

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



**INFORME PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**EXPEDIENTE CIVIL N°** : 0395-2015-0-1301-JR-FC-01.  
**MATERIA** : TENENCIA.

**EXPEDIENTE PENAL N°** : 2790-2014-0-1301-JR-PE-02.  
**MATERIA** : ROBO AGRAVADO.

**AUTOR:**

**PENAS GAMARRA EDWIN ELVIS**

**ASESOR:**

**ABOG. ARMANDO CORAL ALEGRE**

**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 SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres: PENAS GAMARRA EDWIN ELVIS

Código de alumno: 081.1604.829

Teléfono: 937079234

Correo electrónico: [ELVISPENAS22@HOTMAIL.COM](mailto:ELVISPENAS22@HOTMAIL.COM)

DNI o Extranjería: 45900739

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

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

**3. Título profesional o grado académico:**

- ( ) Bachiller ( X ) Título ( ) Segunda especialidad  
( ) Licenciado ( ) Magister ( ) Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

**EXPDIENTE** : 0395-2015-0-1301-JR-FC-01.

**MATERIA** : TENENCIA.

**EXPDIENTE** : 2790-2014-0-1301-JR-PE-02.

**MATERIA** : ROBO AGRAVADO.

5. **Facultad de:** Derecho y Ciencias Políticas


6. **Escuela, Carrera o Programa:** Derecho

7. **Asesor:** Apellidos y Nombres: CORAL ALEGRE ARMANDO Teléfono: 998563397

Correo electrónico: [ARMANDOCORALHUARAZ@GMAIL.COM](mailto:ARMANDOCORALHUARAZ@GMAIL.COM) DNI o Extranjería: 42724409

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 la presente dejo constancia que los documentos entregados a 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. 45900739



**DEDICATORIA:**

*A **HILDA** y **RODRIGO**, mis  
padres, por ser los mejores  
maestros en la vida, a ellos mi  
eterna e infinita gratitud.*

*A mi adorado hijo, **LIAM**  
**ESTHEFANO**, por ser la luz que  
ilumina mi camino, a mí querida y  
amada esposa **MERY**  
**MARYLUZ**, mi eterna  
compañera, por su dulce amor y  
paciencia.*

# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	v
<b>ABSTRAC</b> .....	vi
<b>DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE</b> .....	vii
<b>I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE</b> .....	01
<b>1.1. Etapa Postulatoria</b> .....	01
<b>1.1.1. Formulación de la Demanda</b> .....	06
<b>1.1.2. Admisión de la Demanda y Emplazamiento</b> .....	07
<b>1.1.6. Auto Se Saneamiento</b> .....	08
<b>1.2. Etapa Probatoria</b> .....	08
<b>1.2.1. Auto De Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios</b> <b>Probatorios</b> .....	09
<b>1.2.2. Audiencia de pruebas</b> .....	11
<b>1.2.3. De los alegatos</b> .....	12
<b>1.2.4. Prueba de oficio</b> .....	13
<b>1.3. Etapa Resolutiva</b> .....	13
<b>1.3.1. La Sentencia de primera instancia</b> .....	14
<b>1.4. Etapa Impugnatoria</b> .....	17
<b>1.4.1. Apelación de Sentencia</b> .....	19
<b>1.4.2. Concesorio del Recurso de Apelación</b> .....	19
<b>1.4.3. Tramite de Recurso de Apelación</b> .....	20
<b>1.4.4. Sentencia de segunda instancia</b> .....	20
<b>II. MARCO TEÓRICO</b> .....	22
<b>2.1. La posesión</b> .....	22
<b>2.1.1. Definición</b> .....	24

2.1.2. Convención de los derechos de los niños.....	27
2.1.3. Contenido artículo 3 párrafo 1 de la convención.....	30
2.1.4 Conceptualización del principio como garantía del “interés superior del niño”.....	31
2.1.5. Funciones y características del interés superior del niño.....	34
2.1.6 Elementos fundamentales para alcanzar el contenido del interés superior de los niños y niñas.....	38
2.1.7 Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes.....	39
2.1.8 Entorno familiar y social de los niños y niñas.....	40
2.1.9 Predictibilidad.....	41
<b>III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA.....</b>	<b>44</b>
<b>VI. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>45</b>
<b>4.1. Etapa Postulatoria.....</b>	<b>45</b>
<b>4.1.1. La Demanda.....</b>	<b>46</b>
<b>4.2. Etapa Probatoria.....</b>	<b>47</b>
<b>4.3. Etapa Decisoria.....</b>	<b>50</b>
<b>4.4. Etapa Impugnatoria.....</b>	<b>51</b>
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>61</b>
<b>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>66</b>

## RESUMEN

El principio del interés superior del niño, debe ser entendido como un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que sus intereses a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia

El principio del interés superior del niño, permite entender que cuando el menor es víctima de maltratos de cualquier índole, estos merecen una DOBLE PROTECCIÓN: como víctimas y como niños como tal.

Se advierte que el juzgador de segunda instancia no conocía por completo los elementos que integran el principio superior del niño, que como hemos desarrollado: Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes, el entorno familiar y social de los niños y niñas y la predictibilidad. Y que, al desconocer de sus contenidos, su resolución caería en una FUNDAMENTACIÓN APARENTE.

**PALABRAS CLAVES. El Principio del Interés Superior del Niño, Doble Protección, Tenencia, Custodia, Proceso Único.**

# ABSTRAC

The principle of the best interests of the child must be understood as a legal instrument that tends to ensure the well-being of the child in the physical, psychic and social plan. It establishes an obligation of public and private bodies and organizations to examine whether this criterion is made at the moment in which a decision must be made with respect to a child and that represents a guarantee for the child that his long-term interests will be taken into account. It should serve as a unit of measure when several interests come into convergence

The principle of the best interests of the child, allows us to understand that when the child is the victim of abuse of any kind, they deserve a **DOUBLE PROTECTION**: as victims and as children as such.

It is noted that the second instance judge did not fully know the elements that make up the superior principle of the child, which as we have developed: Expression and desires of children and adolescents, the family and social environment of children and the predictability and that, unaware of its contents, its resolution would fall into an **APPEARING FOUNDATION**.

**KEY WORDS:** The Principle Of The Best Interests Of The Child, Double Protection, Tenure, Custody, Single Process.

## **DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE CIVIL**

**N° DE EXPDIENTE** : 0395-2015-0-1301-JR-FC-01.

**ESPECIALIDAD** : CIVIL

**PROCESO** : UNICO

**MATERIA** : TENENCIA

**DEMANDANTE** : CARLOS ALBERTO PENAS GAMARRA

**DEMANDADA** : ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO

**JUZGADO** : JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA  
PROVINCIA DE BARRANCA.



## **I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE**

### **1.1 . ETAPA POSTULATORIA**

#### **1.1.1. DE LA DEMANDA.**

El demandante **CARLOS ALBERTO PENAS GAMARRA**, identificado con DNI N°15864400, con domicilio real en CP. Las gardenias Mz. D LT. 08 del distrito de la provincia de Barranca, departamento de Lima, señalando domicilio procesal en Villa Magisterial MZ. “G” lote N° 19-urbanización San Idelfonso (con frente a la urbanización Mza. “B”) del distrito y provincia de Barranca, departamento de Lima, ante usted con el debido respeto me presento y digo.

#### **A.- PETITORIO.**

Que, invocando legitimidad para obrar, solicito a su honorable despacho que tenga a bien de otorgarme el reconocimiento del derecho de custodia y tenencia de mis menores hijos **RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA** de 16 años de edad y de **MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA** de 3 años de edad, acción que dirijo contra doña **ANA HORTENSIA CISTERMA OSORIO**, con cédula de notificación N° 119849683, a quien se le deberá de notificar en Jr. Tarma N° 581 cuadra 5, avenida España Km 11, urb. La Libertad, distrito de Comas, departamento de Lima.

#### **B. PARTES PROCESALES.**

–Parte demandante: **CARLOS ALBERTO PENAS GAMARRA**

–Parte demandada: **ANA HORTENSIA CISTERMA OSORIO**

#### **C. DE LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEMANDA:**

En cuanto a sus fundamentos facticos, tenemos los siguientes:

- Que, con la demandada hemos tenido una relación convivencial aproximadamente de 17 años, producto del cual hemos procreado a mis

menores hijos **RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA** y de **MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA.**

- Que, debido a la incompatibilidad de caracteres que generaban problemas familiares decidí retirarme voluntariamente de mi hogar, esto con el motivo de que mis menores hijos no presenciaren las constantes peleas que se suscitaba con la mamá.
  
- Que, es de señalar señor Juez que, el trabajo que realizo es de transporte de carga nacional, es por esa razón que solo podía ver a mis hijos los días que no tenía carga para transportar, es en ese sentido que el día jueves 18 de junio llego a ver a mis hijos, llegando solo a salir a comer a mi hijo mayor **RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA.**
  
- Que, señor Juez, según lo manifiesto en el párrafo anterior, cuando mi hijo vuelve de comer conmigo, su madre le comienza a gritar de manera perturbadora con palabras y calificativos denigrantes, según ella porque **no le había autorizado a salir a comer con mi persona que soy su padre,** según refiere mi hijo, no obstante, el día siguiente siguieron los insultos y aproximadamente a las 10.00 de la mañana del día 19 de junio (un día después de haber salido a comer conmigo) antes que mi hijo asista al colegio la mamá le comienza a gritar e insultar otra vez, diciéndoles **que mejor te hubiese abortado y no hubieras nacido y que si sigue con irse con su padre lo va a llevar a un albergue,** para que no le siga dando problemas, porque es un inútil traicionero, que lo único que hacerle daño a ella y volviéndole a reiterar de manera continua que lo va a dejar en un albergue, porque ya tiene todos los papeles listos para irse a Chile con su hermano **MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA.**
  
- Que, en ese sentido señor Juez, después de haberle dicho lo manifestado en el párrafo anterior, la madre cogió la correa y le comenzó a pegar en los pies, manos, piernas y le tiró cachetadas y puñetes por la boca, en la cara y en los labios hasta hacerse sangrar, y gritándole siempre que porque

se había ido con su papá, que te voy a llevar a un albergue, es ahí cuando lo manda a bañar a mi hijo y cuando estaba saliendo de la ducha, le dijo que se sentara en el mueble y continuó pegándole con la correa en los pies, y después le dijo que su medio hermano lo iba a recoger del colegio a la hora de salida, es por ese motivo y con el miedo de volver a casa y lo siga maltratando física y psicológicamente, ante este hecho mi hijo decide no ir al colegio e ir a la casa de mi primo Juan Carlos Gálvez Penas y quedándose ahí hasta que yo volviera de trabajar.

- Que, recién llego de trabajar el día domingo 21 de junio (el día del padre) acudiendo de inmediato a la comisaría del distrito de Comas para que mi menor hijo ponga la denuncia por violencia familiar, la misma que está signada con el N° 388, en la comisaría de Túpac Amaru, del distrito de Comas – Lima, donde se le tomó su declaración y se ordenó pasar por el médico legista para su evaluación, del cual se está a la espera del resultado para poder adjuntarlo al presente proceso con posterioridad.
- Que, es de precisar señor Juez que, después de lo denunciado mi menor hijo, regresó a su casa donde los efectivos policiales le exhortaron a la madre de mis hijos a que no continúe con los maltratos, físicos ni psicológicos, pero memento después que se retiraron los efectivos policiales, los maltratos continuaron increpándole y gritándole que **él es un traidor por haber puesto la denuncia, que es un judas, cómo puede ir poner la denuncia contra su propia madre**, es por ello que le dijo que estaba decidida a dejarlo en un albergue, siendo en ese momento que mi hijo mayor, tomó la decisión de irse de la casa conjuntamente con su hermano menor de 3 años de edad, esto por el motivo para que la madre no pueda llevarlo a Chile a su hermano, porque él había escuchado a su mamá hablar por el celular con otra persona que ya tenían los pasajes listos para irse a Chile con su medio hermano y con su hermano Matías Santiago a Chile, retornando nuevamente a la casa de mi primo, quien me comunicó de lo sucedido, por lo que retomé y decidí traerme a mis hijos a mi casa,

acá en la ciudad de Barranca, en la cual vivo con mis padres, a lo que mi hijo me precisó que su madre y su medio hermano OSWALDO GABRIEL AGUILERA CISTERNA de 18 años edad, los venía maltratando tanto física como psicológicamente, siendo la actitud preocupante por su madre para mi persona, por lo que la madre de mis hijos no hace casi a lo exhortado por la policía.

- Que, en ese sentido señor Juez, recurro a su despacho para **solicitarle se me reconozca la tenencia de mis dos menores hijos**, los cuales son víctimas constantes de maltratos físico psicológicos por parte de su madre y su medio hermano, además del temor que la madre lo pueda llevar al país de Chile, lo cual no se puede justificar. Invocando el derecho superior del niño precepto constitucional y fundamental que su despacho ampara en **razón a que los niños a que los niños tienen el derecho a desenvolverse en un ambiente social, moral y que no afecte ni menosprecie su dignidad como persona.**

#### **EN CUANTO A LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:**

La demanda se encuentra debidamente amparada por los siguientes dispositivos legales.

- **CÓDIGO CIVIL.**

- Art. VI título preliminar que ampara mi legitimidad para el ejercicio de la presente acción.
- Art. VII del título preliminar que establece la obligación de los jueces de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.
- 

- **CÓDIGO DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE LEY N°27337**

- Art. 81 que establece sobre la tenencia en el caso de que los padres estén separados.
- Art. 83 que prescribe el derecho de petición en el caso de que el padre o la madre solicite se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia del menor.
- Art. 160 literal b) que establece acerca del proceso que corresponde al juez especializado.

- Art. 161 que precisa sobre el proceso único.
- Art. 164 que prescribe sobre los requisitos y nexos de la demanda, en concordancia con los artículos 424 y 425 del código procesal civil.

- **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

- Art. I del título preliminar, por lo que solicito la tutela jurisdiccional efectiva en la presente acción.
- Los artículos 424 y 425 en cuyo mérito cumplo con los requisitos y los anexos de la demanda.

#### **D.- DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS.**

Como medios probatorios de la demanda se ofrece lo siguiente:

- 1- Partida de nacimiento de MATÍAS SANTIGO PENAS CISTERNA.
- 2- Boucher de duplicado del DNI de RODRIGO PENAS CISTERNA
- 3- Denuncia policial por violencia familiar N°388, con el cual acredito que mi hijo es víctima de constantes maltratos físicos y psicológicos, hecho que usted podrá evidenciar señor magistrado.
- 4- Certificado domiciliario, en el cual acredito que mi domicilio actual es en esta ciudad, lugar donde domicilio con mis padres y actualmente con mis hijos, en razón a que los dos son víctimas de maltrato por parte de su señora madre.
- 5- En mérito al examen psicológico que tendrá que pasar ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, madre de mis menores hijos.
- 6- Declaración testimonial de RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA, de 16 años, quien vive actualmente con el recurrente en la dirección CP, las gardenias Mz. D Lt 08, del distrito y provincia de Barranca, quien narra en forma detallada cuáles son los maltratos que su propia madre le propina, así como en las circunstancias en la que decidió retirarse de la casa.
- 7- Declaración testimonial de ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, quien responde a la pregunta que se le formulen en la audiencia, los cuales versan sobre los hechos denunciados.

8- En mérito al informe que realiza la asistente social, adscrita a su despacho.

### **1.1.2. ADMISIÓN Y EMPLAZAMIENTO.**

Mediante Resolución N° 01 de fecha 13 de julio de 2015, que la calificación liminar se advierte que la pretensión es sobre RECONOCIMIENTO CUSTODIA Y TENENCIA, donde se advierte que no se adjunta un juego de demanda, ni el arancel judicial de notificación judicial para poner de conocimiento del Ministerio Público la demanda.

