unilateral, conforme la Casación N° 396-04-Lima de fecha siete de septiembre del año dos mil cinco y la N° 2705-2010-Lima de fecha treintaiuno de mayo del año dos mil once, mientras otras sostienen exactamente lo contrario, como la Casación N° 1144-2005-Lima.
- Una sentencia llegó al extremo de resolver un caso de doble venta mediante la vía del desalojo; por lo cual se consideró precario al comprador que celebró el contrato en primer lugar, pero que no había inscrito su derecho

(Casación N° 1352-2004 de fecha trece de septiembre del año dos mil cinco).

- Una sentencia de la Corte Suprema avala la posición de la Sala Superior en cuanto el demandado con título sobre las edificaciones, igual es precario (Casación N° 3741-2010-Tacna de fecha catorce de marzo del año dos mil once). Esta decisión es contradictoria con una sentencia anterior, en la cual se dijo que el autor de la edificación no es precario (Casación N° 1311-2009-Lambayeque de fecha dos de noviembre del año dos mil nueve).

Lama More opina que el precario es un “tipo de poseedor ilegítimo”, específicamente de mala fe, por lo cual se entiende incluido en ese concepto al usurpador⁶⁹: “No existe lugar a dudas que el precario actual carece de nexo obligacional con el titular del derecho del bien que posee (...) Consideramos a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en esta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció”.

Torres Vásquez, señala que el precario no es poseedor inmediato, pues carece de título;

⁶⁹ LAMA MORE, Héctor Enrique. *La posesión y la posesión precaria en el Derecho Civil Peruano. Tesis para optar el grado de magister en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima. 2006. PP. 89-90.

asimismo agrega que la noción de “restitución” utilizada en el Código Procesal no debe entenderse en sentido “restrictivo”, por lo cual un usurpador podría ser objeto del proceso de desalojo por precario⁷⁰.

Mejorada Chauca, manifiesta que el precario es un “concepto procesal”, en virtud del cual el Juez puede decidir quién tiene “mejor derecho a poseer” a través del proceso de desalojo⁷¹.

B) LA POSESIÓN PRECARIA EN EL IV PLENO:

Según el criterio del pleno, es poseedor precario:

i) El poseedor que ha sufrido la resolución extrajudicial del contrato, ii) El arrendatario cuyo contrato ha vencido y, además, se le ha requerido la devolución del bien, iii) El poseedor cuyo título es manifiestamente nulo, iv) El arrendatario no inscrito cuando el arrendador ha transferido el bien a un tercero, v) El poseedor sin título o título fenecido, aunque hubiese realizado construcciones, vi) El poseedor sin título que se limite a alegar la usucapión sin prueba fehaciente.

La Corte agrega que el demandante del proceso de desalojo por ocupación precaria puede ser el propietario, pero también el administrador o cualquiera que tenga derecho a la restitución del bien.

⁷⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2005). *¿En qué consiste la posesión precaria?* Actualidad Jurídica N° 137. Lima. Abril. PP. 48-57.

⁷¹ MEJORADA CHAUCA, Martín (2006). *Precario ¿y qué?* Actualidad Jurídica N° 151. Lima. Junio. PP. 57.

CAPÍTULO III
“JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA”

1. *La posesión precaria es figura jurídica prevista y definida en el artículo 911 del Código Civil, como aquella que se ejerce sin título alguno que la justifique, sea porque nunca lo tuvo o porque habiéndolo tenido este ha fenecido; por lo tanto, corresponde al demandante acreditar su derecho a la restitución del bien, en tanto que el demandado debe probar que la posesión que ejerce emana de un título justificativo.*

EXPEDIENTE N° 1199-2008-LIMA, CUARTA SALA CIVIL - CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

2. *“El concepto de ocupante precario en sede nacional debe partir del texto normativo contenido en el artículo 911 del Código Civil, el cual señala que: “La posesión precaria es que la se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”. En cuanto a la definición de precario, dispuso que una persona tendrá dicha condición cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo”.*

CASACIÓN N° 4538-2015 LIMA (19 DE MAYO DE 2016). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

3. *“2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer”.*

CASACIÓN N° 2195-2011. UCAYALI [CUARTO PLENO CASATORIO, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL]

4. *“Mediante la pretensión de Desalojo por Ocupación Precaria se deberá establecer si la parte demandante ha acreditado su derecho a la restitución del bien inmueble, y respecto al demandado, si tiene un título que justifica su posesión. En consecuencia, para que prospere la acción de desalojo por esta causal se requiere la concurrencia inexorable de los siguientes presupuestos:*

i) Que, el actor acredite su derecho a la restitución del bien al tener la condición de propietario de éste o encontrarse dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 586 del Código Procesal Civil que legitima a interponer la presente demanda al arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598 del mismo código, considere tener derecho a la restitución de un predio;

ii) Que, no exista vínculo contractual alguno entre demandante y demandado;

iii) Que, haya ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien inmueble por la parte demandada; y,

iv) Que, ante la existencia de título que justifique la posesión del emplazado ésta resulte ineficaz, es decir, que la posesión sea ilegítima, que no se ajuste a derecho y, concretamente, que se ejerza bajo alguno de los siguientes supuestos: a) Que el título con el que se cuenta sea nulo, haya quedado resuelto o hubiese fenecido; b) Que se adquiere de aquel que no tenía derecho a poseer el bien; y, c) Que se adquiera de aquél que teniendo derecho a la posesión, se encontraba impedido de transmitirlo”.

CASACIÓN 2156-2014, AREQUIPA. LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

5. *“...El derecho del demandado sobre el inmueble (...) no solo se puede justificar con la exhibición de documentos que tengan la calidad de fecha cierta, sino con cualquier acto jurídico que lo autorice a ejercer la posesión del bien, lo cual constituye doctrina jurisprudencial establecida como vinculante para los Jueces de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400 del Código Procesal Civil”.*

CASACIÓN Nº 3417-2015, DEL SANTA. LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

6. *“En un proceso de desalojo no puede ampararse la defensa sustentada en la adquisición del predio por prescripción, sin contar con resolución que lo ampare, (artículo 952 del Código Civil), por lo tanto, el argumento expuesto por el apelante merece ser desestimado. En resumen, el apelante de ningún modo ha acreditado tener título que justifique su posesión, ni ha desvirtuado el título de propiedad que exhibe al demandante.*

EXPEDIENTE N° 432-08- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. CUARTA SALA CIVIL

7. *“En un proceso de desalojo el punto en discusión no es establecer el derecho de propiedad respecto al predio cuya pretensión se promueve, sino que en este tipo de procesos se ventila la pretensión que promueve una persona, sea propietario o poseedor, con el fin de que se le restituya su derecho de posesión de un determinado predio.”*

EXPEDIENTE Nº 0046-2010-0903-JP-CI-02-LOS OLIVOS. SEGUNDO JUZGADO DE PAZ LETRADO, S EDE MBJ, LOS OLIVOS

8. *“En el proceso sobre desalojo por ocupación precaria, la pretensión procesal está dirigida a que el emplazado desocupe el inmueble materia de litis; consecuentemente, la esencia de dicho proceso no consiste en determinar o resolver en definitiva el derecho de propiedad (...) La decisión arribada por los Jueces Superiores no sólo se contrapone a los fundamentos del precedente vinculante precitado [IV Pleno Casatorio] al declarar la improcedencia de la demanda, sino que además afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al inobservar la esencia del presente proceso, que consiste (...) en determinar la validez de la restitución o la entrega de la posesión en base a un título válido y suficiente que la justifique, frente a la ausencia de título o fenecimiento del que tuvo la parte ocupante, (...) lo cual se encuentra plenamente acreditado en el caso de autos”.*

CASACIÓN N° 1389-2014-LIMA. LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

9. *“...En caso de que ante la pretensión de desalojo por ocupación precaria la parte demandada oponga algún título para poseer el inmueble reclamado, el Juzgador deba verificar si este título guarda un mínimo de verosimilitud y si se mantiene vigente, vale decir, sino a fenecido; empero, no está facultado a determinar el mejor derecho de propiedad o la nulidad o anulabilidad del acto jurídico contenido en el referido título, toda vez que el proceso de desalojo no es la vía idónea para ello”.*

SENTENCIA CASACIÓN N° 389-2016 ICA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

10. *La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quienes los contradicen alegando hechos nuevos, salvo disposición legal diferente, siendo la finalidad de los medios probatorios, acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez, respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.*

EXPEDIENTE N° 0509-2008 – CUARTA SALA CIVIL – CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (LIMA, 07 DE JULIO DE 2008)

CAPÍTULO IV

“ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE”

1. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FORMA DEL EXPEDIENTE

1.1. DEMANDA

La demanda de autos cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 130° del Código Procesal Civil, según el cual: “El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones: 1. Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico; 2. Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho; 3. Es redactado por un solo lado y a doble espacio; 4. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos; 5. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha; 6. Si el escrito tiene anexos, éstos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra; 7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el Juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara; 8. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al Juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite; y, 9. Si el escrito contiene otrosíes o fórmulas similares, éstos deben contener pedidos independientes del principal”, así como con la firma de la parte demandante y su abogado defensor, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 131° del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, respecto a los requisitos establecidos en el artículo 424° del Código Procesal Civil, debe señalarse que la demanda ha cumplido con señalar el Juez ante quien se interpone la misma, esto es, el Juez del Juzgado Mixto de la provincia de Recuay; el nombre y dirección domiciliaria de la demandante; el nombre y dirección domiciliaria del demandado; los hechos en los que se funda el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; la fundamentación jurídica del petitorio; y, el ofrecimiento de todos los medios probatorios.

No obstante, se advierte la omisión de un requisito, siendo “el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide”, conforme se ha señalado en la resolución número uno de fecha cinco de octubre del año dos mil quince que resolvió declarar inadmisibile la demanda, pues si bien se ha señalado que se demanda desalojo por ocupante precario, no se ha cumplido con especificar las medidas y colindancias del área que se pretende desalojar y de los fundamentos de hecho se hace referencia al pago de indemnización; omisión que ha sido subsanada dentro del plazo concedido, mediante escrito de fecha doce de octubre del año dos mil quince.

La demanda también ha cumplido con los requisitos previstos en el artículo 425° del Código Procesal Civil, según el cual “A la demanda debe acompañarse: 1. Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante. 2. El documento que contiene el poder de iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado. 3. Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas. 4. Los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso. 5. Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. 6. Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo”.

En conclusión, la demanda ha cumplido con los requisitos previstos en los artículos 130°, 424° y 425° del Código Procesal Civil.