Por tales consideraciones; se declara: INADMISIBLE la demanda RECONOCIMIENTO CUSTODIA Y TENENCIA, en consecuencia: concédase al accionante el plazo de TRES DÍAS, a fin de que subsane la omisión.

Así, mediante escrito de fecha 13 de julio de 2015 el demandante subsana las omisiones advertidas.

#### **1.1.2.1. DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA.**

Subsanadas las omisiones advertidas, la demanda fue admitida mediante Resolución N° 02 de fecha 20 de agosto de 2015, resolviéndose: Admitir a trámite la demanda instaurada por PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO, contra CISTERNA OSORIO, ANA HORTENSIA, sobre reconocimiento DE TENENCIA DE MENOR. Debiendo sustanciarse en la vía procedimental que corresponde al PROCESO ÚNICO, en consecuencia: córrase traslado a la demandada a efectos de que dentro del plazo de CINCO DÍAS cumpla con contestar la demanda, bajo apercibimiento de seguirse el proceso en su rebeldía; teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se precisan, reservándose su admisión en la audiencia respectiva, agregándose a los autos los anexos que se adjuntan.

### **1.1.3. DEL SANEAMIENTO DEL PROCESO.**

Mediante escrito 03 de fecha 05 de enero de 2016, siendo que la demandada con la debida notificación y no contestando a esta, el demandante, solicitó la declaración de rebeldía de la demandada.

En atención a ello, mediante Resolución N° 03 de fecha 11 de enero de 2016, se advirtió que la demandada había sido notificada válidamente con la demanda, anexos y auto admisorio, y siendo que a la fecha no había procedido a contestar la demanda dentro del plazo de ley, se resolvió: Declarar rebelde a la demandada, y de conformidad al numeral 1. del artículo 465° del Código adjetivo, se declaró saneado el proceso y se señaló fecha para la realización de la AUDIENCIA ÚNICA, para el día 4 de marzo del presente año a horas once de la mañana en el local del Juzgado, bajo apercibimiento de aplicarse lo establecido en el último párrafo del artículo 203° del CPC.

## **1.2. ETAPA PROBATORIA.**

### **1.2.1. DE LA AUDIENCIA ÚNICA, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.**

Con fecha 04 de marzo del año 2016, se llevó a cabo la Audiencia única, luego del llamado de ley, se dejó constancia de la incomparecencia de la demandada CISTERNA OSORIO, ANA HORTENSIA.

Seguidamente, se pasó a la etapa procesal de fijación de puntos controvertidos, siendo fijados el siguiente:

- **PRIMERO:** *Determinar si a la demandante PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO, tiene el derecho de demandar el Reconociendo de la tenencia y custodia de sus menores hijos RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA de 16 años de edad y de MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA de 3 años.*
- **SEGUNDO:** *Determinar si a la demandante PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO, reúne las condiciones morales y materiales para para otorgarle el reconocimiento de la tenencia y custodia de sus menores hijos RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA de 16 años de edad y de MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA de 3 años.*

- **TERCERO:** determinar si corresponde fijar el régimen de visitas a favor del padre que no ejerza la tenencia de los menores y si este se encuentra al día con los pagos de las pensiones alimenticias de los menores, materia del proceso. Luego de ello, se procedió a la etapa de Admisión de los Medios Probatorios ofrecidos por las partes:

#### **A) DEL DEMANDANTE:**

- **DOCUMENTOS:** Se dispuso Admítase los medios probatorios ofrecidos en los Ítems 1 al 4, de su ofertorio de pruebas contenidas en el escrito de la demanda que obra en autos y téngase presente al momento de resolver.
- **EVALUACION PSICOLÓGICA:** Al Ítems, 5 que se realiza a doña ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO la misma que se realizará por el psicólogo del Poder Judicial de la Corte de Lima Norte.
- **DECLARACIÓN TESTIMONIAL:** a los ítems 6 y 7 RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA y de ANA HORTENCIA CISTERNA OSORIO, a quien deberán ser traídos por la parte oferente a este despacho, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 191 y 231 CPC bajo para que concurran a la audiencia.
- **VISTA SOCIAL: que se efectuará al domicilio del demandante, para que informe el ambiente donde se desarrolla los menores.** Para que al fin se le notificará a la Asistente Social Adscrita a esta sede judicial, con la finalidad de constatar el medio ambiente y el entorno familiar en el que se desarrolla la demanda.

#### **B) DE LA DEMANDADA:**

- Encontrándose en estado de rebeldía no existe medio probatorio que admitir o actuar de acuerdo a la resolución tres.

#### **C) MEDIOS PROBATORIO DE OFICIO:**

- **DECLARACIÓN:** del demandante del demandante y demandad en la audiencia complementaria a programarse.



- **EVALUACIÓN PSICOLÓGICA:** del demandante PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO y de los menores **RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA** de 16 años de edad y de **MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA de 4 años.**
  
- **VISITA SOCIAL:** En el domicilio de la demandada CISTERNA OSORIO, ANA HORTENSIA. Notificándose para tal fin a la Asistente social de la Corte de Lima Norte, para tal efecto LIBRESE EXHORTO AL JUZGADO DE FAMILIA DE LIMA NORTE.

Seguidamente, el juez comunicará a las partes que señalará AUDIENCIA COMPLEMENTARIA en cuanto sean recabados los resultados de todos los medios probatorios.

### **1.2.2. DE LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA.**

Con fecha 27 de enero del 2017, se inició la Audiencia Complementaria, dejándose constancia de la concurrencia de las partes, así como de los testigos ofrecidos.

Seguidamente, se llevó, en estricto, la etapa de Actuación de los Medios Probatorios:

#### **A) DEL DEMANDANTE:**

- **EVALUACIÓN PSICOLÓGICA:** al ítems, 5 que se realizará a doña ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, la misma que se realizará por el psicólogo del Poder Judicial de la Corte de Lima Norte para tal efecto líbrese exhorto por esta única vez, bajo apercibimiento de imponérsele multa en caso de inasistencia a la pericia psicológica.
  
- **DECLARACIÓN TESTIMONIAL:** no habiendo concurrido los testigos se hace efectivo el apercibimiento decretado en la audiencia única por lo que se prescinde de dichas declaraciones.

#### **B) MEDIOS PROBATORIOS DE OFICIO.**

- **DECLARACIÓN DE PARTE DEL DEMANDANTE.**

**CARLOS ALBERTO PENAS GAMARRA.**

Para que diga porqué razones bien solicitando la tenencia de sus menores hijos **DIJO:** para darles una buena educación, un buen cuidado, hace dos años que mi hijo mayor se vino a vivir con el demandante por los maltratos que le daba su madre, y a su menor hijo Matías lo tiene hace un mes y medio, por un previo pago que le hizo por la suma de s/600.00 a su mamá para que lo tenga en vacaciones, en este estado presente dos constancias de envío de dinero por Western Junior en originales, se dispone en este estado sacar copias, disponiéndose se agregue a los autos las copias certificadas.

Para que diga si anteriormente ha tenido la tenencia de su hijo **DIJO:** sí, anteriormente los he tenido a sus hijos, después del maltrato de su hijo Rodrigo, se puso la denuncia, su hijo mayor decidió salirse de la casa de su madre, por los que se los trajo en el mes de julio del 2014 estuvieron viviendo, cuando salió a jugar en un arrebató se lo llevó el 19 de agosto del 2015 aproximadamente.

Para que diga Ud. Ha estado cumpliendo con sus obligaciones alimentarias en el tiempo que ha estado con su mamá **Dijo** que sí, y que aproximadamente muestra diez Boucher que los presentará con su abogado, y tiene un proceso judicial por alimentos en el juzgado de Cono Norte de Lima, donde le fijaron s/300 soles.

Para que diga Ud. Si tiene alguna autorización de parte de su madre para tener a su menor hijo **DIJO:** sí, tiene una autorización escrita realizada en una cabida de internet por su madre y que lo estará presentando oportunamente con su abogado.

Para que diga Ud. Porqué motivo se separó de la demandada y con qué fecha, **DIJO:** que ha tenido una convivencia de 18 años con la demandada, la demandada con su hijo de 18 años que había adquirido lo botan, que estaba viviendo en el distrito de Comas calle Tarma 581 de allí se retiró a buscar a otro cuarto.

Para que diga si es verdad que su retiro se debió a los maltratos físicos psicológicos de la que era víctima la demandada, conforme lo ha referido el informe social de fojas 76° 78° **DIJO:** es falso, nunca la ha maltratado.

Para que diga en el tiempo que su menor hijo Matías estuvo con su mamá en Comas lima, si UD. Lo visitaba y con qué frecuencia DIJO: sí, cada tres días y los sábados y domingos, la comunicación con la madre era por el teléfono quien lo condicionaba si llevara dinero lo dejara ver a su hijo.

#### **PREGUNTAS DEL FISCAL.**

Para que diga UD. Si durante el tiempo que está con usted, su hijo se ha comunicado con su hijo DIJO: sí, dos veces, la segunda vez fue para solicitar dinero.

Para que diga UD. Si tiene alguna liquidación de pago de dinero por alimentos DIJO: no.

Para que diga de qué año data el proceso de alimentos DIJO: del mes de marzo del 2015.

Porqué anteriormente no solicitó la tenencia de sus hijos, dada que su demanda data de junio del 2015 DIJO: porque su hijo mayor estuvo con el demandante.

Para que diga si a la fecha UD. Tiene otra familia constituida DIJO: NO

Para que diga si en las visitas que ha realizado a su hijo lo ha trasladado a la ciudad de Barranca DIJO: no en lima.

Para que diga si anteriormente a lo que ha referido su hijo ha estado en vacaciones DIJO: no, primera vez.

Para que diga porqué razones considera que la demandada en su informe social refiere que UD. Traslada a su hijo Matías a Barranca DIJO: antes su hijo mayor se salió con su hijo menor, al negarse a dárselo ella trajo al policía.

#### **PREGUNTAS DEL ABOGADO.**

Para que diga Ud., ha sido testigo de maltratos de su madre a sus hijos DIJO: verbalmente la maltrataba, renegaba de su hijo diciéndole que mejor lo hubiera abortado a su hijo mayor, era agresiva verbalmente, como insultar a la madre, al menor lo descuidaba, cuando llegaba de su trabajo lo encontraba en calzoncillo, no estaba bien cuidada su hijo, fue desde la vez que no le pudo dar los estudios a su hijo mayor, también habría sufrido agresiones físicas su hijo mayor por parte de su madre y yo intervenía, para que no le pegue él le decía que le hable, una fecha cuando estaba de viaje, lo había pegado a su hijo a quien lo golpeó.

### SE PRESCINDE DE LA DECLARACIÓN DE LA MADRE

Al no encontrarse presente.

Estando presente el menor Matías se programa para su evaluación psicológica, para que el día 05 de abril del 2017 a horas de la 01 de la tarde en sede judicial, debiendo conducir al menor el padre o la madre que se encuentre a cargo del menor en dicha fecha, bajo apercibimiento de imponérsele una multa de una URP.

## **1.3. ETAPA RESOLUTIVA**

### **1.3.1. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Tras el trámite citado líneas arriba, el Juez de familia de Barranca, mediante Resolución N° 14 de fecha 08 de setiembre del 2018, emitió Sentencia, mediante la cual resolvió declarar: **FUNDADA** la demanda de TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR, interpuesta por CARLOS ALBERTO PENAS GAMARRA, contra ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, respecto de su menor hijo Matías Santiago Penas Cisterna en consecuencia: 01) reconózcase judicialmente la TENENCIA Y CUSTODIA DEL MENOR MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA, favor de su señor padre CARLOS ALBERTO PENAS GAMARRA, Y **ORDÉNESE** a la demandada ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, dentro del plazo del quinto día de notificada entregar al menor a su señor padre, bajo apercibimiento de ejecutarse la medida con el auxilio de la

fuerza policial. 02) ESTABLEZCASE, los regímenes de visita por parte de la madre, los días sábados desde las nueve de la mañana hasta las seis de la tarde dentro de la provincia de Barranca, así mismo los días festivos como son: navidad, año nuevo, cumpleaños del niño, cumpleaños de la demandada, y en los demás días festivos en que la demandada y el niño desean estar juntos, lo mismo que se suspenderá cuando sea el cumpleaños del demandante. 03) ORDÉNESE un tratamiento psicoterapéutico Cognitivo-Conductual del demandante, demandada y su menor hijo MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA. 04) DECLÁRESE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA, respeto al hijo de las partes procesales llamada RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA, al haber cumplido la mayoría de edad.

**En atención a las siguientes principales consideraciones:**

- Según el Código del Niño y Adolescente establece “que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determinará de acuerdo común entre ellos..... De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia lo resolverá el juez. En cualquiera de las modalidades establecidas por ley el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña, o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.
- Con la partida de nacimiento de fojas tres, el demandante acredita su entroncamiento familiar con su menor hijo MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA, de 6 años de edad, como tal tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la tenencia y custodia del indicado hijo, y que por los actuados se conoce que hace dos años el mayor de sus hijos se vino a vivir con él, debido a los constantes maltratos que recibía de su madre, y que hace un mes y medio tiene en su poder a su menor hijo MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA. También se tomó conocimiento posteriormente que su otro hijo RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA, era agredido por el hijo mayor de la demandada, quienes se habría separado los primeros días del mes de junio del año 2015.

- A la separación de las partes procesales el menor MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA se habría quedado a vivir con su señora madre, indicando la demandan que el demandante se había llevado al niño con engaños a la provincia de Barranca, por lo que ella viaja y trae nuevamente al menor en una situación conflictiva, donde interviene la policía de Barranca. Donde el abuelo paterno del menor realiza la denuncia ante la comisaría, afirmando que, en horas de la mañana, la demandada de nacionalidad chilena, se habría llevado a su nieto, aprovechando que su hijo se encuentra de viaje en Lima. Según al entrevistarse la asistencia social con el menor, **LO OBSERVA TEMEROSO**, y se aferra a su madre, y que se conoce que el niño es sociable cuando está con sus compañeros, que tiene un buen rendimiento académico, tiene el apoyo de su madre y siempre está pendiente del niño, sin embargo el menor en su PERICIA PSICOLÓGICA (fojas 147 al 149) refiere: “**YO EXTRAÑO MUCHO A MI PAPÁ, YO QUIERO ESTAR CON ÉL...**” Y manifiesta su deseo permanente de estar con su progenitor, cuyo menor en el ámbito familiar percibe una dinámica familiar conflictiva, que le genera tensión, ansiedad y angustia, además la psicóloga del Poder Judicial concluye que el menor percibe a su padre como su centro atención y afecto y se aprecia desvinculación afectica con su madre, la cual lo considera distinta y poco afectiva, **SI BIEN EL MENOR VENDRÍA PERMANECIENDO CON LA MADRE, SIN EMBARGO ELLO NO LE RESULTA BENEFICIOSO, SINO PERJUDICIAL** para su desarrollo biopsicosocial, por ello corresponde ampararse la demanda.
- Con respecto a las condiciones materiales del demandante Carlos Alberto Penas, se tiene de la visita social, que su domicilio constituye una vivienda multifamiliar, de propiedad de los padres del entrevistado, cuenta con los servicios básicos, concluye que a pesar de los horarios complicados ha adecuado la supervisión de la educación de su adolescente hijo, muestra empatía y asume el rol con el apoyo de sus madres, asimismo muestra preocupación por la educación de su menor hijo, y expresa su deseo de que sus dos hijos se desarrollen juntos y puedan vivir en una ambiente adecuado y sin violencia; con respecto a sus condiciones morales y psicológicas, no muestra alteraciones del estado de ánimo, tranquilo y con estabilidad emocional, en

el aspecto cognitivo, no tiene patología, orienta apropiadamente, percibe con objetividad el mundo y muestra un comportamiento ajustado a la realidad. Se evidencia tener vinculación afectiva con sus hijos, expresa asumir el cuidado y la atención de las necesidades de sus hijos, APRECIÁNDOSE QUE CUENTA CON LAS CONDICIONES MATERIALES Y MORALES suficientes para asumir la crianza y atención de su menor hijo MATÍAS PENAS CISTERNA, aunado a esto que el menor se identifica con su progenitor y también muestra el deseo espontáneo de vivir con su padre.