1.2. RESOLUCIÓN NÚMERO DOS (AUTO ADMISORIO)

El auto admisorio contenido en la resolución número dos de fecha catorce de octubre del año dos mil quince ha sido emitido correctamente por el Juzgado, ya que tal como se ha señalado precedentemente, la demanda cumple con los requisitos establecidos por los artículos 130°, 424° y 425° del Código Procesal Civil. Ésta ha sido admitida en la vía del proceso sumarísimo, conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 546° del Código Procesal Civil, según el cual “Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: ... 4. Desalojo”.

Asimismo, el Juzgado Mixto de la Provincia de Recuay resulta competente para conocer la demanda, ya que el artículo 547° del Código Procesal Civil dispone que en el caso del inciso 4 del artículo 546°, cuando no exista cuantía, como en el presente caso, al ser una demanda de desalojo por ocupación precaria, son competentes los Jueces Civiles, así también de conformidad a lo estipulado por el inciso 1 del artículo 24° del mismo cuerpo normativo, “Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos”.

De igual forma, se advierte que la demanda no se encuentra incurso en ninguna de las causales de improcedencia, previstas en el artículo 427° del Código Procesal Civil. Habiéndosele concedido al demandante el plazo de cinco días para que absuelvan el traslado de la demanda, conforme lo prevé el primer párrafo del artículo 554° del texto normativo muchas veces citado.

Cabe señalar que la acotada resolución ha sido válidamente notificada a las partes.

En conclusión, puede afirmarse que la demanda ha sido admitida correctamente y la parte demandada ha sido válidamente notificada con el auto admisorio, demanda y anexos.

1.3. CONTESTACIÓN

La contestación de la demanda realizada por Gliden Fernando Chávez Cerna ha sido presentada dentro del plazo de los cinco días. Asimismo, ha cumplido con los requisitos establecidos por el artículo 442° del Código Procesal Civil, según el cual: “Al contestar el demandado debe: 1. Observar los requisitos previstos para la demanda, en lo que corresponda; 2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados; 3. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el Juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos; 4. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara; 5. Ofrecer los medios probatorios; y 6. Incluir su firma o la de su representante o de su apoderado, y la del Abogado. El Secretario respectivo certificará la huella digital del demandado analfabeto”.

El citado demandado no ha deducido excepciones, pero sí tacha contra la copia certificada del contrato de compraventa presentado por la demandante. Además debe resaltarse que en éste tipo de procesos (sumarísimo) no procede la reconvencción, tal como lo estipula el artículo 559° del Código Procesal Civil.

1.4. RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Mediante resolución número tres de fecha dos de noviembre del año dos mil quince se resolvió tener por absuelto el traslado de la demanda por parte de Gliden Fernando Chávez Arnao, pues la misma ha sido absuelta dentro del plazo concedido, consecuentemente dicha resolución ha sido emitida correctamente. Además de ello resolvió tener por interpuesta la tacha contra el contrato de compraventa presentado por la demandante, ordenándose correr traslado de la misma a la demandante.

Por último se señaló fecha para la realización de la audiencia de saneamiento, pruebas y sentencia (audiencia única), conforme a lo dispuesto por el artículo 554° del mismo cuerpo normativo.

1.5. AUDIENCIA ÚNICA

La audiencia única se llevó a cabo con fecha trece de enero del año dos mil dieciséis con la presencia de la demandante Zena Olimpia León Arnao y el demandado Gliden Fernando Chávez Cerna. En la misma se declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes; en consecuencia, saneado el proceso, pues se verificó el cumplimiento de los presupuestos procesales como son: competencia del juzgado, capacidad procesal de las partes y requisitos de la demanda, así como las condiciones de la acción: voluntad de la ley e interés y legitimidad para obrar, se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la partes, dejándose constancia que la tacha propuesta sería resuelta conjuntamente con la sentencia, procediendo a informar los abogados defensores de ambas partes.

En conclusión, la audiencia única se llevó a cabo de conformidad a lo dispuesto por el artículo 554° del Código Procesal Civil.

1.6. RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Mediante resolución número seis de fecha veinte de enero del año dos mil dieciséis se declaró improcedente el ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos, en mérito a lo dispuesto por el artículo 429° del Código Procesal Civil.

1.7. RESOLUCIÓN NÚMERO TRECE

Mediante resolución número trece de fecha uno de junio del año dos mil dieciséis, en atención a lo dispuesto por el artículo 194° del Código Procesal Civil, según el cual “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio” se resolvió actuar de oficio la inspección judicial y el peritaje por parte de dos peritos ingenieros civiles por versar el presente proceso sobre desalojo.

Considero que la citada resolución no ha sido emitida conforme a lo dispuesto por el artículo 194° del Código Procesal Civil, pues la misma no señala los motivos por los cuáles resulta necesario dicho medio probatorio de oficio.

1.8. RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTIUNO

Mediante resolución número veintiuno de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil dieciséis se resolvió declarar improcedente la oposición formulada contra la prueba de oficio, en atención a que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 194° del Código Procesal Civil, ésta es inimpugnable. Considero que dicha resolución ha sido emitida correctamente.

1.9. RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTIDÓS

Mediante resolución número veintidós de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil dieciséis se declaró improcedente la recusación formulada por el demandado.

La citada resolución ha sido emitida de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 305°, 308° y 310°.

1.10. RESOLUCIÓN NÚMERO VEINTITRÉS

Mediante resolución número veintitrés de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil dieciséis se resolvió declarar improcedente la abstención por decoro solicitada por el demandado, al no presentarse los supuestos regulados por el artículo 313° del Código Procesal Civil, según el cual: “ Cuando se presentan motivos que perturban la función del Juez, éste, por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, remitiendo el expediente al Juez que debe conocer de su trámite. Si el Juez a quien se remiten los autos considera que los fundamentos expuestos no justifican la separación del proceso, seguirá el trámite previsto en el Artículo 306”; resolución que ha sido emitida válidamente.

1.11. RESOLUCIONES NÚMEROS VEINTICUATRO Y VEINTICINCO

Mediante resoluciones números veinticuatro y veinticinco se resolvió conceder la apelación interpuesta por el demandado contra las

resoluciones números veintiuno, veintidós y veintitrés, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.

Las citadas resoluciones han sido emitidas correctamente, pues de conformidad a lo previsto por el artículo 556° del Código Procesal Civil “La resolución citada en el último párrafo del Artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son sólo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el Artículo 369 en lo que respecta a su trámite”.

Asimismo, el citado recurso de apelación ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de procedencia establecidos por el artículo 366° del mismo cuerpo normativo, según el cual “El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria”.

1.12. RESOLUCIÓN NÚMERO TREINTA

Mediante resolución número treinta de fecha doce de septiembre del año dos mil diecisiete se resolvió prescindirse del medio probatorio de oficio, debido a la falta de aceptación de los peritos y a la falta de pago del arancel por diligencia fuera del juzgado.

Considero que las razones expuestas por el juzgado para dejar sin efecto el medio probatorio de oficio admitido son insuficientes, pues bien pudo requerirse a la Oficina de Administración que designe a otro perito y a las partes que realicen el pago del arancel. No obstante, conforme lo he señalado anteriormente, dicho medio probatorio de oficio no resultaba necesario. Es así que si bien no son correctos los argumentos del juzgador para prescindir del citado medio probatorio, la decisión resulta favorable para el desarrollo del proceso.

1.13. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue emitida dentro del plazo establecido por el artículo 555° del Código Procesal Civil (10 días), contabilizando el mismo desde la notificación de la última resolución expedida a las partes.

Dicha resolución ha sido emitida cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 121° del mismo cuerpo normativo, según el cual "... Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal", pues se ha expresado de manera clara y precisa sobre cada uno de los puntos controvertidos establecidos en autos.

Asimismo, se advierte que la misma contiene los requisitos de toda resolución previstos en el artículo 122° del código adjetivo, esto es: "Las resoluciones contienen: 1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden; 2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden; 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; 4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente; 5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso; 6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y, 7. La suscripción del Juez y del Auxiliar jurisdiccional respectivo... La

sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive...”.

En conclusión, la sentencia de primera instancia ha sido expedida cumpliendo con los requisitos de forma establecidos por el Código Procesal Civil y que han sido señalados precedentemente.

1.14. RESOLUCIÓN NÚMERO TREINTA Y TRES

Mediante resolución número treinta y tres de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil diecisiete se resolvió conceder la apelación interpuesta por el demandado contra la sentencia.

El escrito de apelación ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de procedencia establecidos por el artículo 366° del mismo cuerpo normativo. Asimismo, la apelación se ha concedido con efecto suspensivo conforme a lo previsto por el artículo 556° del Código Procesal Civil, según el cual “La resolución citada en el último párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro del tercer día de notificadas...”.

1.15. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante resolución número treinta y cuatro de fecha quince de noviembre del año dos mil diecisiete, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash se avocó al conocimiento de la causa y señaló fecha para la vista de la causa, la cual se llevó a cabo con fecha veintiocho de noviembre del año dos mil diecisiete, en la que informó el abogado defensor del demandado.

En atención a lo anterior, puede concluirse que el trámite en segunda instancia se ha realizado conforme a lo dispuesto por los artículos 373° y 375° del Código Procesal Civil, según los cuales: “La apelación contra las sentencias se interpone dentro del plazo previsto en cada vía

procedimental, contado desde el día siguiente a su notificación. Concedida apelación, se elevará el expediente dentro de un plazo no mayor de veinte días, contado desde la concesión del recurso, salvo disposición distinta de este Código. Esta actividad es de responsabilidad del Auxiliar jurisdiccional. En los procesos de conocimiento y abreviado, el superior conferirá traslado del escrito de apelación por un plazo de diez días...” y “En los procesos de conocimiento y abreviados, la designación de la fecha para la vista de la causa se notifica a las partes diez días antes de su realización. En los demás procesos, se notifica con anticipación de cinco días. Solamente procede informe oral cuando la apelación se ha concedido con efecto suspensivo. Dentro del tercer día de notificada la fecha de la vista, el Abogado que desee informar lo comunicará por escrito, indicando si la parte informará sobre hechos. La comunicación se considera aceptada por el sólo hecho de su presentación, sin que se requiera citación complementaria. No se admite aplazamiento...”.

1.16. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia de segunda instancia, en cuestiones de forma, al igual que la de primera instancia, ha sido emitida cumpliendo lo dispuesto por los artículos 121° y 122° del Código Procesal Civil.

Asimismo, cabe señalar que la resolución se ha pronunciado tanto por la apelación contra la sentencia, como contra las resoluciones veintiuno, veintidós y veintitrés (diferidas).

En conclusión, la sentencia de segunda instancia ha sido expedida cumpliendo con los requisitos de forma establecidos por el Código Procesal Civil y que han sido señalados precedentemente.

2. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL EXPEDIENTE

2.1. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA OPOSICION FORMULADA CONTRA LA PRUEBA DE OFICIO

Mediante resolución número veintiuno de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil dieciséis se resolvió declarar improcedente la oposición formulada contra la prueba de oficio solicitada por el demandado Gliden Fernando Chávez Cerna; resolución que fue apelada por aquel y confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

La resolución de primera instancia sustenta su decisión en que de conformidad a lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 194° del Código Procesal Civil, la resolución que ordena la prueba de oficio es inimpugnable.

El demandado sustentó su recurso de apelación contra la referida resolución, en los siguientes argumentos: **a)** La actuación de la prueba de oficio ordenada se encuentra destinada a salvar a la parte demandante, debido a que la demanda debería declararse improcedente, ya que la acción demandada no tiene fundamentos reales que la sustenten; **b)** El Juez de la causa ha actuado con la finalidad de perjudicarlo, llegando a sustituir a la parte demandante, debido a que las pruebas ordenadas son onerosas.

La resolución de segunda instancia sustenta su decisión en similares argumentos expuestos en la resolución de primera instancia.

COMENTARIO:

Me encuentro de acuerdo con las resoluciones emitidas en ambas instancias, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 194° del Código Procesal Civil “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los

medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. **La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.** En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”.

En el presente caso, la oposición formulada por el demandado no se sustentaba de ningún modo en cuestionar que la resolución que dispuso la admisión de un medio probatorio de oficio no se encontraba debidamente motivada, sino en que la parte demandante no había ofrecido dicho medio probatorio, lo cual, evidentemente, no constituye argumento válido para cuestionar dicha resolución, pues lógicamente el Juez admite un medio probatorio de oficio, porque justamente las partes no lo han ofrecido.

Por lo anterior, considero que la decisión adoptada por ambas instancias, de declarar improcedente la oposición formulada por el demandado resulta correcta.

2.2. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA RECUSACIÓN

Mediante resolución número veintidós de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil dieciséis se resolvió declarar improcedente la recusación formulada por el demandado Gliden Fernando Chávez Cerna; resolución que fue apelada por aquel y confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

La resolución de primera instancia sustenta su decisión en que el demandado no ha fundamentado en cuál de las causales de recusación se encontraría la especialista Eni Salazar Esquivel, menos ha ofrecido prueba alguna; y, la recusación ha sido formulada luego del saneamiento procesal.

El demandado sustentó su recurso de apelación contra la referida resolución, en que la especialista en forma veloz ha redactado los oficios a la administración de la Corte de Justicia a fin de que nombren dos peritos, lo cual demuestra el evidente apoyo incondicional que brinda a la parte contraria desde el inicio del proceso.

La resolución de segunda instancia sustenta su decisión en que el demandado no ha señalado en cuál de las causales establecidas en los artículos 305° y 307° del Código Procesal Civil funda su recusación.

COMENTARIO:

Me encuentro de acuerdo con las resoluciones emitidas en ambas instancias, pues de conformidad a lo dispuesto por el artículo 310° del Código Procesal Civil “**La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso, fundamentando la causal alegada.** En el mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios, excepto la declaración del recusado, que es improcedente...”; no obstante, en el presente caso, el demandado no ha cumplido con señalar la causal en la cual se funda la recusación, por lo que resulta correcto que la misma haya sido declarada improcedente.

2.3. RESOLUCIÓN QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA ABSTENCIÓN

Mediante resolución número veintitrés de fecha veintiuno de noviembre del año dos mil dieciséis se resolvió declarar improcedente la abstención formulada por el demandado Gliden Fernando Chávez Cerna; resolución que fue apelada por aquel y confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

La resolución de primera instancia sustenta su decisión en que la actuación de la juez de primera instancia al emitir la resolución que resolvió admitir medio probatorio de oficio no refleja ninguna parcialidad en el trámite del presente proceso, la misma que no perturba su función.

El demandado sustentó su recurso de apelación contra la referida resolución, en que la juez de primera instancia ha ordenado la realización de diligencias que no son del caso con la finalidad de favorecer a la demandante.

La resolución de segunda instancia sustenta su decisión en que los fundamentos señalados por el apelante no constituyen circunstancias que pudiese conllevar a que el A-quo se vea afectado en su capacidad moral y deba apartarse del conocimiento del proceso.

COMENTARIO:

Me encuentro de acuerdo con las resoluciones emitidas en ambas instancias, pues de conformidad a lo dispuesto por el artículo 313° del Código Procesal Civil “Cuando se presentan motivos que perturban la función del Juez, éste, por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, remitiendo el expediente al Juez que debe conocer de su trámite. Si el Juez a quien se remiten los autos considera que los fundamentos expuestos no justifican la separación del proceso, seguirá el trámite previsto en el Artículo 306”.

En el presente caso, el argumento del demandado para solicitar la abstención de la juez de primera instancia consiste en que esta resolvió admitir un medio probatorio de oficio; argumento que evidentemente de ningún modo puede amparar un pedido de abstención, pues conforme se ha señalado precedentemente, la admisión de medios probatorios

de oficio, constituye una facultad conferida por el código adjetivo a los jueces.

Por lo anterior, considero que las resoluciones tanto de primera como de segunda instancia que resolvieron declarar improcedente la abstención solicitada por el demandado, han sido emitidas correctamente.

2.4. SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

Mediante resolución número treinta y dos de fecha doce de octubre del año dos mil diecisiete, la Juez del Juzgado Mixto de Recuay, emitió sentencia declarando fundada la demanda interpuesta por Zena Olimpia León Arnao contra Gliden Fernando Chávez Cerna, sobre desalojo por ocupación precaria; en consecuencia, dispuso que el demandado mencionado cumpla con desocupar los ambientes que ocupa del inmueble ubicado en el Jr. Burgos s/n Mz. M, lote 02 del distrito y provincia de Recuay, con un área de 374.600 m², en el plazo de seis días. Con costas y costos.

La Juez de primera instancia señala como fundamentos de su decisión, los siguientes: **a)** La demandante ha acreditado fehacientemente su condición de propietaria del bien objeto de litigio; **b)** Los documentos presentados por el demandado no se refieren al bien materia de litis, por lo que los mismos no le otorgan ningún derecho sobre este, pudiéndose concluir que el mismo no cuenta con título sobre el bien objeto de demanda; ergo, es ocupante precario.

El demandado interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, señalando los siguientes argumentos: **a)** Desde hace treinta años ocupa el inmueble sub litis en mérito al certificado de posesión otorgado a su favor por la Municipalidad Provincial de Recuay, por lo que no tiene la condición de ocupante precario.

Mediante resolución número treinta y seis de fecha veintinueve de noviembre del año dos mil diecisiete, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash emitió sentencia de vista revocando la sentencia de primera instancia y reformándola, declara infundada la demanda.

El Colegiado señala como fundamentos de su decisión, los siguientes: **a)** La demandante ha acreditado fehacientemente su condición de propietaria del bien objeto de litigio; **b)** El demandado sí cuenta con un título que justifique su posesión sobre el bien materia de litis, esto es, el certificado de posesión otorgado por la Municipalidad Provincial de Recuay, por lo que no tiene la condición de ocupante precario.

COMENTARIO:

La posición que he adoptado luego de la revisión integral del expediente judicial, esto es, de todos los medios probatorios obrantes en autos, es que el demandado tiene la condición de ocupante precario del predio objeto de desalojo, por lo que si bien me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada por la sentencia de primera instancia, no comparto los argumentos de la misma. En adelante pasaré a explicar los fundamentos de mi postura.

1. En primer lugar y a fin de poder explicar de una forma clara mi postura, procederé a realizar un recuento de lo acontecido en el expediente materia de análisis:

a) Demanda: Mediante escrito de fecha 11 de setiembre de 2015 (subsanaada por escrito de fecha 12 de octubre de 2015), Zena Olimpia León Arnao interpuso demanda de desalojo por ocupación precaria contra Gliden Fernando Chávez Cerna, a fin que desocupe el inmueble ubicado en el Jirón Burgos S/N, Mz. M, Lote 2, Distrito y Provincia de Recuay. Señala como sustento de su pretensión: **a)** Que es propietaria del bien

inmueble sub litis, en atención al título de propiedad, inscrito en la Partida Registral N° 000 16892, expedida por Registros Públicos de Huaraz, debido a que con fecha 27 de agosto de 2015, realizaron un contrato de compraventa con sus anteriores propietarios; precisando que con fecha anterior a ello, realizó un contrato de compraventa ante el Juez de Paz de Recuay con los mismos propietarios; **b)** El predio materia de desalojo se encuentra ocupado por el demandado, pese a no tener autorización de utilizar dicho bien, por lo que su persona y los anteriores propietarios de éste, le pidieron de manera verbal y en reiteradas veces que se retire del mismo, encontrando negativas de parte de éste; y en contraparte a dicho pedido el demandado en forma calumniosa le formuló una denuncia penal por un supuesto delito de usurpación agravada y violación de domicilio, el cual fue archivado; **c)** Pese a que al demandado se le ha pedido el retiro del inmueble previa formalidad, sólo ha encontrado negativos y renuencias de parte de éste, lo que hace presumir que pretende apoderarse de su propiedad sin que le ampare ningún derecho real.

- b) Contestación:** Mediante escrito de fecha 27 de octubre de 2015, Gliden Fernando Chávez Cerna contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicitando que sea declarada improcedente, con condena de costas y costos, por los siguientes argumentos: **a)** Viene ocupando el inmueble materia de la demanda, desde hace más de treinta años a la fecha, de acuerdo al certificado de posesión, otorgado por la Municipalidad Provincial de Recuay con fecha 24 de abril de 2015, donde están las medidas y linderos del predio; **b)** Es falso lo afirmado por la recurrente respecto que su posesión sobre el predio sub litis es precaria, pues precario es aquel que posee un bien sin título; **c)** El 07 de

marzo de 2017, siendo las 7:20 a.m., la demandante conjuntamente con otras personas, interrumpieron el precitado bien, de manera violenta y con amenazas, premunida de palos, piedras, lampas y demás herramientas. Es por las agresiones y amenazas de la demandante que recurrió a la autoridad para interponer una denuncia penal, por la comisión de los presuntos delitos de daño agravado, usurpación agravada y violación a su domicilio.

c) Audiencia Única: Con fecha trece de enero del año dos mil dieciséis se llevó a cabo la audiencia única, a la que asistieron tanto la parte demandante, como la demandada, en la que se declaró saneado el proceso, no siendo posible llegar a una conciliación, se fijaron los puntos controvertidos consistentes en: “Determinar si el demandado tiene la condición de ocupante precario del inmueble ubicado en el jirón Burgos sin número, Manzana M, Lote 2. Determinar si el demandado tiene título o el que tenía ha fenecido respecto del inmueble sub litis. Determinar la titularidad de la demandante sobre el predio sub litis. Determinar la validez del certificado de posesión emitido por la Municipalidad Provincial de Recuay con fecha 24 de abril de 2015 a favor del demandado” y se admitieron los medios probatorios.