- Por otro lado, las condiciones materiales de la demandada ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, según informe social, quien se dedica a la venta ambulatoria, su vivienda es alquilada, y que se había separado con el demandante después de 17 años de conviviente, ya que este le maltrataba física, psicológicamente y sexualmente, SIN EMBARGO, NO HA ACREDITADO TALES HECHO, concluyendo la asistenta social, en el sentido que el niño está siendo tratado como un trofeo por los conflictos de sus padres, en tal sentido, lo cual evidentemente viene perjudicando el desarrollo emocional y afectivo del menor.
  
- En lo concerniente a las condiciones psicológicas y morales de la demandada ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO, de su informe psicológico, se desprende que se trata de una persona que impresiona desenvolvimiento intelectual dentro de los parámetros normales, con tendencia egocéntrica, presuntuosa, con necesidad de atención, cambiante, es muy insegura, dubitativa, poco analítica, que puede contar con pautas de crianza medianamente asertivas, EVALUACIÓN QUE NO LE FAVORECE PARA PRETENDER EJERCER LA TENENCIA DE SU MENOR HIJO. Teniendo en cuenta que recae sobre la madre una SENTENCIA SOBRE VIOLENCIA FAMILIAR- MALTRATO FÍSICO, donde la demandada fue sentenciada por actos de violencia física en agravio de su menor hijo RODRIGO JUNIO PENAS CISTERNA. En cuyo proceso se le ordenó recibir terapias psicológicas, con la finalidad de mejorar su conducta violenta y agresiva, TODO ESTO DESLEGITIMARÍA PARA EJERCER LA TENENCIA Y CUSTODIA DE

SU MENOR HIJO, máxime, si no ha adjuntado en autos alguna constancia de haber recurrido a sus terapias psicológicas.

- Siguiendo la jurisprudencia internacional, y equivalentemente con el Art.85 del Código de los Niños y Adolescentes, de la pericia psicológica (fojas 147 a 149) el menor expresa: **“YO VIVO CON MI MAMÁ, PERO QUIERO IRME CON MI PAPÁ (...) A VECES MI PAPÁ ME VIENE A VISITAR... ME QUIERO IR CON MI PAPÁ”** el menor expresa una desvinculación afectiva con su madre, y percibe a su padre como centro de su atención, POR TAL CIRCUNSTANCIA TAMBIÉN CORRESPONDE AMPARARSE LA TENENCIA Y LA CUSTODIA DEL MENOS A FAVOR DEL PADRE.
- En cuanto a los regímenes de visitas, para que el menor MATÍAS SANTIGO PENAS CISTERNA, mantenga las relaciones afectivas con su progenitora, corresponde un régimen de visitas a su favor con externamiento y supervisión de su progenitor o de algún familiar que este designe, en razón que anteriormente la demandada habría sustraído al menor en forma de violencia, debiéndose a cabo sin que la demandada genere situación de conflicto. Por otro lado, el demandante debe prestar las facilidades del caso a la demandada.

## **1.4. ETAPA IMPUGNATORIA.**

### **1.4.1. APELACION DE SENTENCIA.**

La sentencia que se emitió en primera instancia, al ser una que declaró fundada la demanda, fue impugnada por la demandada ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO. Así, mediante escrito de fecha 05 de octubre del 2017, interpuso Recurso de Apelación contra la sentencia, solicitando la revocatoria de la impugnada, en atención a los siguientes fundamentos impugnatorios:

- **PRIMERO:** Que, la sentencia que pone fin al proceso no se ajusta a derecho, puesto que dicha resolución no ha tenido en cuenta las pruebas aportadas por mi parte, principios y el espíritu y la ley. Que no he sido demandada en la



jurisdicción y en el juez competente del lugar donde vivo y donde vive mi menor hijo, como consecuencia de ello no he podido responder a la demanda, negándose a mi derecho a la defensa y tutela jurisdiccional. También se ha violado el principio de legalidad, en tanto que se me ha negado cuando he presentado la solicitud de todo lo actuado, también se ha vulnerado el derecho al debido proceso. Por otro lado, las pruebas han sido de análisis muy subjetivos. Las pruebas que se ha basado el juez de primera instancia han sido otorgadas con un grado de perjuicio absurdo, y esto se refleja desde la actitud de discriminación que tuvo la psicóloga hacia mi persona cuando le expresé mi nacionalidad chilena, es por ello que sus conclusiones se basan en análisis subjetivos, y más no en caracteres objetivos científicos. Ante esto, yo no he tenido los medios necesarios para defenderme e impugnar, cuestionar todo lo actuado, sabiendo que ese informe psicológico ha sido emitido prejuiciosamente, es por eso que el juzgador no solo se puede basar en esta prueba, para otorgar la tenencia a los padres de mis hijos, en contra del texto expreso de la ley, la misma que dice el Art.84° **del Código de los Niños y los Adolescentes “el niño deberá permanecer con el progenitor con quien más convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.”** Mi hijo siempre ha vivido conmigo que tiene ahora 6 años, su padre jamás se ha preocupado por él, trabaja fuera de la ciudad y no para en su hogar, entonces no sería la persona idónea para asumir la tenencia de mi menor hijo, y dejar en custodia de mi hijo a terceros le va a traer perjuicio a mi hijo, y afectaría en su educación.

- **SEGUNDO:** Por otro lado, se ha afirmado que he cometido violencia familiar con mi mayor hijo de 18 años, y esto resulta curioso que después de 17 años de convivencia con el padre de mis hijos, recién realice la denuncia, y recién se dé cuenta que soy violenta a mis 47 años de edad, teniendo en cuenta que él se separó de mí porque se enamoró de una mujer más joven que yo, este fue el motivo de nuestra separación y no por violencia como afirma el padre de mis hijos, y así fue que nos abandonó a mis dos hijos u a mí, y como yo quiero que mi hijo mayor estudie y ante la negativa de este yo le he llegado a exigir,

sabiendo que esto le conviene, y ahora mi hijo mayor está con su padre sin estudiar y con un futuro incierto, y su padre no le exige nada y no puede vigilarlo porque siempre está de viaje.

- **TERCERO:** Que no en este proceso no he podido defenderme como debe de ser y no se me ha dado la oportunidad para ello, vulnerando mis derechos de madre, inventándose que yo soy una mujer que le influye mal a mi hijo, pero es todo lo contrario, yo siempre me he dedicado a mi hijo menor, y ya como mi hijo mayor ya me quitó el padre, ahora pretenden dejarme sola quitándome la tenencia de mi menor hijo, privándome de la oportunidad de cuidar de mi hijo, y todo por los prejuicios de que soy de nacionalidad chilena, es así como a razonado la psicóloga presentando su informe, y así es como el juez se ha basado en ese documento para entregar la custodia de mi menor hijo a su padre, él que nunca antes se había preocupado por mi menor hijo.
- **Los fundamentos jurídicos:** Art. 364 y 556 de CPC.
- Asimismo, es de señalar que el Recurso de Apelación estuvo acompañado de los aranceles judiciales correspondientes.

#### **1.4.2. CONCESORIO DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.**

Mediante Resolución N° 15 de fecha 12 de octubre del 2017, estando a que el recurso ha sido presentado dentro del plazo de ley, se ha indicado el supuesto error de hecho y de derecho en que incurre la sentencia, precisando además la naturaleza del agravio que les produce, el Juzgador, Resolvió: Conceder el recurso impugnatorio de apelación con efecto suspensivo, interpuesto por la demandada CISTERNA OSORIO, ANA HORTENSIA Representada por Jorge L. Chigne Rodríguez, contra la sentencia contenida en la resolución número catorce; en consecuencia, se dispuso: Remitir los actuados al Superior jerárquico.

#### **1.4.3. DEL TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Llegado que fuera el Expediente a la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en vía de apelación, mediante Resolución N° 16 de octubre de 2017, se dispuso correr traslado del Recurso de Apelación a la parte demandante por el término de 10 días.

Mediante escrito de fecha 22 de noviembre del 2017, la demandante apelante, se apersono a la instancia, y cambia de domicilio procesal y de abogado de defensa, nombrando a Carlos Fernando Galiano Barrón como su nuevo abogado.

Que mediante **DICTAMEN FISCAL** N°2257-2017-MP-FN-FSCH a fecha de 14 de noviembre del 2017 que corre a fojas 244 y 245, estando que el mismo fiscal Superior a cargo motivadamente OPINA QUE SE DECLARE NULA LA SENTENCIA APELADA, SE DECLARE INFUNDADA LA DEMANDA Y NULO TODO LO ACTUADO HASTA EL FOLIO 89, todo ello en debida atención a que no se ha llevado a cabo normativamente el debido proceso, estando entre otras causales a que el a quo indebidamente ha omitido accionar indebidamente lo señalado en la forma taxativamente y clara en el Art. 81 del Código de los Niños y los Adolescentes que establece “cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determinará en común acuerdo entre ellos y **TOMANDO EN CUENTA EL PARECER DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE**”, con aplicación del Art 85° “ el juez especializado debe escuchar la opinión del niño (..) Lo cual indudablemente en este caso se ha violentado constituyendo ello una irrefutable causal de insalvable nulidad, del cual se observa que la defensa de la demandada también invoca el presente dictamen fiscal.

#### **1.4.4. DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

- Es así que, mediante resolución N°19 de fecha 02 de marzo de 2018 el juzgado de familia de Barranca, sin informe oral y con el dictamen mediante DICTAMEN FISCAL N°2257-2017-MP-FN-FSCH emitido por la Fiscalía Superior Civil del distrito fiscal de Huaura, que **OPINA QUE SE DECLARE NULA LA**

**SENTENCIA APELADA, SE DECLARE INFUNDADA LA DEMANDA Y NULO TODO LO ACTUADO HASTA EL FOLIO 89**, debiendo remitirse al juzgado de origen, a efectos que el juez de la causa prosiga el trámite conforme a lo expuesto en el considerando tres y cuatro del DICTAMEN; y CONSIDERANDO:

- 
- Habiéndose concedido la Apelación a la demandada, sostiene que la sentencia de produce agravio, pretendiendo su nulidad y reponer las cosas a su estado en la que se produjo el vicio procesal, en relación de los siguientes fundamentos: 1- no se ha valorado las pruebas que ha aportado al proceso y que la ocupación profesional del demandante de chofer transnacional le imposibilita de estar al por menor de menor MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA (6 años) lo que significa que lo criarían sus familiares en oposición a su persona que lo ha venido criando desde su nacimiento y lo viene formando adecuadamente. 2- Se ha tenido en cuenta el informe psicológico que no concluye satisfactoriamente sobre mi conducta, en razón de la xenofobia de la psicóloga a los ciudadanos chilenos.

#### **FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:**

- 1- En razón a todo el considerando de la sentencia contenida en la resolución número 14, de 08 de setiembre del 2017, a fojas de ciento noventa y ocho y doscientos seis.
- 2- De la lectura de autos se advierte que no se ha observado en sentido estricto lo dispuesto en el Art. 85° **del Código de los Niños y los Adolescentes, que precisa que el juez especializado DEBE ESCUCHAR LA OPINIÓN DEL NIÑO**, que si bien podría prescindirse en la Casación 1962-2012 Lima la Corte Suprema ha establecido que la interpretación a los artículos 84 y 85 **del Código de los Niños y los Adolescentes**, no se vulneran si los menores han sido evaluados en el contexto del desarrollo de los mismos, del cual cuidado que se les brinda y teniendo como norte el principio “*el interés superior del niño*” y que en un proceso de menores siempre es un problema complejo cuya solución siempre se da con la evaluación exigente con el material probatorio, y aunque la tenencia de los menores estuvo a cargo de la madre anteriormente, el hijo deberá permanecer con el progenitor con

quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable, en concordancia con el inciso “a” del artículo 84 del Código del Niño y Adolescente.

- 3- Por otro lado existe duda con respecto a la decisión del niño, ya que el informe social practicado a la demanda, la actitud del niño es más afable a la madre, en tanto que el PROTOCOLO DE LA PERICIA PSICOLÓGICA practicada al menor, este se MANIFIESTA FAVORABLE AL PADRE, y aún que se hayan tomada la pericia psicológica de las partes sin embargo estas no son suficientes para resolver la Litis por ser insuficientes.
- 4- Por ende se debe citar al menor para que declare ante el juez A QUO, para a continuación resolver sobre la matiz del artículo 84 literal “a” (el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable)
- 5- Falta determinar si el niño en el momento de la custodia de los padres, este cuidado ha sido “MÁS FAVORABLE”
- 6- Se ha acreditado que la madre permanece más con el menor, y el padre se ausenta por motivos de su trabajo, y que en este transcurso dejará encargada la custodia a sus abuelos del menor y al hermano mayor.
- 7- La presencia materna es exclusiva prioridad al interés del padre.
- 8- El juez necesita más pruebas para formar convicción en su decisión.

Por estos fundamentos, dada la insuficiencia de pruebas y por ende, una motivación insuficiente del juez A QUO, el acto procesal no ha cumplido, por lo que se ha incurrido en vicio insalvable de nulidad previsto en el art. 171° del Código Procesal Civil. Reviendo anular la sentencia y de reponer las cosas al estado de que se convoque a una audiencia complementaria, y que el menor pueda declarar en condiciones idóneas, facultándose para que se efectúen los apremios correspondientes para evitar una mayor dilación del proceso.

Por lo expuesto la sala de emergencia de la Corte Superior de Justicia de Huaura. **HA RESUELTO.**

**CONFIRMAR:** La sentencia contenida en la resolución número 14 de ocho de setiembre de 2017, en la parte que declara la sustracción en la materia respecto al hijo de las partes procesales llamado RODRÌGO JUNIOR PENAS CISTERNA, al haber cumplido la mayoría

de edad y **NULA** en la parte que resuelve declarar fundada la demanda de tenencia y custodia del menor MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA favor de su señor padre Carlos Alberto Penas Gamarra. Declara NULO todo lo actuado a partir de fojas ciento noventa y uno.

## II MARCO TEORICO

### 2.1 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

#### 2.1.1. BASES HISTÓRICAS.

##### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, ALCANCE FILOSÓFICO.**

Creemos que no podemos tener mejor inicio que haciendo un poco de filosofía, parece en efecto interesante mostrar cómo se ha llegado, en el plano de las ideas y de su justificación, a hacer avanzar la noción del interés del niño. Quizás que la historia de la evolución de la posición del niño en la sociedad podrá aclararnos este delicado y muy importante interrogante.

**EN LA ANTIGÜEDAD.** No remontemos tan lejos, pero pensemos a Egipto que ha creado las escuelas para los niños y el primer manual escolar, "le kemit" o a Mesopotamia que ha creado la más antigua escritura del mundo, para ser enseñada a los niños. Ya se preocupaban entonces, dos mil años antes de nuestra era, de la suerte de los niños. Esto significa que la suerte de los niños preocupaba a la sociedad, aunque esto no nos dé sin embargo muchas indicaciones sobre el estatuto de los niños.

Más cerca de nuestra época, hacia la antigüedad griega y romana. Para simplificar, digamos que aunque el niño era objeto de mucha afección y amor, no existía como individuo. Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (infant = el que no habla)<sup>1</sup> y que no podía bastarse a sí mismo, en consecuencia sin personalidad propia, ya que dependiente completamente de los adultos.

Aristóteles compara el niño a un animal, ya que no tiene la libertad de obrar según la razón "el alma del niño no difiere por así decirlo del de los animales"<sup>2</sup>. Este ser sin posibilidad de autodeterminación obra por lo tanto por impulsividad según el lenguaje psicológico moderno, por pulsiones. Este niño no puede verdaderamente ser titular de derechos, ni puede mantener relaciones jurídicas, con otras personas.

La philia va a dirigir al padre a querer el bien del niño, ya que este será una prolongación del padre.

---

<sup>1</sup> Del verbo latino fari: hablar

<sup>2</sup> Ethique à Nicomaque, citado por YOUNG D. Penser les droits de l'enfant, PUF, Paris, 2002, p. 10

¿Y la madre? Según Aristóteles, no existen relaciones jurídicas en el seno de una familia, no hay sino relaciones nacidas del interés común que el padre representa. Esta concepción ha tenido mucha fuerza en los principios del derecho de la familia durante largo tiempo, donde el hombre es todo a la vez: maestro, marido y padre...

## EL SIGLO DE LAS LUCES

El niño permanece un ser sin personalidad propia, pertenece completamente a su familia y no habla. Es el momento en el que la educación se realiza por medio del aprendizaje, es decir por la reproducción de los mismos gestos de los adultos. Se conoce muy bien la utilización de los niños en el trabajo, que ha marcado, desgraciadamente, todo este periodo. Se puede decir con Philippe Ariès que "desde muy pequeñito, se volvía enseguida un hombre joven, sin pasar por las etapas de la juventud... que se han vuelto los aspectos esenciales de las sociedades evolucionadas de hoy.

Se puede decir que el hecho de la escolarización ha provocado igualmente una modificación en la mirada de la familia sobre el niño que se ha vuelto escolar o colegial: citando otra vez Philippe Ariès" la familia se ha vuelto el lugar de afección necesaria entre los esposos y entre padres e hijos, lo que no existía antes. Esta afección se expresa sobre todo en la oportunidad reconocida a la educación... Sentimiento completamente nuevo, los padres se interesan a los estudios de sus hijos y los siguen con... solicitud".

Rousseau obra pues un cambio fundamental en la concepción del niño; de la negativa (el niño es el que no es...), propone una definición positiva: el niño es un niño y no un adulto en miniatura. La infancia no es una caída como lo pensaba Locke, sino un estado.

Con respecto a la educación, se pasa de la afirmación: "es la educación que da al niño su personalidad, que le da el sentido de su vida y que le ayuda a devenir lo que él es" a la afirmación de que el niño dispone, desde su venida al mundo, de un estatuto de persona y que la educación no hace sino desarrollar este estado natural para formar mejor su personalidad.

Sin fundar los derechos subjetivos en el sentido clásico del término, esto provoca en todos los casos obligaciones que incumben a los padres y al Estado. No es todavía el interés del niño, aunque es un interés muy claro por el niño a que se convierta en un ser que tenga una existencia propia.

El derecho es una excelente herramienta histórica puesto que refleja los intereses de una determinada sociedad. Da cuenta de aquellos que demandan protección jurídica

en un momento dado y la manera que creían adecuada de implementar dicha protección. Un estudio sobre los principales instrumentos jurídicos internacionales que han jugado un rol en los derechos del niño permite advertir, en primer lugar el nacimiento del interés por la protección de los menores, y luego, de cómo se ha reconocido la imagen de ‘niño’.

Se debe entender el interés superior de los niños y niñas como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924, hasta la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de mil 1989. Esta última Convención se caracteriza por ser el Tratado dentro del contexto de las Naciones Unidas, con lo que se demuestra el amplio grado de reconocimiento y aceptación de las normas de Derechos Humanos a favor de los niños, niñas y adolescentes<sup>3</sup>.

Antes de la Convención, los niños y niñas fueron prácticamente personas ignoradas, protegiendo el sistema jurídico, en muchas ocasiones, únicamente a sus padres y madres. Los derechos de los niños y niñas se ventilaban en asuntos privados, puesto que no se consideraban relevantemente públicos.

Este principio tiene su origen en los sistemas anglosajones en donde se consideró que con el ISN se solucionarían los conflictos familiares por lo que empezó la evolución del mismo hasta nuestros días. En la Convención de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase **“PRIMERO LOS NIÑOS”**. Históricamente se conoce a la Declaración de Ginebra de 1924 como la piedra angular del derecho de la infancia. Esta declaración es el primer instrumento internacional que *protege específicamente los derechos de los niños; como tal permite observar el nacimiento de la protección jurídica a favor de los menores de edad*. El contexto en que se realiza el proyecto es el período de post-guerra que le sigue a la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección del niño *que fue desatendido en los años anteriores*.

#### ▪ LA DECLARACIÓN DE GINEBRA DE 1924 AFIRMA LO SIGUIENTE:

*“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle,*

---

<sup>3</sup> LÓPEZ-CONTRERA, R.E. (2015) “Interés Superior de los Niños y Niñas: definición y contenido”. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51-70.



*afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia<sup>4</sup>*

1. *El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.*
2. *El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.*
3. *El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.*
4. *El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.*
5. *El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo<sup>5</sup>*

Es interesante observar que la Declaración de 1924 no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, usa la expresión **“el niño debe ser” en vez de “el niño tiene derecho a...”**. Además en el preámbulo utiliza la expresión “los hombres y mujeres [...] afirman así sus deberes”, dejando en claro que se trata de una enunciación de **obligaciones dirigidas a los adultos a cargo de los niños**. Es decir, se reconoce al niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos capaz de participar activamente en su desarrollo. Cabe destacar que la Declaración de 1924 habla repetidas veces de “niño” **pero falla al no mencionar qué entiende por “niño”**, dejándolo a la interpretación del receptor.

Al contrario de los demás instrumentos internacionales, el proyecto que antecede la Declaración de 1924 fue de iniciativa de una organización privada: la **Unión Internacional de Salvación del Niño**. La entonces Liga de las Naciones adoptó la iniciativa para luego proclamarla en una resolución con naturaleza jurídica de declaración. Es decir, el presente cuerpo es una manifestación de intenciones puesto que no tiene fuerza vinculante para los Estados y no contempla ningún mecanismo de control. No obstante, a pesar de no poseer fuerza coercitiva, tuvo un gran impacto en su momento y sentó un precedente en torno a los derechos de la niñez.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, los Estados miembros de la recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU), decidieron instituir la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en consideración a las atrocidades vividas durante los años de guerra. Nuevamente estamos ante un instrumento que busca orientar la conducta de los Estados pero que no tiene fuerza obligatoria. En cuanto a su contenido, cabe señalar que todos los derechos, que por su naturaleza pueden ser ejercidos por menores de edad, son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, ya que el receptor es precisamente el ser humano. Específicamente, la declaración nombra sólo en el artículo 25 párrafo 2º explícitamente un derecho propio del niño: acceder a protección social independientemente de si su filiación en matrimonial o no. Además, en dos oportunidades más hace referencia implícita a ellos al regular la familia como núcleo de la sociedad y al establecer el derecho a la educación.

---

<sup>4</sup> BOFILL, APRIL Y JORDI COTS. “La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia” Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona, 1999.[En línea] [http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf) [Consulta: 3 de junio de 2014]

<sup>5</sup> VERHELLEN, EUGEEN. “La Convención sobre los Derechos del Niño: Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales”. Amberes (Bélgica) Apeldoorn (Países Bajos). Garant 2002. p. 80 y 81

La DUDH es un avance para los derechos de la infancia y adolescencia al establecer derechos que emanan de la dignidad humana, pero también significó establecer un nuevo estándar a nivel de protección de derechos. La proclamación de la DUDH trajo consigo inquietudes acerca de la ausencia de un cuerpo de la misma envergadura que cuide los derechos de la infancia y juventud, pues se hacen patentes las insuficiencias en este ámbito, sobre todo por no nombrar expresamente derechos sustantivos y de forma específica. Sin embargo, no fue hasta 1959 que la Asamblea General de la ONU adoptó su propia declaración.

La Declaración de 1959 se basa en la Declaración de 1924, pero esta vez es producto de una iniciativa de la organización internacional. El preámbulo de la Declaración dice lo siguiente:

*"Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño"*

Leyendo simplemente el preámbulo se nota una primera mejora en comparación a la declaración anterior: se hace explícito que el niño es receptor de todos los Derechos Humanos, pero que, en atención a sus características particulares, necesita de especial protección. En definitiva, la ONU opta por **regular los derechos del niño con un grado de autonomía frente a los Derechos Humanos en general.**

Nuevamente nos encontramos ante un cuerpo declarativo sin fuerza vinculante, no obstante, esta vez es redactada con un lenguaje jurídico que la separa del listado de intenciones de la Declaración de 1924. Este instrumento consta de 10 principios y establece explícitamente derechos, mas es curiosa la yuxtaposición de derechos ‘duros’ como el derecho al nombre y a la nacionalidad<sup>6</sup> con enunciados más bien ideales como “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión [...]”<sup>7</sup>. Ciertamente el desarrollo espiritual del niño o niña es de gran significación, pero el modo en que se abarca el tema es un reflejo de la falta de obligatoriedad del cuerpo, acercándose así a su realidad de unidad orientadora, más que una unidad normativa.

Bastantes aspectos sobre esta declaración son interesantes, sin embargo, para el presente trabajo el aspecto más importante es la introducción del concepto “interés superior del niño”. A continuación se leen los principios que lo contienen:

- *“Principio 2º: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente*

---

<sup>6</sup> DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959, Principio 3º: *El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.*

<sup>7</sup> DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959, Principio 6º: *El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.*

*en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

- *“Principio 7º párrafo 2º: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”*

A partir de la transcripción se observa que el segundo principio instituye el derecho a la protección social, aclarando que en el proceso de promulgación de leyes que afecten el desarrollo íntegro del niño, el legislador deberá atender al interés superior en su diseño. Por su parte, el séptimo principio señala que la responsabilidad de educar y orientar al niño conlleva atender el interés superior de éste. La Declaración no define el concepto “interés superior del niño”, por lo que no hay un claro hilo conductor en la utilización del término en ambos principios. En cada enunciado se regula una materia diferente y el peso de velar por dicho interés tiene un diferente receptor en cada uno: en el segundo está dirigido al legislador, mientras que en el séptimo a los cuidadores. Además, es curioso notar que en el séptimo principio, se indica la naturaleza jurídica del concepto, señalando que es un principio, pero no cualquiera, ya que lo cataloga desde ya como un principio rector.

La introducción de este llamado principio rector se condice con los objetivos establecidos en el preámbulo. La última consideración del preámbulo afirma que **“LA HUMANIDAD DEBE AL NIÑO LO MEJOR QUE PUEDE DARLE”**, esta hermosa frase encierra la consumación del “interés superior del niño”.

Durante los años 60’ en adelante se experimentó una expansión de instrumentos internacionales a ramas de derechos específicos y grupos concretos. Varias declaraciones y tratados incluyeron cierta regulación sobre los derechos de la niñez. Sin embargo, los hitos antes descritos son los antecedentes más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. La masificación de normativas se enmarca dentro de un período caracterizado por el perfeccionamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, movimiento que tiene como fin ulterior la igual protección de derechos para todos los seres humanos sin distinción.

#### ▪ CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DE LOS NIÑOS

La tendencia hacia el perfeccionamiento de los Derechos Humanos, impulsó la adopción de múltiples instrumentos internacionales, caracterizados por ser cada vez más técnicos. Es así como se prefirió desarrollar tratados, tanto a nivel global como regional, sobre materias específicas o dirigidas a grupos humanos más necesitados de protección. A modo de ejemplificar esta proliferación se pueden mencionar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración Americana de

Derechos Humanos. Los niños, niñas y adolescentes no quedaron fuera de esta esfera de acción, de hecho, fueron considerados en todos los instrumentos internacionales precedentes. No obstante, no fue hasta 1989 que se logró un cuerpo normativo que se adaptara de forma holística a la realidad de los menores de edad.

La presión internacional, en defensa de los intereses de los niños, animó a las Naciones Unidas a declarar en 1979 el Año Internacional del Niño con la intención de otorgar protagonismo al niño en todas las discusiones. Debido a que la materia a tratar es de un alto contenido social y cultural, el esfuerzo por alcanzar un consenso sobre los derechos que se debían incluir, continuó por una década.<sup>8</sup> **Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, exactamente 30 años desde la promulgación de la Declaración de Ginebra de 1959.** La promulgación de la Convención estuvo marcada por una gran adhesión internacional, entrando en vigor el 20 de septiembre de 1990 gracias a la expedita ratificación del mínimo de 20 países.<sup>9</sup>

**Dentro de la evolución de los derechos del niño, la Convención constituye un hecho histórico de gran valor por ser el primer instrumento con poder vinculante.** A diferencia de las declaraciones anteriores, este cuerpo ofrece a los Estados, en sus artículos 46 y 47<sup>10</sup> la posibilidad de firmar o ratificar respectivamente. La acción de firmar demuestra un apoyo preliminar sin establecer una obligación jurídicamente vinculante, pues significa que el Estado analizará el tratado en relación a su legislación nacional, sin el deber de avanzar hacia la ratificación del mismo. Por su parte, el acto de ratificar implica un compromiso jurídicamente vinculante de acatar el contenido del tratado habiendo firmado primero.<sup>11</sup> La adhesión al tratado es impresionante, pues hasta la fecha todos los países lo han firmado, y sólo dos de ellos – Estados Unidos y Somalia – no lo han ratificado.<sup>12</sup>

En adición a su valor como primer tratado universal y obligatorio, la Convención incorpora varias novedades. De partida, el cuerpo legal delimita el concepto ‘niño’. El artículo 1º define niño como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad. La explicitación del límite etario constituye una garantía pues el concepto ya no puede ser objeto de interpretación al estar identificado legalmente.

En el preámbulo se nos recuerda que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todo niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de ello, continúa estableciendo que por las condiciones especialísimas de la niñez, es necesario una normativa que se adapte a sus necesidades e intereses de forma complementaria. Es sí como se opta por desarrollar una rama nueva de derecho pero que se desprende de la regla más básica: la dignidad humana. Es decir, los derechos del niño se ligan a los derechos humanos de modo que se logra una protección reforzada.

La decisión de potenciar una rama jurídica específica que se adapte a la realidad de la niñez implica reconocer al niño como persona pero con cualidades únicas. En este sentido Miguel Cillero afirma que “*la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del*

---

<sup>8</sup> UNICEF. Estado Mundial de la Infancia: Edición especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2009. p.5

<sup>9</sup> *Ibíd.* p.6

<sup>10</sup> CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, Artículo 46: *La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.*

Artículo 47: *La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.*

<sup>11</sup> UNICEF. Firma, Ratificación y Adhesión [en línea] <[http://www.unicef.org/spanish/crc/index\\_30207.html](http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30207.html)> [Consulta: 11 junio 2014]

<sup>12</sup> UNITED NATIONS. Treaty Collection [en línea] [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) [Consulta: 13 junio 2014]

*niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia.*”<sup>13</sup> Una regulación exclusiva que realiza las características de los niños, los acerca en igualdad y derechos al resto de las personas, pues les brinda las herramientas que necesitan para desarrollarse. Hacer caso omiso a las diferencias no iguala a los menores de edad, por el contrario, los pone en una situación de precariedad pues tener derechos que no se adaptan a sus necesidades es lo mismo que no tenerlos.