2. Ahora bien, corresponde analizar el fondo del asunto, para lo cual debe tenerse presente que conforme se ha señalado precedentemente, mediante la presente acción, la demandante solicita se ordene al demandado que desocupe el bien de su propiedad, señalando que el mismo no cuenta con título que justifique su posesión sobre dicho bien; es decir, es ocupante precario.

Al respecto, cabe señalar que de conformidad a lo prescrito por el artículo 911° del Código Civil “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido”. En el Cuarto Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, en el fundamento jurídico 51 ha efectuado una interpretación del artículo 911° del Código Civil, en los siguientes términos: “(...) Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia de título o el fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión; hechos o actos cuya probanza pueden realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite; entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer”. Así mismo en el fundamento jurídico 54, se ha precisado: “Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer - dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta”.

En atención a lo anterior, se ha precisado, respecto a la legitimidad para obrar activa, “(...) que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquél que se considere tener derecho a la restitución de un predio (...)” y en cuanto a la pasiva, que “(...) se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció”.

Es así que puede concluirse que los requisitos para la procedencia del desalojo por ocupación precaria son los siguientes: i) Que la ejercite el propietario, el administrador y todo aquél que considere tener derecho a la restitución de un predio; ii) Que el bien esté ocupado por otro sin título o cuando el que tenía ha fenecido; y, iii) Que el bien sea una cosa determinada.

3. En el caso de autos, conforme puede concluirse del examen conjunto y razonado de los medios probatorios, la demandante ha acreditado fehacientemente su condición de propietaria del bien materia de litis. En efecto, conforme se advierte de la Partida Registral P37006708, la accionante, conjuntamente con Lucia Cerna Figueroa son propietarias del bien objeto de demanda, por lo que evidentemente la misma ha acreditado su derecho a la restitución del citado predio.

Más aún si dicha inscripción registral se encuentra favorecida con el principio de legitimación registral regulado en el artículo 2013° del Código Civil, según el cual “**El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.** El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o

falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes. La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes”.

Cabe señalar que la demandante se encuentra plenamente legitimada a interponer la presente acción, pese a que el bien también le pertenece a Lucia Cerna Figueroa, pues conforme a lo prescrito por el artículo 979° del Código Civil “**Cualquier copropietario puede reivindicar el bien común**. Asimismo, puede promover las acciones posesorias, los interdictos, las acciones de desahucio, aviso de despedida y las demás que determine la ley”.

Por lo anterior, no cabe duda que la parte accionante ha demostrado ser propietaria del bien materia de desalojo y por tanto tener derecho a la restitución del mismo, pues de conformidad a lo dispuesto por el artículo 896° del Código Civil “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

4. Ahora bien, respecto a la condición de precario atribuida al demandado, debe mencionarse que la misma también ha quedado demostrada en autos. En efecto, conforme se advierte del escrito de contestación de demanda, la defensa del emplazado se centra en que ocupa el bien materia de litis desde hace más de treinta años conforme lo acredita con el certificado de posesión otorgado por la Municipalidad Provincial de Recuay, por lo que al contar con un título no tiene la condición de ocupante precario.

No obstante, conforme se advierte del referido certificado de posesión de fecha veinticuatro de abril del año dos mil quince, el mismo únicamente constata una situación de hecho en un

determinado momento (que el demandado posee el predio), mas no constituye título que habilite al ejercicio de algún derecho.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que el mencionado documento, a mi criterio resulta totalmente inverosímil y, por tanto, no merece concedérsele ningún valor probatorio, pues en éste la Municipalidad Provincial de Recuay señala haber constatado que don Gliden Fernando Chávez Cerna es posesionario del lote ubicado en el Jr. Palmira 490, distrito y provincia de Recuay desde hace más de treinta años, dato que evidentemente resulta imposible de corroborar mediante una inspección ocular; tal circunstancia lleva al convencimiento de que dicho documento ha sido expedido por dicha autoridad de manera parcializada, con el evidente propósito de beneficiar al demandado.

Lo mismo ocurre con el acta de constatación de fecha veintitrés de marzo del año dos mil quince suscrita por el Juez de Paz de Recuay y con el memorial dirigido al Alcalde de la Municipalidad Provincial de Recuay.

Ahora bien, respecto al documento denominado “cesión de uso indeterminado de casa y solar en la ciudad de Recuay”, debe señalarse que el mismo tampoco acredita que el demandado cuente con algún derecho sobre el bien objeto de demanda, desde que no se ha demostrado que Dionisia Jácome Lugo (cedente) tuviera algún derecho sobre dicho bien que transmitir al demandado.

Estando a lo señalado precedentemente, no cabe duda que el demandado no ha acreditado contar con algún título que justifique la posesión que éste ejerce sobre el bien objeto desalojo, por lo que resulta claro que se encuentra comprendido dentro de la

definición de ocupante precario contenida en el artículo 911° del Código Civil.

5. Siendo esto así, resulta evidente que la demanda de autos debe ser estimada, al haberse demostrado que la demandante es propietaria del bien objeto de desalojo y que el demandado no ha probado contar con título que le dé derecho a poseer el mismo, por lo que es ocupante precario y no como erróneamente ha resuelto la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash, declarar infundada la demanda.

En atención a lo anteriormente expuesto, considero que la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash ha realizado un análisis erróneo del expediente en comentario, pues no ha valorado de manera conjunta y razonada cada uno de los medios probatorios obrantes en autos, causándole así a la actora, un grave perjuicio, pues como resultado de ello, su demanda ha sido desestimada.

No obstante, considero que la demandante aún cuenta con una acción para recuperar el bien de su propiedad, esto es, mediante un proceso de reivindicación, pues, evidentemente, aun cuando se concluya que los documentos presentados por el demandado le confieren derecho a poseer, los mismos siguen sin constituir título de propiedad, por lo que la actora (propietaria) bien podría demandar la reivindicación de dichos predios, pues de conformidad a lo dispuesto por el artículo 923° del Código Civil “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

CONCLUSIONES

- PRIMERA :** El trámite del proceso, en cuestiones de forma, se ha desarrollado adecuadamente, pues los actos procesales han sido emitidos de acuerdo a las disposiciones procesales contenidas en el Código Procesal Civil, respetando, en su mayoría, los plazos establecidos por los mismos.
- SEGUNDA :** La sentencia de primera instancia que resolvió declarar fundada la demanda de desalojo ha sido emitida correctamente, luego de una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios obrantes en autos, pues se demostró fehacientemente que la demandante es propietaria de bien objeto de desalojo y que el demandado no cuenta con título que justifique su posesión sobre el mismo.
- TERCERA :** La sentencia expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash es producto de un análisis erróneo del expediente en comentario, pues se ha tenido en cuenta instrumentales que de ningún modo otorgan derecho alguno al demandado, causándole así a la actora, un grave perjuicio, pues como resultado de ello, su demanda ha sido desestimada.
- CUARTA :** La demandante aún cuenta con una acción para recuperar los predios de su propiedad, esto es, mediante un proceso de reivindicación, pues, evidentemente, aun cuando se concluya que los documentos presentados por el demandado le confieren derecho a poseer, los mismos siguen sin constituir título de propiedad, por lo que la actora (propietaria) bien podría demandar la reivindicación de dichos predios, en atención a lo dispuesto por el artículo 923° del Código Civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima.
2. GONZALES BARRÓN, Gunther (2013). *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima.
3. GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). *Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)*. Tercera Edición. Jurista Editores. Lima.
4. LAMA MORE, Héctor Enrique (2006). *La posesión y la posesión precaria en el Derecho Civil Peruano. Tesis para optar el grado de magister en derecho civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
5. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima.
6. *Los Plenos Casatorios Civiles. Evaluación, Dogmática y Práctica* (2017). Instituto Pacífico. Lima.
7. MEJORADA CHAUCA, Martín. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima.
8. MEJORADA CHAUCA, Martín (2006). *Precario ¿y qué?* Actualidad Jurídica N° 151. Lima. Junio.
9. SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima.
10. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2005). *¿En qué consiste la posesión precaria?* Actualidad Jurídica N° 137. Lima.
11. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Código Civil Comentado*. Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima.

ANEXOS

1. CUARTO PLENO CASATORIO CIVIL

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN 2195-2011-UCAYALI

En la ciudad de Lima, Perú, a los trece días del mes de agosto de dos mil doce, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, por mayoría, han expedido la siguiente sentencia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha veintinueve de diciembre del año dos mil once; oídos que fueron los informes orales de los abogados de ambas partes, así como de los amicus curiae invitados; discutida y deliberada que fue la causa:

I.- INTRODUCCIÓN:

1.- A fojas 62 corre la demanda interpuesta por Luis Arturo Correa Linares, apoderado de Luis Miguel Correa Panduro; Jorge Enrique Correa Panduro y César Arturo Correa Panduro, la misma que la dirigen contra Mirna Lisbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco. El petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el jirón Tarapacá N° 663 y 665 de la ciudad de Pucallpa.

2.- El accionante manifiesta que sus poderdantes son propietarios del inmueble materia de reclamo, cuya titularidad tienen inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Pucallpa, siendo que la numeración del bien fue otorgada por la Municipalidad provincial de Coronel Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 1-A, Mz. 86, del plano regulador de la ciudad de Pucallpa, que corre en la Ficha 1619D, Partida Electrónica DDDD2031, y la Ficha 16189, Partida Electrónica, DDDD2050.

3.- Finalmente, el actor señala que, como sus poderdantes han adquirido el bien inmueble, los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar.

4.- Mediante resolución del uno, de junio del 2010 (obrante a fojas del principal), se declara Inadmisibile la demanda, ordenándose que se precise el petitorio de la misma, siendo subsanada oportunamente (a fojas 71).

5.- Admitida a trámite la demanda, por resolución de fojas 73, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada a fojas 185 por Mima Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza se forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

6.- A fojas 192 se declara inadmisibile la contestación de la demanda, siendo subsanada por los emplazados a fojas 197 y 298, respectivamente, por lo que mediante resolución número cuatro, del 5 de junio de 2010, se tiene por deducida la excepción y por contestada la demanda, señalándose fecha para la audiencia única, de acuerdo a ley.

7.- La citada audiencia se lleva a cabo el 10 de agosto del 2010, conforme consta del acta de fojas 492, en la que se declara infundada la excepción deducida, y preguntadas que fueron las partes sobre dicha decisión, estas manifestaron su conformidad con lo resuelto (tal como consta a fojas 497). Seguidamente se declaró saneado el proceso y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes.

8.- Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010 (fojas 526) se declaró fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo, una vez haya quedado consentida o ejecutoriada dicha sentencia.

9.- La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, como consta a fojas 536 y 549, respectivamente, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699°, 1700° y 1704° del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el Juez resolvió aplicando dichas normas, Incluyendo el artículo 1697° del mismo Código (que no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia. Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapión que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado, el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.

10.- La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril del 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por él *A quo*, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por usucapión que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, varios de ellos aparecen a nombre de terceros, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

Dicha resolución es la que viene en Recurso de Casación por la demandada Mima Lizbeth Panduro Abarca conforme se procede a describir seguidamente.

II.- MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación, interpuesto a fojas seiscientos veintitrés, por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca, contra la sentencia de vista, de fojas seiscientos diez a seiscientos once, expedida el 8 de abril del 2011, por la Sala especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, que resuelve confirmar la sentencia apelada que declara fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de

casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal —referida al inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil y al inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado—, prevista en el artículo 386° del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388° del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

- **Infracción normativa de naturaleza procesal:** Para sustentar esta denuncia, la recurrente sostiene dos argumentos:

- a) La infracción del inciso 3 del artículo 122° del Código Procesal Civil, puesto que la demanda de desalojo por ocupación precaria se planteó usando normas referidas a la conclusión del arrendamiento, no obstante ello, la sentencia de primera Instancia lejos de corregir ese error, incrementó un artículo más, el 1697° del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento, resultando claro que se ha hecho uso indebido de una norma de derecho material, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Incluso que, sobre este punto, la resolución impugnada no hace ninguna referencia, pese a que fue advertido en el recurso de apelación, por tal motivo la sentencia no se encuentra debidamente motivada conforme lo dispone el artículo 122°, inciso 3, del Código Procesal Civil. Finalmente, señala la recurrente, que si bien en la demanda se invocan artículos ajenos al petitorio, el Juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, dispuesto por el artículo VII del Título preliminar del Código Civil, debió aplicar los artículos 2º, numeral 16, de la Constitución Política y 896º; 923º y 950º del referido Código Civil.
- b) La infracción del inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, dado que durante el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, pues no se han cumplido los plazos respecto a la deducción de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar, pese a haber sido advertida esta omisión por la recurrente; así como tampoco se les corrió traslado del escrito de absolución de la citada excepción. Omisiones que, pese a haber sido denunciadas, ninguna de las dos instancias han resuelto este punto de la controversia, lo que atenta contra el derecho al debido proceso previsto en la norma mencionada, toda vez que las resoluciones judiciales deben pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos, conforme señala el artículo 122°, inciso 4, del Código Procesal Civil.

IV.- DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO:

1.- Mediante resolución del 5 de diciembre de 2011, la Sala Civil Permanente convocó a los integrantes de las salas civiles, Permanente y Transitoria, de la Corte Suprema de Justicia de la República, al Pleno Casatorio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400° del Código Procesal Civil, con el objeto de fijar precedente judicial en atención al caso materia de autos. Interviniendo como Juez Ponente el señor César Castañeda Serrano.

2.- A través de sendas resoluciones, del veinte de diciembre de dos mil once, se aceptó la intervención, en calidad de *amicus curiae*, de los señores abogados especialistas en materia civil: Femando Bustamante Zegarra; Martín Mejorada Chauca, Luis Guillermo Vargas Fernández; Jorge Avendaño Valdez y Alberto Loayza Lazo, quienes hicieron uso de la palabra el día de la vista de la causa para abordar los temas que se les había planteado previamente.

V.- CONSIDERACIONES:

1.- Habiéndose invocado vicios *in procedendo* como única causal casatoria, es menester realizar el estudio de dicha causal, no sólo atendiendo a sus efectos, sino también como un paso previo al análisis que se realizará de algunas instituciones jurídicas, con fines de sustentar el acuerdo del pleno casatorio.

2.- El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha incurrido en un errado razonamiento al momento de fundamentar la segunda sentencia de mérito, que confirma la de primera instancia, la cual declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria.

Para tal cometido se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas vinculadas a la posesión y los títulos legitimantes para alegar tal derecho. Esto en lo que concierne al ámbito del derecho sustancial, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de las resoluciones judiciales.

A.- De la contravención al derecho a un debido proceso.

3.- Conforme a lo alegado por la recurrente, se acusa que en la sentencia de vista se ha incurrido en contravención al debido proceso por contener una indebida motivación, al no haberse resuelto sobre todos los extremos materia del recurso de apelación. Como un acto previo a emitir pronunciamiento sobre la denuncia casatoria anotada, se ha Visto por conveniente recapitular algunas ideas sobre lo que se entiende por el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

a.1.- El debido proceso: aspecto formal y sustancial.

4.- Se llega a sostener que la garantía constitucional del debido proceso se remonta al siglo XIII, cuando en 1215, la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra otorgó a los nobles ingleses la garantía de que *“ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país”*.

En nuestro medio, esta garantía constitucional está reconocida en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política del Estado, y que tiene correlato en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

5.- De su inicial concepto, como garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*), el debido proceso ganó profundidad y extensión desde fines del siglo XIX, hasta llegar a constituirse en una garantía de fondo (*general limitation*), garantía sustantiva y patrón de justicia reconocida en los principales pactos y tratados internacionales, entre los que cabe destacar los artículos 8° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.- A nivel doctrinario, se ha señalado que el derecho al debido proceso tiene dos vertientes; la primera referida, de orden procesal, que incluye las garantías mínimas que el sujeto de derecho tiene al ser parte en un proceso. En esta fase se pueden encontrar el derecho al juez natural, el derecho a probar, el derecho a impugnar, el derecho a la doble instancia, el derecho a ser oído, el derecho a la defensa, entre otros. En tanto que el aspecto sustantivo está referido al derecho a exigir una decisión justa.

a.2.- De la motivación de las resoluciones.

7.- El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía casi a finales del siglo XVIII. Si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación de las sentencias, esa no fue una práctica de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

8.- En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune*, no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprímere causam in sententia*.

9.- Tal comportamiento judicial, empero, no fue de ordinario proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos de ellos se hacían excepciones a tal regla, como en el reino de Aragón, por el origen contractual de su monarquía, donde sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias; por lo que, en la España tardo medieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación legal de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con la Real Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por Carlos III, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencias a todo el territorio español.

10.- Sea como fuere antes, el punto es que, posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa, se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.

11.- Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias, se perseguían tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de esta, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles hablan sido acogidas por el juez para condenar o absolver.

12.- Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba en su artículo 122° que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días. Es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación, como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139° de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

13.- En esa misma corriente garantista se encuentran el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122° del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, prescribiendo que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, habida cuenta que por mandato constitucional, la argumentación jurídica, constitutiva de la motivación de una resolución judicial, tendrá necesariamente forma escrita y su contenido será tanto de naturaleza jurídica como fáctica inherentes al caso materia de la decisión.

14.- Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endo procesal y otra extraprocesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el

conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social, puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público.

En suma, motivar significa expresar las razones por las que ha sido dictada una decisión. Por lo que, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por tanto, cuando el Derecho establece que el juez que dicta una decisión debe de motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al Derecho.

15.- También, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: **a)** Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; **b)** Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; **c)** Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; **d)** Permite la efectividad de los recursos por las partes; y **e)** Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos.

16.- Con igual criterio, se suele distinguir entre motivación formal y motivación sustancial. Entendiéndose por la primera a aquella que está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación; en tanto que la segunda (la sustancial), se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. Estando a lo dicho, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados.

17.- Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes.

a.3) De la causal de casación.

18.- Ingresando específicamente al fundamento del recurso de Casación, la recurrente denuncia que la demanda de desalojo se ha planteado invocando normas referidas a la conclusión del arrendamiento y que el *A quo*, lejos de corregir ello, ha aplicado, además, el artículo 1697° del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento. Siendo así, a criterio de la impugnante, el tribunal *Ad quem*, también ha incurrido en el mismo error al no haber resuelto sobre este punto que fue materia de apelación, por lo que estaría indebidamente motivada.

19.- En lo que concierne a este extremo de la denuncia casatoria, es menester precisar que en ninguna de las sentencias de mérito se hace alusión alguna —expresa o implícitamente— a los artículos del Código Civil referidos al contrato de arrendamiento que menciona la recurrente, con lo cual, formalmente, no se puede señalar que dichas normas hayan servido de sustento jurídico a los jueces de mérito para resolver sobre el fondo de la litis, dado que han sido otras normas sustantivas y procesales las que se han Invocado para amparar la demanda, con lo cual queda sin mayor sustento lo denunciado en el recurso de casación. Es más, conforme a lo alegado, se estaría propiamente ante un caso de aplicación indebida de normas legales más que en uno de motivación indebida, razón adicional para no dar cabida a la denuncia casatoria.

20.- Sin perjuicio de lo ya apuntado, y siguiendo a lo descrito en el escrito que contiene el recurso de casación, pareciera que la recurrente hubiera entendido que el *A quo* ha aplicado normas referidas al contrato de arrendamiento —y a la conclusión del mismo por la causal de resolución, al momento de plasmar su razonamiento, en el considerando tercero—, cuando se menciona cuáles serían los requisitos o supuestos para que prospere una demanda de desalojo. Empero, ello no es así, habida cuenta que siguiendo el razonamiento del magistrado de primera instancia, se ha indicado

que para que la posesión de los demandados no se configure como precaria tendrían que haber estado en alguno de los supuestos señalados en el citado considerando tercero. Pero de modo alguno se puede arribar a la conclusión que se aplicaron las normas de la resolución de un contrato de arrendamiento, y menos que la Sala Superior haya sostenido la existencia de una relación contractual de arrendamiento entre las partes. Incluso, el tribunal superior es más específico, cuando alude a casaciones que se refieren a la figura del poseedor precario puntualmente. Por lo tanto, como ya se anotó, este extremo del recurso deviene en inamparable.