Reconocer al niño como persona significa identificarlo como sujeto de derecho y no como objeto de derecho. Mary Beloff, en conformidad a la doctrina mayoritaria, aproxima esta novedad señalando que con anterioridad a la Convención, la situación de la infancia y juventud se regulaba de acuerdo a la “doctrina de la situación irregular”<sup>14</sup>, la cual concibe al niño por lo que no sabe, no tiene o no es capaz<sup>15</sup>. Esta visión se aparta del enfoque jurídico al promover la realización material del niño y adolescente, es decir se concentra en necesidades mas no en derechos. En cambio, *la Convención vino a instaurar una ‘protección integral de derechos’<sup>16</sup>, visión judicializada que reconoce al niño como persona, esto es, con derechos, intereses y opinión.* En este sentido, Miguel Cillero vislumbra el mismo cambio cuando asevera que sólo con el proceso iniciado con la Convención los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, pues a partir de su adopción se concibe que el niño pueda oponer sus derechos como límite y orientación a la actuación de sus padres o el Estado<sup>17</sup>.

Es esta situación de sujeto de derecho la que va a obligar a una modificación importante en las mentalidades, en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales.

## **2-2. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 3º PÁRRAFO 1º DE LA CONVENCIÓN.**

El artículo tercero párrafo primero de la Convención regula la adopción de medidas que conciernan a los niños en los tres poderes del Estado naturaleza y alcance de dicha disposición pero *específicamente en el área judicial.*

A continuación se transcribe el artículo tercero párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*

La redacción de la disposición es bastante amplia, lo cual significa que la esfera de acción del Interés Superior del Niño es convenientemente extensa. En primer lugar, se refiere a “*todas las medidas*” sin precisiones, de modo que, como ha afirmado el Comité sobre los

---

<sup>13</sup> CILLERO, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. p.5

<sup>14</sup> BELOFF, Mary. Artículo: “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y otro para Desarmar”. En: Justicia y Derechos del Niño. N°1. Unicef. 1999. p. 13

<sup>15</sup> Mary Beloff cita al autor Antonio Carlos Gomes da Costa. P. 13

<sup>16</sup>BELOFF, Mary. Artículo: “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un Modelo para Armar y otro para Desarmar”. En: Justicia y Derechos del Niño. N°1. Unicef. 1999. p. 16

<sup>17</sup> CILLERO, MIGUEL. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.” Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. p.7

Derechos del Niño, ello incluye tanto acciones como omisiones<sup>18</sup>. Asimismo, va dirigida a los tres poderes del Estado en adición a las instituciones sociales que acompañan la labor de dichos poderes sin especificar características concretas.

La condición que debe cumplir la medida para pertenecer al ámbito de regulación es que concierna a un niño, niña o adolescente. Debido que no se detalla el modo en que debe concernir al niño, se entiende que puede ser de manera directa o indirecta. La extensión a las consecuencias indirectas tiene su fundamento en la indefensión en que se encuentran los niños, al no tener la misma posibilidad de expresar su interés o punto de vista que los adultos. Se suple esta carencia, obligando a las autoridades que evalúen los efectos que podrá tener una medida si razonablemente se estima que podría incumbir a aquel grupo etario<sup>19</sup>. Es decir, aunque la discusión central no sea sobre los derechos de la infancia, se velará por su protección puesto que merecen especial atención.

La evaluación de los efectos debe hacerse siempre de manera individual puesto que la colectividad viene de la suma de los intereses individuales de cada ser único.<sup>20</sup>

Recapitulando, el artículo tercero párrafo primero de la Convención, introduce como requisito obligatorio la ponderación del interés superior del niño, en el proceso de decisión de toda medida que concierna a la niñez, elevando su importancia a una consideración primordial. Hasta antes de la Convención, el interés superior del niño no era más que una buena intención, con su introducción al tratado adquiere un nuevo significado como requisito indispensable.

### **2-3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO COMO GARANTÍA DEL “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO O NIÑA”**

El Interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas. El ISN se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin fundamental el bienestar general del niño o niña<sup>21</sup>. En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña –de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes. Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Estos probables efectos se hacen referencia en cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene

---

<sup>18</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013 párrafo 18

<sup>19</sup>EMILIA RIVAS LAGOS. “La Evolución Del Interés Superior Del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”. Santiago de Chile 2015

<sup>20</sup> *Ibíd.* Párrafos 21-24

<sup>21</sup> Cfr. Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Cfr. Exp. 01141-2009-00360, 01015 2011- 00023, 01015-2011-00092, entre otras. En el mismo sentido lo expone O'Donnell (2009), el cual indica que se debe entender por interés superior del niño o niña todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. Cfr. *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídica vigente en las relaciones de familia* [www.iin.oea.org/badaj/docs](http://www.iin.oea.org/badaj/docs), p.32. (Recuperado el 12 de mayo de 2012).

que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor confianza y educativas de la que el niño, niña o adolescente se va a rodear. Estos efectos del entorno son los que el juzgador o entidad administrativa deberá ponderar en el momento justo de tomar una decisión, derivado de lo que más le convenga al niño o niña<sup>8</sup>. Esto último se relaciona con lo que manifiesta la doctrina especializada, en cuanto a la predictibilidad, la cual consiste en establecer “la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas” (Aguilar, 2008, p. 243) para lograr establecer que la decisión debe valorar el mejor porvenir -futuro- para el niño o niña lo que significa para vivir dignamente donde se tengan cubiertas necesidades básicas tales como las afectivas, las físico-biológicas, las cognitivas, las emocionales y las sociales. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que todo niño o niña tiene el derecho de establecer un proyecto de vida que debe de ser cuidado y fomentado por el Estado, para lograr su desarrollo y beneficio social (Calle vs Guatemala, 2002).

Con todo ello, se hace necesario observar que el interés superior de los niños y niñas no es simplemente una institución benefactora; también es importante añadir que el beneficio de los niños, niñas y adolescentes es prioritario, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego. Con este principio, se establece que el juzgador o juzgadora debe adoptar cualquier medida que estime necesaria para garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en donde se prevea la separación de un peligro para evitarle un perjuicio en su persona, bienes y derechos.

Hoy día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una **VISIÓN INFANTOCÉNTRICA O PUEROCÉNTRICA**, la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de “interés superior de los niños y niñas” (Aguilar, 2008, p. 234). Lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paterno céntrica, esta concepción es muy bien desarrollado en la doctrina y jurisprudencia de Costa Rica, que nos ayudaría a entender con mayor facilidad lo que implica concebir el interés superior del niño<sup>22</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha alejado de la visión infantocéntrica, en cuanto ha señalado –respecto a la relación con el ISN- la entera necesidad de adoptar cualquier tipo de medidas para lograr la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, que se fundamenta en la propia dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y niñas, y en la necesidad de propiciar su desarrollo para que alcancen todas sus potencialidades.

Este nuevo estatuto, que no es sencillo en sí mismo y que es, bajo mi punto de vista **revolucionario**, puesto que opera una verdadera revolución en la manera de considerar al niño y que acarrea una modificación importante de los dispositivos legislativos existentes, en la mayoría de los Estados, justifica igualmente la introducción de un nuevo concepto jurídico:

---

<sup>22</sup>La sentencia de la Sala constitucional de Costa Rica, indica que la visión infantocéntrica “establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales”. Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011.

**"el interés del niño.** “Se ha pasado del interés por el niño a la necesidad de inventar un instrumento de medida que se llama el interés del niño.

El matiz es de talla: de una definición negativa: no hacer daño al niño, se ha llegado a una prescripción positiva: asegurarse del bien del niño. Tratándose del concepto en sí mismo del interés del niño, **"el interés superior del niño"** es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción de "bien del niño", después en su forma actual del "interés superior del niño" por la consagración que le ha dado la CDE al art. 3. Es por tanto, un concepto jurídico muy moderno, que apenas ha sido objeto de estudios de manera global, ya que el contenido permanece bastante impreciso y las funciones son múltiples<sup>23</sup>.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos"<sup>24</sup>. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

Entonces el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que sus intereses a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.

**En el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana.<sup>25</sup> El tribunal ha remarcado que** la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. [...].

**En la opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño<sup>26</sup>.** En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo

---

<sup>23</sup>Jean Zermatten “El interés Superior del Niño Del Análisis literal Al Alcance Filosófico” INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE LENFANT. 3-2003

<sup>24</sup>Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid,1995.

<sup>25</sup> Sentencia de 8 de septiembre de 2005.134.

<sup>26</sup> Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos



de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

#### **2-4. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.**

La nueva concepción concentrada en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, específicamente en la Child Welfare and Adoption Assistance Act de 1980 de los Estados de América, que se vio reflejada en la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas de las Naciones Unidas de 1989, y en The Children Act de 1989 en Inglaterra, en donde se destaca la regulación primordial sobre el interés superior de los niños y niñas como primacía de su interés de protección integral en la esfera pública y privada (Cfr. *The Children Act* de 1989, establece que en los casos de crianza de los niños y niñas, el juez tomará en consideración lo siguiente: a) los deseos y sentimientos ciertos del niño o niña respectivo (considerado a la luz de su edad y de su entendimiento); b) sus necesidades físicas, emocionales y educacionales; c) el efecto probable en el o ella, de cualquier cambio en sus circunstancias; d) su edad, sexo, personalidad y cualquier característica de el o ella que el juez considere relevante; e) cualquier daño que el niño o niña haya sufrido o esté en riesgo de sufrir; f) qué tan capaces son su padre y su madre, y cualquier otra persona en relación a quien el juez considere ser relevante la cuestión, para satisfacer sus necesidades; y g) el rango de facultades disponibles para el juez bajo esta ley en el procedimiento en cuestión)

Con base en la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños y niñas de 1989, se establece que el objetivo de la mencionada regulación es la de lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y de la adolescencia con pleno respeto a todos y cada uno de sus Derechos Humanos, estableciendo en el artículo 3º la garantía de aplicar en cada caso el interés superior de los niños y niñas para asegurar el goce y disfrute de sus derechos<sup>27</sup>.

Con este fundamento, se puede establecer el cimiento primordial del interés superior de los niños y niñas, por medio del cual en todo asunto, conflicto o proceso donde se vea inmiscuido un niño, niña o adolescente, se deberá observar el principio. No importa si el asunto que se ventila es administrativo o judicial, o es penal, laboral, civil, mercantil, administrativo, de niñez o familia; lo importante es que todo operador, funcionario o funcionaria deberá anteponer el interés superior de los niños y niñas. Es un criterio que se debe sopesar para resolver conflicto de intereses, debiendo resolver lo que más le convenga al niño o niña.

---

<sup>27</sup> El artículo 3. 1. de la citada Convención Indica: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

## 2-5. FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

### a) **FUNCIÓN:**

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

Se puede decir que la noción del interés del niño, tal como está definida en la CDE, aunque también por ejemplo en la Convención de la Haya sobre la adopción internacionales, es una noción que tiene dos funciones "clásicas" el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución)<sup>28</sup>. Sin embargo, si bien estas son las más mencionadas, en este apartado desarrollaremos otras funciones que también amerite su desarrollo.

- **CRITERIO DE CONTROL:** el interés superior del niño sirve aquí para velar a que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado. Es todo el dominio de la protección de la infancia que está concernida por este aspecto de control.
- **CRITERIO DE SOLUCIÓN:** en el sentido en el que la noción misma del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la buena solución. Esta es la que será elegida puesto que es "en el interés del niño". Es "la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica"<sup>29</sup>.
- **CARÁCTER INTERPRETATIVO.** Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.
- **PRIORIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA INFANCIA: INTERÉS DEL NIÑO E INTERÉS COLECTIVO.** Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del artículo tercero de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

---

<sup>28</sup>FULCHIRON H. De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

<sup>29</sup>PICHONNAZ P., artículo citado, p. 163 (2.1)

- **INTEGRALIDAD, MÁXIMA OPERATIVIDAD Y MÍNIMA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

b) **CARACTERÍSTICAS:**

- 1) Contrariamente a la mayoría de los artículos de la Convención, el art. 3 cf. 1 no constituye un derecho subjetivo como tal; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños y que confiere una garantía a los niños de que su suerte será examinada conformemente a ese principio de interpretación.
- 2) Esta disposición impone sin embargo una obligación a los Estados: la de tomar en cuenta el interés superior del Estado desde que una decisión oficial debe ser tomada.
- 3) Este artículo 3 cf. 1 no puede ser estudiado separadamente. Pertenece a un todo (la Convención de los Derechos del Niño) y funda un nuevo estatuto: el niño sujeto de derecho. Esta dependencia confiere a este concepto una dimensión particular, en particular si se le enlaza al principio de no-discriminación (art. 2 CDE) y a la obligación de tomar en cuenta la palabra del niño (art. 12 CDE).
- 4) El concepto del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación. La jurisprudencia va también, partiendo del estudio de casos, a aportar soluciones aplicables a otras situaciones o al conjunto de grupos de niños. Se debe confiar en quién debe decidir<sup>20</sup>. Como en su tiempo, el concepto de criterio de discernimiento (código criminal revolucionario de 1791) había también sido precisado por sus criterios y por la jurisprudencia.
- 5) El criterio del interés superior del niño relativo al tiempo y al espacio: al tiempo ya que él es dependiente de conocimientos científicos sobre la infancia y sobre la preeminencia de una teoría

dada en un momento determinado; relativo al espacio, ya que este criterio debería tomar en cuenta las normas válidas en un país dado o en una región dada.

6) La noción de largo plazo<sup>22</sup> debería ser una noción que permitiera afirmar mejor que lo visado en la aplicación del interés superior del niño no es la situación hic y nunc, sino más bien la situación del niño, en la perspectiva de su futuro. Por definición, el niño evoluciona; en consecuencia, su interés debería separarse de la ley del "todo enseguida", para privilegiar una visión de futuro. En el momento en el que se escuche al niño sobre sus aspiraciones en el marco del artículo 12 CDE, hay que estar atento a este aspecto de exploración.

7) La noción del criterio del niño es evolutiva, ya que efectivamente los avances del conocimiento continúan y que no han pasado más de 13 años después de la adopción de la Convención. La doctrina y la jurisprudencia deberían por lo tanto ayudar a desarrollar mucho esta noción.

8) El criterio del interés del niño es subjetivo en un doble nivel. "Se trata en primer lugar de una subjetividad colectiva, la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, que tiene una imagen del interés del niño: educación del niño en tal o tal religión por ejemplo o la denegación de todo "el exceso" de la práctica religiosa,... Se podría tomar como ejemplo la asistencia educativa y los "modos" que ha podido conocer (que se trate del mismo tipo de medidas que tomar o de la denegación de toda pena de prisión, casi "evidente" ayer pero que comienza hoy a ser contestada... en el nombre del interés del niño").

9) Subjetividad personal

El interés del niño está también marcado por una subjetividad personal que se manifiesta en un triple nivel.

- Subjetividad en primer lugar de los padres: ¿qué padre no pretende actuar en el interés del niño aunque parezca empujado por consideraciones sobre todo egoístas? (los jueces de divorcio lo saben muy bien).
- Subjetividad del niño igualmente: el problema surgió en particular cuando se tomó en cuenta el parecer o los deseos del niño, ya que si el interés del niño no se reduce a la concepción que tienen los padres, no corresponde tampoco necesariamente a la imagen que el niño tiene de sí mismo.
- Subjetividad en fin del juez, o de la autoridad administrativa investida del poder de toma de decisión, ahora bien cada uno sabe aquí como esta subjetividad es

fuerte (o en todo caso el riesgo de subjetividad), aunque la decisión pretenda asentarse sobre un análisis "científico de la situación." Estas características del interés del niño muestran a la vez la flexibilidad y la riqueza de este criterio y de sus debilidades. No estando definido de manera precisa, siendo relativo al tiempo y al espacio y conteniendo una buena dosis de subjetividad, este concepto podría vaciar el sentido de los derechos del niño, hasta revelarse contraproducente, es decir privilegiar el interés del Estado o de la familia en detrimento del niño. Esto es cierto y las críticas han sido (y continúan siendo) numerosas contra la imprecisión del criterio y la ligereza del concepto.

Digamos, en su defensa, que presenta la ventaja de ser amplio y flexible y de poder adaptarse (relatividad al tiempo y al espacio) a las diferentes culturas, socioeconómicas, de sistemas jurídicos diferentes. Puede ser admitido en todos los sitios y sirve a todos. Es "la criada" de la Convención.

## **2-6. ELEMENTOS FUNDAMENTALES PARA ALCANZAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y NIÑAS**

**Este apartado consideramos que es de trascendencia** especialmente, por los criterios y técnicas que todo juzgador o funcionario público debe esgrimir para garantizar que su resolución lleve consigo los elementos indispensables para viabilizar el ejercicio de un verdadero interés superior de los niños y niñas. Indudablemente la solución no será fácil, pero la idea que se tiene es la de posibilitar un acercamiento sustancial e inevitable para garantizar una resolución que encuadre en el esquema filosófico que se pretende en la propia Convención Internacional y en las Leyes especializadas de la niñez y adolescencia<sup>30</sup>

Como lo expuse, para establecer el interés superior de los niños y niñas se hace necesario estudiar y considerar el caso concreto, para luego analizar cada uno de los factores que puedan incidir en determinar lo que más le convenga al niño o niña.

A raíz de ello, se hace indispensable establecer tres puntos concretos para lograr alcanzar los fundamentos teleológicos del principio: la capacidad de los niños y niñas, su entorno familiar y social, y la predictibilidad. Con estos tres elementos se puede establecer el contenido esencial para alcanzar el interés superior de los niños y niñas, los cuales tienen que estar presentes y tratar de ser desarrollados en cada hecho particular. Todo juzgador o funcionario público que tienda a velar por el interés superior, deberá analizar el caso y tratar de encontrar los elementos anteriormente indicados.

**Por ello** es importante destacar la visión infantocéntrica en el plano del interés superior, la cual deberá perdurar en toda resolución y decisión que afecte directa e indirectamente a niños o niñas. Para que las autoridades indicadas puedan establecer los criterios generales, se ha hecho necesario determinar los siguientes contenidos esenciales del interés superior<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> En Guatemala se cuenta con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto del Congreso número 27 2003, vigente desde el año 2003.

<sup>31</sup> LÓPEZ-CONTRERA, R.E. (2015) "Interés Superior de los Niños y Niñas: definición y contenido". Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51-70.

## 1) EXPRESIÓN Y DESEOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

La capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez independiente de su edad, puede ejercer sus derechos y definir sus deseos; en el caso de carecer de madurez suficiente, el niño o niña podrá ejercer sus derechos y deseos de expresión con la ayuda de sujetos expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar el verdadero deseo del niño o niña.

Con lo anterior, se hace necesario instituir que más importante es hacer referencia a la madurez y capacidad de los niños y niñas en cada caso particular, que imponer una edad generalizadora para todos los casos en general. Lo necesario en cada situación concreta es determinar, a través de un equipo de sujetos expertos (psicólogos y psicoterapeutas), la madurez particularizada de los niños, niñas y adolescentes.

Con lo anterior, es necesario contar con psicólogos y psicólogas, psicoterapeutas u otra clase de profesionales que puedan determinar y apreciar la madurez de los niños y niñas para poder conocer y evaluar su opinión. En la actualidad, se le da muy poca relevancia a esta clase de expertos, pero se hace necesario partir de que constituyen un elemento indispensable para determinar la madurez u otra circunstancia que pueda afectar la opinión de los niños y niñas. Por otra parte, es muy importante resaltar lo que nos indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que un niño o niña no deberá ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, particularmente cuando se investigan acontecimientos dañinos para él o ella, derivado de que al escuchar le puede resultar difícil, además de causarle daños traumáticos<sup>32</sup>.

Para establecer la capacidad natural de los niños y niñas, se hace indispensable tomar en consideración lo relacionado con la autonomía progresiva como derecho inalienable que todo niño o niña tiene, toda vez que esta permite ejercer derechos y asumir obligaciones de conformidad con la evolución de sus facultades psíquicas; de ahí que la capacidad natural del sujeto menor de edad depende de su capacidad paulatina de ejercer por sí sus derechos. **Y ponemos en énfasis en el trabajo importante el trabajo de los profesionales** (psicólogas, psicoterapeutas u otra clase de profesionales) puesto que en este proceso se pueden presentar algunos síndromes como por ejemplo.

- **Síndrome de Alienación Parental:** Consiste en un proceso por medio del cual uno de los progenitores (el padre o la madre) realiza estrategias personales y egoístas, donde logra transformar la conciencia y derecho de sus hijos e hijas, impidiéndole, obstaculizándole y destruyéndole los vínculos de los niños y niñas con el otro progenitor y demás familiares<sup>33</sup>.
- **Versión del Síndrome de Estocolmo:** Consiste en una versión del síndrome de personas secuestradas por sus secuestradores, donde se logra un grado de afectividad entre el agredido o agredida con su agresor o agresora, hasta impedir cualquier tipo de intervención policial y judicial<sup>34</sup>.
- **Padrectomía (Síndrome del padre destruido):** Consiste en la extracción de la figura paterna de la mentalidad de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual

---

<sup>32</sup> Cfr. Sentencia del caso Karen Atala vs Chile de fecha 24 de febrero de 2012.

<sup>33</sup> Este síndrome de Alienación Parental (SAP) fue instituido por Richard Gardner,

<sup>34</sup> Torres, 2009 y López-Contreras, 2008, p. 61.

se produce la pérdida total o parcial de los derechos del padre o madre ante sus hijos e hijas. En muchas ocasiones se logra establecer el presente síndrome, por la separación o divorcio del padre y la madre, en donde uno de ellos logra extirpar la afectación de los niños y niñas hacia el otro, produciendo una creencia natural de la inexistencia del progenitor o progenitora, concibiéndolo como innecesario. (aquí pones el tema de que la madre viene hablando que le padre se fue con otra mujer, menor que ella)

Es de este sentido la Corte IDH en el **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**.<sup>35</sup> resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

Por su parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

Sin embargo, el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña. [...].

**Nos es de suma importancia también remarcar que** la manifestación del deseo del menor no siempre coincide con su propio interés; en estos casos, se hace necesario determinar si su actitud deviene de alguna condición caprichosa, del desconocimiento de otro entorno o de una alienación parental. Es en este ámbito donde los profesionales deben intervenir de manera objetiva, para brindar un panorama conciso y determinante al administrador de justicia.

---

<sup>35</sup> Sentencia de 24 de febrero de 2012.

## 2) ENTORNO FAMILIAR Y SOCIAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

Se refiere al conjunto de circunstancias personales, familiares, sociales, educativas, morales, culturales, etc., de las que se rodea el niño, niña o adolescente. Es necesario advertir cada una de estas circunstancias antes de tomar cualquier decisión, puesto que el niño o niña tiene pleno derecho de gozar y disfrutar su vida dentro de un adecuado entorno familiar, social, educativo y cultural. En cualquier caso particular, se debe hacer una ponderación de cada uno de los derechos con que cuenta el niño o niña, para así tomar una decisión y agenciarle todos y cada uno de sus derechos, tomando en cuenta su entorno y el ambiente que más le favorezca para el desarrollo de su personalidad. El objeto es proporcionarle al niño o niña un entorno familiar y social más acorde y de conveniencia al niño, niña o adolescente, por lo que el juzgador o juzgadora deberá advertir, sopesar y determinar el ambiente que más le convenga al sujeto menor de edad para el desarrollo pleno de su personalidad.

Por lo tanto, para determinar el mejor entorno familiar y social para el niño, niña o adolescente, se hacen indispensables tres elementos:

- velar por una vida larga, saludable y afectiva.
- velar por adquirir conocimientos.
- tener acceso a los recursos necesarios para disfrutar de un nivel de vida decoroso.

Por lo que, si no se dispone de esas opciones esenciales, muchas otras oportunidades permanecerán quebrantadas.

Otro aspecto de suma importancia que amerita mencionar es que el concepto de familia, debe ser abarcado desde una perspectiva amplia, no solo reduciendo a la unión de madre, padre e hijos, es así que en el caso **Forneróne hija Vs. Argentina**<sup>36</sup> Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas. En la misma línea la **Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**<sup>37</sup> ha remarcado además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia

---

<sup>36</sup> Sentencia de 27 de abril de 2012.

<sup>37</sup> Resolución de 19 de agosto de 2014.



no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos.

### 3) PREDICTIBILIDAD

Consiste en tratar de predecir la situación o condición futura de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso concreto, por lo que en toda decisión judicial o administrativa se deberá valorar las condiciones futuras que sopesarán sobre ellos y ellas. El principio del interés de los niños y niñas prevé una actuación en el presente para establecer los resultados futuros a su favor, en donde se tiene que predecir, con visión expectante, su futuro, destacándose la predictibilidad para alcanzar el mejor desarrollo integral. La doctrina anglosajona se desarrolla a través de la predictibilidad, la cual ha obtenido frutos importantes, ya que estima la idea de que los padres, madres, responsables, tutoras o tutores, deben actuar conforme a lo que el niño o niña, cuando llegue a ser adulto, considerará que hubiese sido lo mejor<sup>38</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia *los Niños de la Calle vs Guatemala*, ha dejado establecida la necesidad de determinar, en cada caso concreto, el mejor futuro de los niños, niñas y adolescentes, **con base en la predictibilidad**; así lo expuso: “todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se

Se desarrolle en su beneficio y en de la sociedad, a la que pertenece<sup>39</sup>”

Por tal razón, se hace ineludible determinar con base en estudios serios, el mejor futuro de los niños y niñas, garantizándole, cuando crezca, su satisfacción de conocer que fue la mejor decisión que se haya tomado en su beneficio.

## 2-7. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Principio del Interés Superior del Niño, enunciado por el artículo 3º de la Convención y recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano<sup>40</sup>, preconiza que todas las medidas concernientes a los “niños” a ser adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como suprema consideración su “interés superior”.

---

<sup>38</sup>Diez-Picazo, 1984, p. 173, De Lama, 2006, p. 98, Zermatten, 2003, p. 14. En la obra citada (p. 14), Zermatten, indica que “(...) la toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas. Esto parece particularmente importante en un dominio la infancia donde las situaciones por definición evolucionan rápidamente y donde parece ciertamente necesario actuar en el momento, aunque preservando, tanto como sea posible, el porvenir”.

<sup>39</sup>Villagrán-Morales y otros vs. Guatemala, 1999.

<sup>40</sup>Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente. En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general, y con mayor razón a la especializada en infancia, que las decisiones a adoptarse tengan como sustento dicho interés superior, independientemente de los intereses de los padres; sin embargo, cabe preguntarnos, ¿existen límites para la aplicación de dicho Principio?

Existen quienes lamentan que la Convención lo recogiera, porque amparados en el ‘interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra” (p. 108).

Como es de advertir, la reflexión alude a decisiones jurisdiccionales que sin mayor justificación y con la sola invocación del Principio del Interés Superior del Niño “resuelven” la litis, vulnerándose de esta forma la seguridad jurídica y la tutela procesal efectiva; la seguridad jurídica “(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad (...)”.<sup>41</sup>

El interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor” (p.109).

Vale decir que el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño.

Por tanto, aquellas decisiones en las que únicamente se menciona el Principio del Interés Superior del Niño como frase “cliché” o “plantilla”, sin sustento, no resuelven un problema, sino que lo agravan, por cuanto al constituir un vicio procesal que afecta el deber de motivación de resoluciones judiciales,<sup>42</sup> acarrea la nulidad del fallo.

En ese sentido, corresponde a los operadores de justicia garantizar el respeto y observancia del Principio del Debido Proceso, de tal forma que los derechos que lo conforman: defensa, producir prueba y que esta sea debidamente valorada, obtener una sentencia motivada y fundada en derecho, doble instancia, igualdad procesal, etc., sean plenamente ejercidos por las partes.

Ahora bien, resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia del Perú por el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación N° 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente:

---

<sup>41</sup> Fundamento jurídico 3 de la Sentencia N° 0001/0003-2003 AI/TC. Caso ACUMS.

<sup>42</sup> Conforme a los artículos 139° numeral 5) de la Constitución Política del Estado, 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 122° incisos 3) y 4) del Código Procesal Civil

En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado.

Flexibilizar implica que el Juez que conoce de un proceso en el cual se encuentra involucrado un niño debe partir por internalizar que el caso sometido a su conocimiento debe ser considerado como “problema humano” y que por ende merece especial atención y consideración.

El Código de los Niños y Adolescentes incorpora dicha obligación en el artículo X de su Título Preliminar.<sup>39</sup> La ratio legis de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la litis, en el reconocimiento expreso de su derecho a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral.

De acuerdo con lo expresado, cuando la Corte Suprema alude que en los procesos de familia los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, básicamente se refiere a que debe entenderse que dichos procesos, por su especial naturaleza, no pueden estar sujetos a normas estrictas o trabas que impidan administrar justicia desde la perspectiva de la solución a un problema humano, más aún el rol tuitivo que corresponde al propio juzgador.

Debemos recordar que la Constitución Política del Perú en su artículo 4° prevé que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

El dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2° de la Carta Fundamental<sup>43</sup> y el artículo 1° del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

Al desarrollar los alcances del mencionado artículo 4° de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar lo siguiente:

(...) Que, dentro del orden de prelación y jerarquías existente al interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en

---

<sup>43</sup>Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...)

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

situación de abandono, que promover la seguridad como valor aislado, pues independientemente de que tal dispositivo reposa directamente sus fundamentos en el artículo 1° de la Norma Fundamental y es, por consiguiente, rigurosamente tributario del principio “Dignidad de la Persona”, a la larga, del cumplimiento de un dispositivo, depende, en los hechos, la eficacia y vigencia del otro. No es posible, que un Estado proclame la Seguridad Ciudadana como valorpreciado de hoy cuando alimenta las condiciones de su propia alteración a futuro. Si una colectividad permite, de espaldas a su propia realidad, que la desprotección a la niñez se solvente con actitudes de indiferencia crónica, lo único que engendra son las condiciones para que la seguridad que hoy proclama como bandera, no vaya más allá de su propia existencia, como si el futuro de sus descendientes, paradójicamente la seguridad de ellos, no le interesara en lo absoluto (...).<sup>44</sup>

## 2-8. VISIÓN INFANTOCÉNTRICA VS. VISIÓN ESTADO O PATERNOCÉNTRICA

Para resolver la problemática de la niñez y adolescencia se hace indispensable, tal y como lo dije anteriormente, que los juzgadores y juzgadoras tengan presente la visión infantocéntrica, la cual significa posicionarse exclusivamente dentro de la esfera de los niños y niñas, alejándose de cualquier otro ámbito que pueda incidir en la toma de decisiones. En otras palabras, el juzgador o juzgadora deberá observar únicamente los factores que puedan incidir en el beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Dentro de esta visión, se garantiza que los niños y niñas puedan obtener resoluciones que solamente a ellos les convenga. Se hace posible excluir sentimientos, deseos, caprichos y ventajas de las personas mayores, aunque se tratase de su padre y su madre biológicos o adoptivos, o de la familia ampliada.

**Por lo contrario** la visión estatocéntrica es la visión contraria, toda vez que con dicha esfera se estaría privilegiando los intereses estatales y gubernamentales, dejando a un lado la visión pro infantil. En ese sentido, se estaría fomentando la preeminencia de aspectos formales, reglamentarios, y de políticas de Estado que en muchas ocasiones son contrarias a los intereses, beneficios, deseos y al mejor futuro para el niño o niña.

En cuanto a la visión paternocéntrica, esta es de igual forma una órbita exclusivamente donde se estaría privilegiando los deseos, beneficios de los padres, de las madres o de la familia ampliada, lo que en algunas ocasiones tiende a afectar los beneficios y futuro de los niños y niñas.

El artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. En el **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**.<sup>45</sup> Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia

---

<sup>44</sup>Sentencia N° 0298-96-AA/TC. Lima. Caso Blanca Lucy Borja Espinoza.