21.- Siguiendo la línea expositiva de la recurrente, queda por determinar si es que era procedente o no la acumulación de los procesos de desalojo con el de Usucapión, que los demandados estaban siguiendo ante el mismo Juzgado. Al respecto se debe precisar que no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar —desde un plano netamente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales —ello desde el sólo aspecto formal—. Empero, este tribunal considera que nada impide que ante situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se afectaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria —que por tramitarse en la vía sumarísima, resulta más breve—, con una reconvención cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más largos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo Juzgado (Expediente N° 00407-2010-0-2402-JR-CI-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito si se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cual de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más largo. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de

desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan sólo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer. Por lo tanto, este aspecto de la denuncia casatoria tampoco tiene asidero.

22.- En lo tocante al segundo argumento—que para efectos didácticos corre bajo el literal b) del capítulo III precedente —, señalan que no se habría respetado el derecho de las partes, al no haberse cumplido con los plazos señalados para la absolución de la excepción deducida, con lo cual se habría violado el debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, así como tampoco se les habría notificado con el escrito de dicha absolución, razón por la cual también se les habría privado de su derecho al debido proceso.

23.- Sobre ello se debe señalar que no basta con que se denuncie que se ha violado el debido proceso, sino que es menester se precise cuál de los derechos que componen este derecho complejo (continente) se han vulnerado, esto es: qué actos procesales se ha visto impedida de realizar la parte que alega esa vulneración y de qué manera se le ha causado algún perjuicio, puesto que para alegar nulidades no basta con que se haya infringido alguna formalidad prevista por ley, sino que además se debe haber causado agravio con ello, de lo contrario, al no existir agravio no hay nulidad que declarar (por eso en la doctrina francesa se dice muy gráficamente *pas de nullité sans grief*). Por ello, se sostiene que la finalidad de las nulidades procesales es la de asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio.

24.- Ahora bien, la recurrente sostiene que el *Ad quem* no ha advertido que el Juez de primera instancia dio por absuelto el traslado de la excepción deducida, cuando la misma era extemporánea. Al respecto, es necesario remitirnos a los autos para verificar, en primer lugar, si es que aconteció tal hecho y, en segundo lugar, si es que con ello se ha violado algún derecho de la reclamante.

25.- Como se puede advertir de los actuados, a fojas trescientos dos obra la resolución número cuatro, del 5 de junio del 2010 —siendo lo correcto que debió consignar el mes de julio de dicho año, puesto que el escrito de subsanación de omisiones de la contestación de la demanda está fechado con el dos de julio, como consta a fojas

doscientos noventa y seis del principal—, la cual, además de tener por contestada la demanda, corre traslado de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar de los demandantes, que fuera deducida juntamente con la contestación, la que es notificada al demandante apoderado Luis Correa Linares en su casilla procesal el viernes 9 de julio (fojas trescientos doce) y es absuelta mediante escrito del miércoles 14 de julio de 2012 (fojas cuatrocientos sesenta y seis), esto es, dentro de los tres días de plazo que le dio el Juzgado para absolver dicho traslado, con lo cual se verifica que la denuncia de la recurrente no tiene sustento alguno.

26.- Es cierto que en la resolución número cinco, del 15 de julio de 2010, el Juez señala que la fecha de absolución del traslado fue el 15 de julio de 2012, pero ello no se ajusta a los actuados, como se ha señalado en el numeral precedente, obedeciendo tal hecho a un error intrascendente del *A quo*, lo que de por sí no es causal de nulidad, puesto que este hecho tampoco fue alegado por la demandada ni ante el mismo Juez de primera instancia, cuando se realizó la audiencia única, ni tampoco en sus alegatos previos a la sentencia. Ergo, es manifiesta la ausencia de sustento real de la denuncia casatoria de la recurrente, tanto más si es que cuando se declaró infundada la excepción que dedujera, ella ni su conviviente apelaron de dicha decisión, así como tampoco alegaron la existencia de alguna invalidez procesal. Por el contrario manifestaron su plena conformidad con la decisión del juzgador, de desestimar la excepción que dedujeron, tal como se observa del acta de fojas cuatrocientos noventa y siete del principal.

27.- Respecto a que no se le habría corrido traslado del escrito de absolución de la excepción deducida, también se debe señalar que estando a la estructura sumaria del presente proceso, y a diferencia de los otros procedimientos más latos, en el caso bajo análisis se busca resolver una litis dentro de los plazos más cortos y con la realización de actos procesales que resulten indispensables para garantizar el derecho de defensa, en aplicación de los principios de economía y sus sub principios celeridad y concentración procesal, por lo que disponer el traslado sin límite de todas las absoluciones o escritos atentaría contra los principios aludidos y la tutela jurisdiccional oportuna.

28.- Estando a ello, conforme a las reglas del artículo 554° del Código Procesal Civil, una vez contestada la demanda, se procede a fijar fecha para la audiencia única, en la cual se resuelven las excepciones y. cuestiones probatorias deducidas, no

señalándose que se deba de notificar a la parte excepcionante con la absolución del traslado de las excepciones que hubiere formulado la parte excepcionada, ello se debe a la simple razón que, estando a la sumariedad del procedimiento, es la audiencia única el momento preciso donde se llevan a cabo todas las actuaciones procesales pertinentes, se ejercen todas las defensas pertinentes y se emite sentencia inmediatamente o, en todo caso, dentro de un plazo fijado por ley.

29.- Sobre este punto, a mayor abundancia, resulta necesario exponer que tampoco la excepcionante alegó, en el acto de la audiencia única, que se había incurrido en lo que considera causal de invalidez procesal (no habersele corrido traslado del citado escrito presentado por la parte demandante absolviendo el traslado de la excepción), por lo que, al no haber demostrado que se le causó perjuicio alguno con ello, no se hace atendible la supuesta Invalidez argüida. Es más, con su silencio convalidó cualquier eventual agravio que pudo habersele irrogado, pues recién alegó esta supuesta infracción en su recurso de apelación y menos aún resulta oportuno alegar- dicho vicio en casación, cuando estuvo en oportunidad de alegarlo en la misma audiencia única aludida. En consecuencia, este extremo de su recurso también deviene en inamparable. En suma, la causal de contravención al debido proceso no resulta amparable, con sustento en las razones precedentemente expuestas, por lo que debe ser desestimada.

B.- De la posesión y otras instituciones afines.

Como quiera que en el presente caso constituye materia de controversia únicamente el interés invocado por las partes a disfrutar de la posesión inmediata, conforme al derecho y a los hechos invocados por la demandante y contradicho por la parte demandada, consideramos necesario abordar someramente algunas cuestiones relacionadas con la figura jurídica de la posesión y otras instituciones afines, para luego adentrarnos al tema de la posesión precaria.

b.1.- La posesión:

30.- Como referente legislativo básico en nuestro ordenamiento civil tenemos que el artículo 896° define lo que es la posesión, conforme al texto siguiente: “**Artículo 896°:** La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Al respecto, como bien comenta Jorge Eugenio Castañeda, la posesión es el poder o señorío de hecho que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre

las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente; poder que jurídicamente se protege con la prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho. Más adelante acota que se trata de un poder de hecho, del ejercicio pleno o no de las facultades Inherentes a la propiedad, es decir el *usare*, el *fruere* y el *consumere*.

31.- En el siglo decimonónico Francisco García Calderón señalaba que la posesión era la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí. No debiendo confundirse la posesión con la propiedad, puesto que ésta consiste en el derecho de disponer de las cosas a su arbitrio y la posesión en la mera tenencia, que muchas veces no está acompañada del dominio.

32.- Es ya sabido que sobre la posesión existen las dos teorías clásicas, cuyos exponentes fueron Savigny e Ihering, para el primero la posesión es el poder que tiene una persona de disponer físicamente de una cosa, acompañado de la intención de tenerla para sí (*animus domini, animus rem sibi habendi*). Sin el elemento volitivo, la posesión es simple detentación, la intención es simplemente un fenómeno psíquico, sin repercusión en la vida jurídica. Esta posesión es lo que se ha pasado a denominar la teoría subjetivista de la posesión.

Por su lado, Ihering consideraba la posesión como una relación de hecho, establecida entre la persona y la cosa para su utilización económica. No negaba la influencia de la voluntad en la constitución de la posesión, pero encontraba que su acción no era más preponderante que en cualquier relación jurídica.

33.- En palabras de Álvarez-Caperochipi, las discrepancias entre estas dos posiciones se afinan fundamentalmente en el análisis del *animus*; mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi* lo cual implica afirmar no sólo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia.

En atención a ello, el citado autor opina que lo decisivo en la posesión es ser una apariencia socialmente significativa, que exterioriza (manifiesta) formalmente la propiedad, y a la que se le liga la adquisición, ejercicio y prueba de la propiedad

(*traditio*, usucapión, tesoro, frutos, etc.). Es el reconocimiento social de la voluntad inmediata (ejecutiva) decisoria sobre una cosa, es una atribución primaria fundada en la propia complejidad de la fijación de la titularidad plena. No hay que partir de la posesión con una visión individualista (como voluntad preferente), sino desde una visión global que considera el derecho como generador o tutelador de apariencias significativas.

34.- Por todo ello, la posesión cumple una función de legitimación, en virtud de la cual determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y pueda ejercitar, en el tráfico jurídico, las facultades derivadas de aquél, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia.

b.2- Clases de posesión:

35.- Nuestro ordenamiento civil contiene una clasificación de los tipos de posesión y sus efectos, tal como se puede verificar de lo regulado por los artículos 905° a 911° del Código Civil, siendo que la posesión puede ser mediata o inmediata; legítima o ilegítima, esta última se sub clasifica de buena o mala fe, y finalmente la posesión precaria, la misma que ha suscitado ardorosos debates, tanto en los ámbitos doctrinarios como jurisprudencial, a nivel nacional en cuanto a su conceptualización y alcances, sobre lo que más adelante nos ocuparemos.

36.- La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones, por ello el Derecho alemán concibe la posesión mediata y la inmediata que se disponen superpuestas en concurrencia vertical sobre la cosa, encontrándose en la base la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otros términos, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa, si se prefiere, éste comunica a aquél el *corpus* necesario para elevarlo a la categoría de poseedor.

b.2.1.- Posesión mediata e inmediata:

37.- El artículo 905° del Código Civil regula lo concerniente a la posesión mediata e inmediata, señalando que es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título, mientras que le corresponderá la posesión mediata a quien confirió el título.

38.- Conforme expresa Hernández Gil, la posesión inmediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación de donde surge la dualidad (o pluralidad) posesoria, por lo que el poseedor mediato “ostenta” o “tiene” y no “ejerce”, porque en la posesión mediata predomina la nota de la atribución o el reconocimiento antes que la del “ejercicio” propiamente dicho. El poseedor mediato no posee por sí solo, requiere el concurso (no para compartir, sino para superponerse) de un mediador posesorio, que es el poseedor inmediato. Hay una yuxtaposición vertical y hasta, en cierto sentido, jerárquica de posesiones. Aunque el poseedor inmediato tiene unos poderes directos sobre la cosa (de ahí que sea Inmediato), su posición jurídica dentro de la mediación posesoria, viene determinada por otro u otros poseedores (mediatos).

39.- Lo que específicamente se configura como posesión inmediata no puede darse por sí sola, fuera de la mediación; cuando falta ésta, la inmediatividad no es un grado de la posesión, sino simplemente la única forma de poseer. Si para que haya un poseedor inmediato se requiere de un mediato, también el poseedor mediato requiere del inmediato, no siendo concebible una posesión como mediata sin otra inmediata.

b.2.2.- Posesión legítima e ilegítima:

40.- De lo regulado por los artículos 906° a 910° del Código Civil, emerge que la posesión es legítima cuando existe correspondencia entre el poder ejercido y el derecho alegado, será ilegítima cuando deja de existir esa correspondencia.

41.- Se ha llegado a sostener que la posesión es legítima cuando el ejercicio de dicho derecho sea de acuerdo a las disposiciones del ordenamiento civil, en tanto que será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o que ha sido adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla. Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño.

b.2.3.- Servidor de la posesión:

42.- Otro aspecto de relevancia que se debe abordar es el referido al servidor de la posesión que viene regulado por el artículo 897° del Código Civil, el mismo que no se concibe como poseedor porque ejerce el poder posesorio de otra persona en relación de dependencia o subordinación, dado que actúa por orden, no por poder; no es representante, sino instrumento de la posesión, toda vez que no está en un plano de igualdad con el poseedor sino que está subordinado a éste, por lo que, al no ser poseedor, está privado de las acciones e interdictos posesorios.

43.- En suma, el servidor de la posesión no participa en la posesión ni ésta se desplaza hacia él. El poder efectivo que ejerce sobre la cosa ni es posesorio en cuanto ejercido por él ni incorpora una representación del que ostenta la posesión, toda vez que ésta queda por entero en el otro, en el único poseedor, en el que imparte las instrucciones.

C.- DEL OCUPANTE PRECARIO.

1) Consideraciones previas.

44.- Mucho se ha escrito sobre lo que debemos de entender por la figura del ocupante precario y a pesar de ello nos encontramos ante una realidad con posturas divergentes tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, sea a nivel nacional como en el Derecho comparado. No ubicándose una definición, desde la perspectiva sustantiva, que permita cubrir todas las circunstancias fácticas que se presentan en nuestra realidad y que son planteadas a la Jurisdicción, por los usuarios del servicio, para su justa solución. Una de esas posturas se ha decantado, por considerar que el concepto de precario solamente puede corresponder a la Idea romana que al respecto se tuvo, en el sentido que el origen del precario consistía en el acto por el cual una persona cedía a otra, a petición o ruego de esta, el uso y disfrute de cierto bien sin remuneración ni estipendio alguno, pero con la facultad de darle por terminado en cualquier momento.

45.- Sólo a manera de referente en la legislación comparada, y siguiendo lo dicho por Guadalupe Cano, en España el artículo 1750° del Código Civil de dicho país ha suscitado dos posiciones distintas a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto al precario.

Una primera tendencia conceptúa al precario como un contrato, pues sostienen que existen reminiscencias del antiguo concepto romano del precario, por la cual el comodante cede a ruego del comodatario y convienen en entregar la cosa por espíritu

de liberalidad, gratuitamente, con la obligación de devolverla cuando la reclame el comodante. Por el contrario, el otro sector estima que dicho artículo no contempla la figura de un precario de origen contractual, sino de una simple situación posesoria que autoriza a disfrutar o usar un inmueble ajeno gratuitamente, bien por mera liberalidad o simple tolerancia del titular de la posesión real.

46.- Sobre ello, Daniel Ferrer Martín nos dice que existe un doble concepto de precario, uno restringido, coincidente con el fijado en el Derecho romano, que considera precario el disfrute gratuito de una cosa ajena, por tolerancia de su dueño, y otro amplio, que además del anterior, admite en el precario todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca, bien por extinción del que se tenía, o con título ineficaz frente al del propietario, cuyos casos, a excepción del último, en definitiva, quedan resumidos en el primero, puesto que la ocupación sin título y sin pago de renta equivale al disfrute por tolerancia del dueño.

47.- La misma jurisprudencia española ha ido basculando, desde una concepción restrictiva del precario, a una más amplia, sin encontrar aún una posición definitiva, que permita dar una solución a dichos conflictos. Justamente sobre ello, Moreno Mocholi nos dice que el concepto romano de precario ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia hasta comprender no sólo la detentación por tolerancia, sino todos aquellos casos en los que el demandado no se apoya en ningún título y su posesión presenta caracteres de abusiva.

48.- Siendo así, hoy en día la jurisprudencia española viene siendo uniforme al considerar como posesión precaria a aquella ocupación de un inmueble ajeno sin pago de renta ni merced y sin título para ello, o cuando el que se invoca es ineficaz frente al poseedor real a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo o sea poseedor jurídico.

49.- De acuerdo a lo señalado, se puede decir que en lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia española, se asume que la figura del precario supone una situación posesoria, razón por la cual esta calificación jurídica del precario es consecuencia del concepto que se tiene de la institución en estos últimos tiempos, cuya esencia radica, como antes, en la gratuidad, pero no nace ya con carácter exclusivo de la concesión del poseedor real, sino también de la ocupación sin título de un inmueble. No es ya el

contrato que confiere una tenencia, sino una detentación que si bien es cierto algunas veces tiene su origen en un contrato, pero otras no; lo que ha determinado que se desplace el eje característico de la institución de la causa al efecto, cifrando en éste - tenencia, detentación, posesión en suma- la esencia de la misma y prescindiendo de la causa originadora, que unas veces será el contrato y otra el vicio en la posesión.

c.2) Del ocupante precario en sede nacional:

50.- Teniendo en cuenta la situación descrita, la Corte Suprema de Justicia de la República, máximo órgano para la resolución definitiva de conflictos, no puede resultar ajena frente a la necesidad de darle un contenido preciso al caso del ocupante precario en sede nacional. Con mayor razón si nos encontramos, ante una legislación no muy precisa, a cuya interpretación no contribuye con mucha precisión la doctrina anteriormente expuesta, al otorgarle un concepto variado, impreciso y, en no muy pocas oportunidades, contradictorio, deviniendo en insuficiente para cubrir todos los supuestos planteados por las partes, generando una jurisprudencia igualmente imprecisa. Esta situación genera inseguridad jurídica en nuestra sociedad, debilidad que es aprovechada por quienes, sin justificación jurídica, vienen disfrutando de la posesión de un gran número de predios, provocando un preocupante problema social (con implicancias económicas), que devienen en conflictos, cuya necesaria solución definitiva, por la jurisdicción civil, generan un alto costo tanto a nuestra sociedad como al Estado, los cuales deben destinar un alto porcentaje de su presupuesto para atender la solución de dichos conflictos, los que, por experiencia jurisdiccional, se puede afirmar que integra un preocupante y elevado porcentaje, entre los conflictos que se tramitan en el Poder Judicial; recargando aún más la actividad de los jueces, efecto que se incrementa, debido a que las indecisiones anteriormente expuestas, generan inseguridad, trasladando falta de predictibilidad en las decisiones judiciales, debilidades de las cuales buscan aprovecharse, como ya se ha dicho, personas inescrupulosas, pretendiendo ostentar la posesión de un inmueble, por un tiempo prolongado, sin sustento jurídico alguno. Ello se agrava más, cuando observamos que hay una alta incidencia de procesos cuyas pretensiones se declaran improcedentes, bajo la concepción de que en el desalojo por ocupación precaria, basta que se presente cualquier aspecto vinculado a la propiedad o cualquier circunstancia que se alegue no puede ser controvertida y decidida en el proceso sumario de desalojo, para que la jurisdicción la acoja como razón para rechazar la demanda, considerando que previamente tal situación debe ser discutida previamente en un proceso de trámite

más lato, lo cual, desde luego viene afectando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, porque con una sentencia que declara improcedente la demanda, mal puede considerarse que está propendiéndose a la protección del derecho sustantivo afectado y menos que se está dando solución al conflicto. Dentro de esta concepción, para ejercer el derecho a poseer resulta necesario se discuta previamente, en otro proceso más lato, la defensa expuesta por el demandado, con la cual pretende justificar su posesión.

51.- Siendo este el diagnóstico, y aprovechando la oportunidad que se presenta para resolverse la controversia sometida a análisis, este Colegiado ha considerado que es impostergable la necesidad de solucionar estos conflictos en forma predecible, precisa y oportuna. Por tal motivo, resulta pertinente efectuar una interpretación del artículo 911º de nuestro Código Civil, otorgándole un contenido que permita establecer por este alto Tribunal, de una manera clara y uniforme, la conceptualización de la figura jurídica del precario, que priorice la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional. Entendiéndose, dentro de una concepción general y básica, que cuando dicho artículo en análisis hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico o circunstancia que hayan expuesto, tanto la parte demandante, como la demandada, en el contenido de los fundamentos fácticos tanto de la pretensión, como de su contradicción y que le autorice a ejercer el pleno disfrute del derecho a la posesión; hechos o actos cuya probanza pueden realizarla, a través de cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento procesal admite; entendiéndose que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

52.- Como se ha mencionado, a nivel de la doctrina comparada se cuenta, principalmente, con dos posiciones sobre lo que debemos de entender por precario, por tal razón, se hace imperativo que en sede nacional, cualquier toma de postura se haga a partir del texto normativo contenido en el artículo 911º del Código Civil, el cual señala que: “La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.”

53.- Al respecto resulta interesante lo definido por el Diccionario de la Real Academia, cuando señala, en cuanto al término de Derecho, que se concibe como precario lo que se tiene sin título, por tolerancia o por *inadvertencia* del dueño. De lo señalado, surgen

dos características básicas, la primera, referida a la necesidad de una tenencia, de una posesión de hecho o material de la cosa ajena y, la segunda, a la ausencia de título jurídico de esa posesión. Pero la ausencia de título puede encontrar su justificación en la tolerancia o en la inadvertencia del dueño.