<sup>45</sup> Sentencia de 24 de febrero de 2012. 109.

### III ANALISIS DEL EXPEDIENTE

#### 3-1. SOBRE LA DEMANDA.

Conforme a nuestro diseño procesal civil, la demanda es aquel instrumento de materialización del derecho de acción, que debe presentarse necesariamente por escrito y respetar la forma establecida en el artículo 130° del Código Procesal Civil (en adelante CPC), además debe ser firmada por el recurrente y su abogado (defensa cautiva), y reunir los requisitos de admisibilidad previstos en los artículos 424° y 425° del CPC.

Del análisis formal y sustancial de la demanda, se advierte que se ha cumplido con la formas (artículo 130° CPC), no se observa algunas deficiencias y errores en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad (artículos 424° del CPC), exposición del petitorio, los fundamentos facticos y jurídicos, el ofrecimiento de los medios probatorios, y la vía procedimental, conforme pasare a desarrollar:

- En cuanto al petitorio, se verifica que ha sido adecuadamente según lo establecido por el CPC.
- En cuanto a la fundamentación fáctico, se evidencia, eficiencia en la construcción de los hechos constitutivos esenciales y secundarios, indispensable para conectar el tema probandum y el tema decidendum, han sido correctamente estructurados.
- En cuanto a la fundamentación jurídica, se encuentran debidamente enumerados y transcrito literalmente los dispositivos normativos en los que sustentan la demanda, sin bien la fundamentación jurídica debe contener una explicación sucinta, razonada de su aplicación al caso submateria para efectos de establecerse de qué manera las situaciones fácticas expuestas, encuentran correlato en los presupuestos contenidos en las normas respectivas, esto se evidencia progresivamente en la medida que se va desarrollando la demanda.
- En cuanto a la vía procedimental, es correcta recurrir AL PROCESO ÚNICO, que es establecido por el nuevo código del Niño y Adolescente ley N° 27337.
- Con respecto del ofrecimiento de los medios probatorios se observa que:
- Los medios probatorios ofrecidos expresan la finalidad que busca acreditar dichos medios probatorios, esto es, la custodia y tenencia de los menores.

### **3-2. DE LA CALIFICACION DE LA DEMANDA.**

Que de la calificación liminar de la demanda, tenemos que si bien mediante Resolución N° 01 se observó algunos vicios de inadmisibilidad, como es, la omisión de adjuntar un juego de la demanda, y el arancel judicial de notificación judicial para poner el conocimiento al Ministerio Público, pero sin embargo esto se subsanó con el escrito del 13 de agosto del 2015.

Que, luego de subsanadas las observaciones, se realizó positivamente la calificación liminar de la demanda, y en el presente caso en concreto se han cumplido con los requisitos formales que establecen los artículos 130°, 424° y 425° del CPC, y no se encuentren afectadas de las causales de inadmisibilidad e improcedencia a que se refieren los artículos 426° y 427° del CPC; y en consecuencia se ha resuelto admitir la demanda con la resolución N°02, posteriormente se corre traslado a la demandada.

### **3-4. SOBRE EL SANEAMIENTO DEL PROCESO.**

Que, en atención a que el Saneamiento Procesal es un filtro esencial para evitar que el proceso carezca de algún presupuesto procesal que lo invalide o esté privado de alguna condición de la acción, lo cual impide al Juez resolver sobre el fondo de la controversia.

Mediante escrito 03 de fecha 05 de enero de 2016, siendo que la demandada con la debida notificación y no contestando a esta, el demandante, solicitó la declaración de rebeldía de la demandada.

En atención a ello, mediante Resolución N° 03 de fecha 11 de enero de 2016, se advirtió que la demandada había sido notificada válidamente con la demanda, anexos y auto admisorio, y siendo que a la fecha no había procedido a contestar la demanda dentro del plazo de ley, se resolvió: Declarar rebelde a la demandada, y de conformidad al numeral 1 del artículo 465° del Código adjetivo, se declaró saneado el proceso y se señaló fecha para la realización de la AUDIENCIA ÚNICA.

### 3-5. DE LA AUDIENCIA ÚNICA, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.

Seguidamente, la segunda etapa procesal, es la Audiencia única, la misma que es una forma anticipada de concluir un proceso con declaración de fondo, para efectos de que las partes pueden conciliar (llegar a un acuerdo) en cualquier etapa del proceso, incluso antes de que se expida sentencia en segunda instancia.

Con fecha 04 de marzo del año 2016, se llevó a cabo la Audiencia única. luego del llamado de ley, se dejó constancia de la incomparecencia de la demandada CISTERNA OSORIO, ANA HORTENSIA. Así, en el presente caso, resultó correcta la actuación del juzgador, quien decidió que en atención a la incomparecencia de la demandada y a la naturaleza de la acción, resultaba imposible propiciar fórmula conciliatoria.

Posteriormente, al haberse declarado la imposibilidad de la conciliación se pasó a la en la siguiente fase de la audiencia, que es la fijación de puntos controvertidos, esto es, determinar específicamente cuales son los puntos que van a ser materia de probanza (hechos sobre los cuales existe discrepancia entre las partes), entre ellos no deberán considerarse aquellos hechos admitidos por una parte o reconocidos por la otra en la demanda y la contestación de la demanda respectivamente, ni tampoco hecho que no tienen relación con la materia controvertida, ni hechos de público conocimiento o notoria evidencia, ni aquellos que se encuentren reconocidos en las normas legales, sino sólo aquellos sobre los cuales las partes hayan discrepado a través del proceso.

En cuanto a los puntos controvertidos, del análisis del presente caso, considero correcto los puntos controvertidos fijados por el juzgador, que son:

- **PRIMERO:** *Determinar si al demandante PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO, tiene el derecho de demandar el Reconociendo de la tenencia y custodia de sus menores hijo. RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA de 16 años de edad y de MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA de 3 años.*

- **SEGUNDO:** *Determinar si a la demandante PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO, reúne las condiciones morales y materiales para para otorgarle el reconocimiento de la tenencia y custodia de sus menores hijos RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA de 16 años de edad y de MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA de 3 años.*
- **TERCERO:** determinar si corresponde fijar el régimen de visitas a favor del padre que no ejerza la tenencia de los menores y si este se encuentra al día con los pagos de las pensiones alimenticias de los menores, materia del proceso.

Seguidamente, la última etapa, de la audiencia llevada a cabo, fue el saneamiento probatorio, el cual consiste en examinar si los medios probatorios tienen eficacia para probar la materia controvertida, por lo cual también el Juez dispondrá que medios probatorios se van a actuar, declarando en algunos casos su calidad de impertinentes.

Así, del análisis del caso, considero correcto la admisión de los medios probatorios del demandante. Por otro lado, resulta correcto que, en cuanto a la demandada, en razón de su calidad de rebelde no se admitió medio probatorio alguno para efectos de su actuación.

### 3-6. AUDIENCIA DE PRUEBAS.

MEDIOS PROBATORIO DE OFICIO: el juez vio necesario presentar con precisión algunos exámenes, para considerarse prueba, de este modo poder dictaminar una resolución conforme a derecho, es así que fue pertinente solicitar:

- **DECLARACIÓN:** del demandante del demandante y demandad en la audiencia complementaria a programarse.
- **EVALUACIÓN PSICOLÓGICA:** del demandante PENAS GAMARRA, CARLOS ALBERTO y de los menores RODRIGO JUNIOR PENAS CISTERNA de 16 años de edad y de MATÍAS SANTIAGO PENAS CISTERNA de 4 años.
- **VISTA SOCIAL.** En el domicilio de la demandada CISTERNA OSORIO, ANA HORTENSIA.



En cuanto a esta etapa procesal, fue realizado de manera correcta, respetando las garantías procesales fundamentales, y sobre todo se procedió a efectuar las correcciones pertinentes de los errores advertidos.

### **DE LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA.**

Con fecha 27 de enero del 2017, se inició la Audiencia Complementaria, dejándose constancia de la concurrencia de las partes, así como de los testigos ofrecidos.

Seguidamente, se llevó, en estricto, la etapa de Actuación de los Medios Probatorios:

C) Del Demandante:

- **EVALUACIÓN PSICOLÓGICA:** al ítem, 5 que se realizará a doña ANA HORTENSIA CISTERNA OSORIO.

D) MEDIOS PROBATORIOS DE OFICIO.

la facultad del Juzgador de hacer uso de la prueba de oficio, resulta en merito a que los medios probatorios sean insuficientes para formar su convicción, mas no para subsanar errores de las partes y/o reemplazarlas en su carga probatoria, por lo cual creemos que esta actitud del juez es pertinente, necesario y oportuna.

### **3-7. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Con respecto a la redacción formal de la sentencia, por un lado, tenemos que ésta cumple mayormente con los requisitos que establece el artículo 122° del CPC, ya que se advierte lo siguiente: En la sentencia se indica el lugar y fecha en que se expiden, se indica el número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden y en la sentencia se señala que pertenece a la resolución número doce, por tanto, sigue con la secuencia cronológica del expediente. En la sentencia se expresa clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. También se expresa con respecto a la condena en costas y costos; asimismo, al final de la sentencia se aprecia la suscripción del Juez y del auxiliar jurisdiccional respectivo.

Asimismo, por otro lado, tenemos que según el artículo 119° del CPC señala que: “En las resoluciones y actuaciones judiciales no se emplean abreviaturas. Las fechas y las cantidades se escriben con letras” en el presente caso vemos que cumple todo lo establecido por el artículo citado

Finalmente, en general consideramos correcta los criterios asumidos y la valoración de la prueba, asumidos por el Juzgador en el presente caso.

### **3-8. DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

Conforme a nuestro ordenamiento procesal, con el recurso de apelación se busca obtener el examen de una resolución por el órgano jurisdiccional superior, su objetivo es que esa resolución sea anulada o revocada total o parcialmente. Asimismo, para su admisión y procedencia, se debe interponer en el plazo previsto para cada vía procedimental ante el Juez que expidió la resolución, se debe precisar y fundamentar el agravio e indicar el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, y acompañar la tasa respectiva.

En el presente caso, siendo que la sentencia declaro fundada la demanda, la demandada en ejercicio legítimo de su derecho a la impugnación, formulo Recurso de Apelación.

En cuanto a la pretensión impugnatoria indica la parte demandada que se revoque la Resolución recurrida, siendo precisa esta indicación, toda vez que la norma procesal señala que el examen del órgano superior tendrá como propósito que la recurrida sea anulada o revocada (total o parcialmente). Cabe agregar, que en el presente recurso de apelación si se ha precisado la naturaleza del presunto agravio.

Ahora bien, es oportuno señalar que resulta importante desatacar algunos de los fundamentos expuestos en la apelación, que considero correctos para el debate en segunda instancia:

- No se ajusta a derecho, puesto que dicha resolución no ha tenido en cuenta las pruebas presentadas por la demandada.
  
- Que no he sido demandada en la jurisdicción y en el juez competente del lugar donde vivo y donde vive mi menor hijo, como consecuencia de ello no ha podido responde a la demanda.

- Por otro lado, las pruebas han sido de análisis muy subjetivos.
- Con respecto al **del Código de los Niños y los Adolescentes “el niño deberá permanecer con el progenitor con quien más convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.”** Mi hijo siempre ha vivido conmigo que tiene ahora 6 años.
- Por otro lado, se ha afirmado que he cometido violencia familiar con mi mayor hijo de 18 años (eso fue hace mucho tiempo, en la actualidad ya no es como se expresa).
- Se ha vulnerado mis derechos de madre al pretender quitarme la custodia de mis hijos.

Por tanto, en el presente caso, considero que la decisión del juzgado de conceder el referido recurso, con efecto suspensivo, fue correcta, de conformidad con los artículos 364°, 365°, 366°, 367, 368° inciso 1) y 371° del CPC.

### **3-9. DEL TRÀMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Que mediante DICTAMEN FISCAL N°2257-2017-MP-FN-FSCH a fecha de 14 de noviembre del 2017 que corre a fojas 244 y 245, estando que el mismo fiscal Superior a cargo motivadamente OPINA QUE SE DECLARE NULA LA SENTENCIA APELADA, SE DECLARE INFUNDADA LA DEMANDA Y NULO TODO LO ACTUADO HASTA EL FOLIO 89, todo ello en debida atención a que no se ha llevado a cabo normativamente el debido proceso, estando entre otras causales a que el A QUO indebidamente ha omitido accionar indebidamente lo señalado en la forma taxativamente y clara en el Art. 81 **del Código de los Niños y los Adolescentes** que establece “cuando los padres están separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determinará en común acuerdo entre ellos y **TOMANDO EN CUENTA EL PARECER DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE**”, con aplicación del Art 85° “ el juez especializado debe escuchar la opinión del niño (..) Lo cual indudablemente en este caso se ha violentado constituyendo ello una irrefutable causal de insalvable nulidad, del cual se observa que la defensa de la demandada también invoca el presente dictamen fiscal.

Consideramos correcto que el juzgador de segunda instancia haya acogido el Dictamen Fiscal, sin embargo, no estamos de acuerdo con la valoración que le brinda, del cual en líneas más abajo desglosaremos de manera contundente por qué el juzgador de segunda instancia se equivoca en su resolución.

### 3-10. DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Con respecto a la redacción formal de la sentencia, por un lado, tenemos que ésta cumple mayormente con los requisitos que establece el artículo 122° del CPC, ya que se advierte lo siguiente: En la sentencia se indica el lugar y fecha en que se expiden, se indica el número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden y en la sentencia se señala que pertenece a tan número de resolución, por tanto, sigue con la secuencia cronológica del expediente. En la sentencia se expresa clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Asimismo, al final de la sentencia se aprecia la suscripción de los Jueces y del auxiliar jurisdiccional respectivo. Considerando los fundamentos como:

- 1- Que citando al Art. 85° **del Código de los Niños y los Adolescentes, que precisa que el juez especializado DEBE ESCUCHAR LA OPINIÒN DEL NIÑO, Y EN EL PRESENTE CASO NO HA OCURRIDO.**
- 2- Que la madre es con quien convivió mayor tiempo, en concordancia con el inciso “a” del artículo 84 del Código del Niño y Adolescente.
- 3- Por otro lado, existe duda con respecto a la decisión del niño, ya que el informe social practicado a la demandada, la actitud del niño es más afable a la madre, en tanto que el PROTOCOLO DE LA PERICIA PSICOLÒGICA practicada al menor, este se MANIFIESTA FAVORABLE AL PADRE, y aún que se hayan tomada la pericia psicológica de las partes sin embargo estas no son suficientes para resolver la Litis por ser insuficientes.

- 4- Por ende, se debe citar al menor para que declare ante el juez A QUO, para a continuación resolver sobre el matiz del artículo 84 literal “a” (el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable).
- 5- Falta determinar si el niño en el momento de la custodia de los padres, este cuidado ha sido “MÁS FAVORABLE”
- 6- Se ha acreditado que la madre permanece más con el menor, y el padre se ausenta por motivos de su trabajo, y que en este transcurso dejará encargada la custodia a sus abuelos del menor y al hermano mayor.
- 7- La presencia materna es exclusiva prioridad al interés del padre.
- 8- El juez necesita más pruebas para formar convicción en su decisión.

Por estos fundamentos, dada la insuficiencia de pruebas y por ende, una motivación insuficiente del juez A QUO, el acto procesal no ha cumplido, por lo que se ha incurrido en vicio insalvable de nulidad previsto en el art. 171º del Código Procesal Civil. Reviendo anular la sentencia y de reponer las cosas al estado de que se convoque a una audiencia complementaria, y que el menor pueda declarar en condiciones idóneas.

Finalmente, en cuanto al análisis de fondo, considero incorrecto los criterios asumidos por la Sala Civil, y por tanto no estamos de acuerdo con la decisión, por las siguientes consideraciones:

- I. En primer término considero que es menester realizar toda una fundamentación dogmática, sistemática, puesto que nos encontramos ante un proceso muy especial donde se introduce el INTERÈS SUPERIOR DEL NIÑO, por ende los criterios de a) control b) solución de conflictos c) interpretativo d) integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño; todas estas son sirven para el funcionamiento de y aplicación del “principio superior del niño”, es decir que toda las acciones de los padres de las autoridades o agentes que se relacionen con las interés del niño, deben partir desde una CONCEPCIÓN INFANTOCÉNTRICA, uno

de los jurisprudencias que ha desarrollado mejor es la jurisprudencia de la Sala Constitucional se expresa al respecto que: la visión infantocéntrica “establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales”.

II. Por estar inmerso el “principio superior del niño” en un proceso judicial, es determinante establecer, para alcanzar el interés superior los elementos fundamentales que conforman el interés superior del niño de los cuales son:

**a. EXPRESIÓN Y DESEOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

**b. ENTORNO FAMILIAR Y SOCIAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS.**

**c. PREDICTIBILIDAD.**

- Al respecto sobre el punto “a” y por el pronunciamiento N° 1 del juzgador de segunda instancia, que recoge el fundamento de la demandada afirmando que el menor no ha sido entrevistado por un juez especializado, (pese que se tiene por declaración del menor que desea quedarse a vivir con su padres) sin embargo debemos decir, que anterior a la sentencia de segunda instancia, el menor ha pasado por un examen de carácter científico en este caso por un experto psicólogo, por lo cual fue de manera positiva la valoración del informe y que sirvió para que el juzgado de primera instancia tenga certeza en el momento de sentenciar, además el art, 84 del Código del Niño y Adolescente (CDA) establece que el juez debe escuchar la opinión del niños, sin embargo puede prescindir de esta, puesto que cada caso debe ser evaluado de una manera particular, y en el caso que nos convoca es un caso muy particular, puesto que se está poniendo en un proceso a un niño de tan solo 6 años, es por eso, somos de la postura que en caso de carecer de madurez suficiente, el niño o niña podrá ejercer sus derechos y deseos de expresión con la ayuda de sujetos expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar el verdadero deseo del niño o niña (el cual se llevó de manera correcta en la primera instancia). Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Karen Atalaya VS Chile, ha sido determinante al decir que: en cuanto a que un niño o niña no deberá ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, particularmente cuando se investigan acontecimientos dañinos para él o ella, derivado de que al escuchar le puede resultar difícil, además de causarle daños traumáticos<sup>46</sup>. Si bien es un derecho fundamental del niño ser oído, sin embargo debemos recordar que, este es un DERECHO PROGRESIVO, y no es absoluto, por lo tanto al buscar en consideración lo relacionado con la autonomía progresiva como derecho de todo niño o niña tiene, toda vez que esta permite ejercer derechos y asumir obligaciones de conformidad con la evolución de sus facultades psíquicas; de ahí que la capacidad natural del sujeto menor de edad depende de su

---

<sup>46</sup> Cfr. Sentencia del caso Karen Atala vs Chile de fecha 24 de febrero de 2012.

capacidad paulatina de ejercer por sí sus derechos. continúa la corte y ha reiterado que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor. Similar interpretación se debe dar al artículo 85 de la misma norma: pese a que la opinión de los menores es importante, **la tenencia deberá fijarse evaluando el conjunto de medios probatorios existentes**, a fin de determinar qué es lo que más le conviene al menor, así lo establece la Cas. N° 1961-2012-Lima.

- Es por estos motivos que rechazamos el considerando primero de la segunda instancia, por ende, también al fundamento cuarto no vemos necesario ni convenientes una entrevista directa con el juez.
- Con respecto al fundamento segundo donde establece que la madre es con quien convivió mayor tiempo, en concordancia con el inciso “a” del artículo 84 del Código del Niño y Adolescente, sin embargo esto también la norma establece que “siempre y cuando le es favorable al niño” al respecto la CASACIÓN N° 1303-2016 CAJAMARCA, establece que: “en el proceso de tenencia y custodia, si bien uno de los aspectos a valorar es conque progenitor ha convivido por mayor tiempo el menor, lo más relevante es determinar CÚAL DE LOS PADRES REUNE LAS MEJORES CONDICIONES, SOCIALES Y PERSONALES para garantizar el pleno derecho del hijo, en función al interés superior del niño”. En el presente caso vemos que la madre ya tiene antecedentes penales por maltrato familiar, que el exámenes psicológico no le favorece para ser titular de la custodia de menor, que no cuenta con un trabajo estable, que vive en casa alquilada, y que pretende regresar a su país de origen (Chile) todo esto creemos nosotros que son pruebas firmes que la madre no está en la capacidad de hacerse caso del niño, y mucho menos respetar aquellos parámetros que establece uno de los elementos del principio superior del niño que es el “**ENTORNO FAMILIAR Y SOCIAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS**”, **sobre este aspecto debemos decir que** En cualquier caso particular, se debe hacer una ponderación de cada uno de los derechos con que cuenta el niño o niña, para así tomar una decisión y agenciarle todos y cada uno de sus derechos, tomando en cuenta su entorno y el ambiente que más le favorezca, y permanecer con la madre, por los argumentos esbozados rompería con el principio superior del niño, y si bien se menciona que el padre, tampoco permanece en su vivienda (casa de sus padres) por motivos laborales y que llega en días fijos al mes, sin embargo el hogar donde vive son de sus padres (es decir parte del hogar le pertenece) aparte los abuelos podría cuidar muy bien al niño, como vienen cuidando al mayor de sus hijos, al respecto debemos remarcar que en el caso **Forneróne hija Vs. Argentina**<sup>47</sup> Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. En la misma línea la **Opinión**

---

<sup>47</sup> Sentenciade27de abril de 2012.

**Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**<sup>48</sup> ha remarcado además, es pertinente recordar que “la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, **INCLUYENDO A LOS FAMILIARES MÁS CERCANOS**” Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, es más continúa la opinión consultiva afirmando que además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos, y que muchas veces en la práctica se demuestra que son estos no padres biológicos, lo que mejor cuidado brindan a los nietos. Todo esto esbozado es evidente que tener la custodia el padre sería respetando los parámetros establecido por el principio del interés superior del niño. Al respecto también nuestra Corte Suprema ha desarrollado una interesante interpretación sobre al respecto de una resolución casatoria, la 4710-2006 de Ica, en donde se prefirió a la abuela del menor, antes que a los padres biológicos, respetando siempre lo que más le convenga al menor, si bien en el presente caso no se está solicitando la tenencia por parte de los abuelos, lo que se pretende en este análisis es afirmar de manera contundente que los **ABUELOS TAMBIÉN PUEDEN HACER PARTE DE LA TENENCIA Y CUSTODIA DE LOS MENORES**. Es por este motivo que tampoco estamos de acuerdo con el fundamento segundo de la segunda instancia. Y que esta misma fundamentación acarrearía al fundamento 5to y 6to de la sentencia, al afirmar que Falta determinar si el niño en el momento de la custodia de los padres, este cuidado ha sido “**MÁS FAVORABLE**” y se ha acreditado que la madre permanece más con el menor, y el padre se ausenta por motivos de su trabajo, y que en este transcurso dejará encargada la custodia a su abuelos del menor y al hermano mayor, por lo ya esbozado consideramos que a estos cuestionamientos le corresponde los mismos fundamentos ya desarrollados en líneas anteriores.

- Por otro lado existe se había creado una duda con respecto a la decisión del niño, ya que el informe social practicado a la demandada, la actitud del niño es más afable a la madre, en tanto que el **PROTOCOLO DE LA PERICIA PSICOLÓGICA** practicada al menor, este se **MANIFIESTA FAVORABLE AL PADRE**, y aún que se hayan tomado la pericia psicológica de las partes sin embargo estas no son suficientes para resolver la Litis por ser insuficientes. Al respecto sobre este punto, vemos que tenemos dos medios probatorios de diferente ópticas, una de un carácter social, valorativo, y por otro lado un medio probatorio científico (examen psicológico), al respecto la jurisprudencia y la doctrina siempre se ha inclinado con mayor respaldo hacia los medios probatoria científicos, por brindar mayor credibilidad objetiva, sin quitarle interés a medio probatorio del informe social, no retrocediendo tanto

---

<sup>48</sup> **Resolución de 19 de agosto de 2014.**



debemos afirmar que en la Declaración de 1959 en la última consideración del preámbulo afirma que **“LA HUMANIDAD DEBE AL NIÑO LO MEJOR QUE PUEDE DARLE”**, esta hermosa frase encierra la consumación del “interés superior del niño” se puede interpretar también desde una perspectiva social que en cuanto a la búsqueda del mejor medio probatorio que se le puede ofrecer al menor, es un medio probatorio objetivo, el artículo tercero párrafo primero de la Convención (1998), introduce como requisito obligatorio la ponderación del interés superior del niño, en el proceso de decisión de toda medida que concierna a la niñez, elevando su importancia a una consideración primordial. Para poder decidir lo que más le convenga o favorezca a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Esto último se relaciona con lo que manifiesta la doctrina especializada, en cuanto a la predictibilidad, la cual consiste en establecer “la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las partes concernidas” y es así que entramos a cumplir con el tercer elemento constituyente del principio superior del niño, también es importante añadir que el beneficio de los niños, niñas y adolescentes es prioritario, ya que supone un interés supremo a cualquier otro interés en juego. Este tercer elemento prevé una actuación en el presente para establecer los resultados futuros a su favor, es decir no solo ve el presente del niño, que en este caso, sería lo que se expresa del informe social, sino que se exige que debe ver el futuro del niño, y el que mejor analiza en este aspecto o mayor seguridad nos puede brindar es la prueba científica en este caso el informe psicológico, por ser más objetiva, analizar aspectos más relevantes propias del sujeto de derecho que es el niño, que brinda mayor seguridad, mayor garantía. Por estas consideraciones consideramos que la duda que haya caído la segunda instancia no tendría un fundamento sólido para declarar nula la sentencia de primera instancia.

- En cuanto al considerando 7mo de la sentencia que afirma que La presencia materna es exclusiva prioridad al interés del padre, sin embargo el proceso que se sigue en el presente es sobre los interés superior del niño, y en el caso presente con la afirmación de la segunda instancia se estaría evidenciando una INTERÈS PERSONAL DE LA MADRE (que sin duda es el derecho que ostenta tanto la madre y el padre) sin

embargo con esto se estaría quebrantando el principio del interés superior del niño, que es en fondo el interés primario de todo el proceso. **En el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana.**<sup>49</sup> El tribunal ha remarcado que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. [...] **Entonces el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.**

Es por este fundamento jurisprudencial y doctrinal que, y por lo ya esbozado es que, en la tenencia a cargo del padre, se evidenciaría que el niño puede desarrollarse y tendrá mayor seguridad del disfrute de sus derechos.

---

<sup>49</sup> Sentencia de 8 de septiembre de 2005.134.

## JURISPRUDENCIA.

- **Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana** :El tribunal ha **remarcado que** la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad (**Sentencia de 8 de septiembre de 2005.134**)
- Caso Karen Atalaya VS Chile : en cuanto a que un niño o niña no deberá ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, particularmente cuando se investigan acontecimientos dañinos para él o ella, derivado de que al escuchar le puede resultar difícil, además de causarle daños traumáticos (fecha 24 de febrero de 2012)
- **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.** Resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana (**Sentencia de 24 de febrero de 2012**)
- Caso **Forneróne hija Vs. Argentina**): no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio. (**Sentencia de 27 de abril de 2012**).
- La sentencia de la Sala constitucional de Costa Rica. Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011., indica que la visión infocéntrica “establece que los derechos de las personas menores de edad priman sobre las pretensiones tanto de los progenitores respecto de los derechos para con sus hijos, como de consideraciones estatales.
- Sentencia N° 0298-96-AA/TC. Lima. Caso Blanca Lucy Borja Espinoza. Donde establece que el niño debe ser tratado con la misma dignidad de toda persona.

- Cas. N° 1303-2016-Cajamarca. El peruano 06-03-2017: En los procesos de tenencia y custodia, si bien uno de los aspectos a valorar es con qué progenitor ha convivido por mayor tiempo el menor, lo **más relevante es determinar cuáles de los padres reúne las mejores de las condiciones emocionales, afectivas sociales y personales**, para garantizar el pleno desarrollo del hijo, en función al interés Superior del Niño.
  
- Cas. N° 1961-2012-Lima. El peruano 10-09-2013: pese a que la opinión de los menores es importante, **la tenencia deberá fijarse evaluando el conjunto de medios probatorios existentes**, a fin de determinar qué es lo que más le conviene al menor.
  
- Cas. N° 4710-2006 de Ica. El peruano 30-04-2007: en donde se prefirió la tenencia y custodia a la abuela del menor, antes que a los padres biológicos, respetando siempre lo que más le convenga al menos.
  
- Cas. N° 1738-2000- Callao. El peruano 30-04-2001. P. 7161. “La tenencia es una institución que tiene por finalidad poner al menor bajo cuidado de uno de los padres al encontrarse estos separados de hecho, en atención a consideraciones que le sean más favorables al menor y en busca de bienestar, esto es, teniendo como norte el interés superior del niño, resultando claro que en caso de negarse la tenencia a uno de los padres ella le corresponda al otro”.

## VI. CONCLUSIONES

Tras haber realizado el presente resumen y análisis de un expediente judicial cuya sustentación oral servirá para obtener el Título Profesional de Abogado, puede señalar las siguientes conclusiones:

- 1- El principio del interés superior del niño, al ser un principio reconocido recientemente a través de los convenios internacionales, exige por su carácter especial un análisis más riguroso, amplio y sistemático.
- 2- El principio del interés superior del niño, debe ser entendido como un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que sus intereses a largo plazo serán tenidos en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.
- 3- El Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses.
- 4- El principio del interés superior del niño, permite entender que cuando el menor es víctima de maltratos de cualquier índole, estos merecen una DOBLE PROTECCIÓN: como víctimas y como niños como tal.

- 5- En el presente caso, con la resolución de segunda instancia se ha advertido interpretación errónea, partiendo que solo se ha realizado una valoración literal de lo que se establece en el Código del Niño y Adolescente.
- 6- Se advierte que el juzgador de segunda instancia no conocía por completo los elementos que integran el principio superior del niño, que como hemos desarrollado: **Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes, el entorno familiar y social de los niños y niñas y la predictibilidad. Y que, al desconocer de sus contenidos, su resolución caería en una FUNDAMENTACIÓN APARENTE.**
- 7- Que, en un proceso donde se pone en medio de la Litis el interés superior del niño, creemos que los demás principios, normas, reglas, protocolos y leyes que solo busquen el cumplimiento estricto de las formalidades primando estas sobre el fondo mismo del asunto, todas estas deben flexibilizarse en su aplicación, ya que lo que más interesa en este proceso especial, es ser sumamente estrictos con el cumplimiento y eficacia que el principio superior del niño le brinda a este.
- 8- En el presente caso, el fallo de la segunda instancia confunde **EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CON EL INTERÉS PARTICULAR DE LA MADRE**, es por este motivo que no avalamos su resolución.
- 9- La valoración de las pruebas en este proceso es de manera sistemática y paralela, y no como la segunda instancia ha realizado la valoración, que solo se centra en una supuesta omisión de no haber existido una entrevista del menor con el juez, ignorando todas las pruebas relevantes antes ofrecidas.

- 10- Por otro lado, es necesario precisar, que existe una excepción en lo que concierne a la tenencia, que en el caso que el padre o madre pusiera en riesgo el bienestar del menor, como, por ejemplo, exponerlo a un peligro inminente, entonces, si se tendría que tomar medidas legales urgentes al respecto, en el