54.- Siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer -dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.

55.- El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto Intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.

56.- En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía - con el cual justificaba su posesión el demandado- se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219° del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para

declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

57.- Igualmente resulta necesario interpretar de una manera concordada el sentido del artículo 585° del Código Procesal Civil, puesto que su primer párrafo, al ser aplicable a todo tipo de causales de desalojo, hace alusión a la “*restitución*” del bien, lo que debemos entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto, a quien corresponde dicho derecho, a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente de, si el derecho de propiedad se encuentra previamente declarado o no, puesto que en este proceso no se puede discutir — por su sumariedad— sobre dicho extremo, sino tan solo si es que se tiene derecho a la restitución del bien.

58.- Como quiera que el legislador ha precisado que esta pretensión restitutoria de la posesión debe ser tramitada bajo las reglas del procedimiento sumarísimo, debe interpretarse—que tal Indicación implica que este específico conflicto de intereses no contiene una naturaleza compleja, dado que para la protección del derecho en análisis la controversia debe circunscribirse sustancialmente a la alegación y probanza del derecho al disfrute de la posesión inmediata, independientemente de la determinación de la propiedad o de la validez o vigencia (en sí) del título con el cual se defiende el disfrute de dicho derecho, lo cual será materia de análisis y decisión en los otros procesos pertinentes, los cuales, a pesar de alegarse mantener conexión con el derecho al disfrute del derecho a poseer, para su satisfacción se exige la acreditación de supuestos diferentes, en algunos casos más complejos de tutelarse y de allí la exigencia del cumplimiento de vías procedimentales más amplias.

59.- Dentro de esta línea de interpretación corresponde establecer, concordantemente, en cuanto al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio, con lo cual se colige que el desalojo por ocupación precaria no exige de modo alguno que deba ser incoado únicamente por quien ostenta la propiedad del bien, dado que además de éste, se encuentran legitimados los otros sujetos mencionados, quienes resultan tener calidad para solicitar la entrega en posesión del inmueble, con lo cual cobra fuerza lo dicho respecto al artículo 585°, en cuanto a que el término “*restitución*” se debe entender en un sentido amplio y no restringido. Quedando entendido que la probanza de la legitimidad para obrar activa estará referida al supuesto que alegue la

parte actora (propietario, administrador o que idóneamente considere tener derecho a la restitución del bien).

60.- En esa misma línea de ideas, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva; para mantener la sistematicidad, resulta concordante interpretar conjuntamente el citado artículo 586° con el artículo 911° del Código Civil, por lo que se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión inmediata o que, en todo caso, en la realidad se han producido la desaparición de los actos o hechos, jurídicamente regulados y protegidos, generando como efecto la pérdida del derecho a poseer.

61.- Estando a lo señalado, esta Corte Suprema acoge un concepto amplio del precario -a efectos de englobar todas las variables, que en la casuística se viene planteando a la Jurisdicción, de tal manera que se atiendan estas variables y se reduzcan ostensiblemente los casos de improcedencia-, no limitándose únicamente al caso que el propietario cede la posesión de un inmueble para que otro la use y se la devuelva cuando lo reclame, sino también cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título (hecho o acto alguno) que la ampare, o cuando sobreviene un cambio de la causa, por cesar la vigencia de un acto jurídico o variar los efectos de los actos o hechos antes existentes, situación que justificaban, al demandado al ejercicio del disfrute del derecho a poseer. En consecuencia, se presentará esta figura en cualquier situación en la que falte un título (acto o hecho), o este haya fenecido, en la cual deberá fundarse o justificarse la condición de precario con el bien, situación que se imputa al demandado y que habilita al reclamante - sea a título de propietario, poseedor mediato, administrador, comodante, etc.- pedir y obtener el disfrute del derecho a poseer. Por ello, una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un Inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título, según las pruebas presentadas en el desalojo, no genere ningún efecto de protección para quien ostente la posesión inmediata, frente al reclamante.

62.- Ahora bien, estando a lo conceptualizado, y sin que se pretenda hacer una relación con carácter de *numerus clausus*, consideramos necesario, que, aplicando los criterios anteriormente expuestos y tomando como base los casos recurrentes ante la Jurisdicción Civil y que se han venido conociendo y decidiendo en forma contradictoria, en algunos casos por esta Corte Suprema y sobre todo por los demás órganos jurisdiccionales de grados inferiores, establecer criterios para poder discernir aquellos casos que configurarían o no supuestos de ocupantes precarios:

c.3) Supuestos de posesión precaria.

63.- Teniendo en cuenta lo dicho, siempre a título de *numerus clausus*, a continuación se plantea un conjunto de casos, que se han evidenciado como los más recurrentes en los procesos de desalojo que se tramitan en los diferentes órganos jurisdiccionales, y que configurarían supuestos de ocupación precaria:

- I) En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos, se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429° ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisten mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y sustentándola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la validez de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.

- II) También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Sólo en el caso de existencia de

requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

- III) Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.

- IV) La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.

- V) En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

- VI) La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las

pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda de desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

64.- En todos los casos anteriormente descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino, por el contrario, deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

65.- En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, que permite abrir el debate de la posesión en un proceso plenario, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, evidencia, sin duda que el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien, puesto que, al haber sido negligente en la defensa de su posesión durante el plazo de un año, mal puede pretender usar un procedimiento sumario para recuperar su bien, dado que el despojo presupone que ha sido el mismo accionante quien padeció ese acto de desposesión ilegítima.

D) DE LA NATURALEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA.

66.- Resulta necesario que este Pleno Casatorio precise cuales son los alcances de la cosa juzgada aplicable a las sentencias definitivas, que pongan fin a este tipo de procesos. Correspondiendo precisar, sin afectar la sistematicidad de nuestro Código Procesal Civil, que toda sentencia que pone fin a todo proceso, entre ellos, el de

desalojo por ocupación precaria, en cuanto se convierte en definitiva, adquiere todos los efectos de la cosa juzgada y por lo tanto la única posibilidad de ser revisada es mediante el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, dentro de los presupuestos que exige el mismo.

67.- Lo expuesto anteriormente no descarta ni contraviene la posición pacífica existente en la doctrina procesal, respecto a que toda sentencia surte los efectos de cosa juzgada únicamente, en cuanto al ámbito de la pretensión procesal, cuyo contenido hubiere sido materia de conocimiento, debate, prueba y decisión, en la jurisdicción. Así, interpuesta nueva demanda, en la que la nueva pretensión consignada, se sustente en hechos con contenido y efectos diferentes a los planteados en el proceso anterior, no estaremos frente a identidad de pretensiones, supuesto que se exige para que se produzca la cosa juzgada. Así por ejemplo, si en el caso de la usucapión, de la resolución o nulidad del acto o título, situaciones en las cuales sustentó la parte ganadora (o perdedora) su derecho a poseer, hubieren variado, con posterioridad a la demanda y sentencia de desalojo, por la expedición de una sentencia, expedida por el órgano jurisdiccional, en el cual se decidió la usucapión, resolución, nulidad de acto jurídico, etc. no existe impedimento alguno, para que quien obtuvo una sentencia favorable, alegando estos hechos nuevos y diferentes a los alegados en la oportunidad anterior, insistan en la interposición de una demanda nueva en la que se discuta y decida el desalojo por ocupación precaria, si es que se exponen como fundamentos fácticos estos nuevos hechos y se ofrecen las correspondientes pruebas.

68.- Estando a lo señalado, y a la alta Incidencia de declaraciones de improcedencia de las demandas de desalojo por precario, resulta necesario que los jueces de toda la República, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente sentencia, en estricto respeto del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, eviten emitir sentencias inhibitorias, recomendándosele, resuelvan sobre el fondo, pronunciándose por la fundabilidad o no de la pretensión planteada.

69.- La tutela jurisdiccional efectiva, consagrada tanto en el artículo 139°.3 de la Constitución Política como el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, debemos entenderla como la observancia tanto al derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, como a merecer un pronunciamiento sobre el fondo, según el sentido que a justicia corresponda, así como a la eficacia de lo decidido en la sentencia,

dentro de una concepción garantista que comprende todo lo concerniente al derecho a accionar, a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, y a la obtención de una resolución fundada en derecho.

VI.- CONCLUSIONES:

Estando a las consideraciones expuestas, estimamos que el recurso de Casación es infundado al haberse dictado la sentencia de vista de acuerdo a Derecho, por lo que:

1.- No hay contravención al debido proceso conforme ha alegado la recurrente, consiguientemente la resolución impugnada no adolece de motivación aparente o defectuosa.

2.- Por otro lado, todo lo analizado representa una evidente utilidad desde el punto de vista de la uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, por cuanto se ha venido observando una serie de interpretaciones sobre lo que debe entenderse respecto a la categoría del ocupante precario, por lo que no uniformizar dichos criterios implicaría dejar subsistentes interpretaciones contradictorias, susceptibles de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, la seguridad y certidumbre jurídicas.

3.- Este Pleno Casatorio considera necesario precisar que la correcta interpretación del artículo 911° del Código Civil, así como de los artículos 586° y 586° del Código Procesal Civil debe hacerse en el sentido que se ha dejado sentado en los numerales precedentes. Reiterándose que los mismos no son *numerus clausus*, sino que se han establecido en atención a los casos recurrentes que se presentan en la judicatura y que han suscitado mayores discrepancias en los diferentes niveles judiciales.

VII.- FALLO:

Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400° del Código Procesal Civil:

a) Declara, por unanimidad, **INFUNDADO** el recurso de Casación interpuesto por doña Mirna Lizbeth Panduro Abarca; en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista, obrante de fojas seiscientos diez a seiscientos once, su fecha ocho de abril

de dos mil once, expedida por la Sala Especializada en lo Civil y afines de la Corte Superior de Ucayali;

b) Por mayoría ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.
2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.
3. Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por "*restitución*" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.
4. Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenía feneció.
5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:
 - 5.1 Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429° y 1430° del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el

Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

- 5.2 Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.
- 5.3 Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220° del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia —sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico—, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.
- 5.4 La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708° del Código Civil.
- 5.5 Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o

no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

- 5.6 La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.
6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.
7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien.

C)ORDENARON la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su difusión.

SS.

RAMIRO DE VALDIVIA CANO
ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ
EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS
ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE
RICARDO VINATEA MEDINA
CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO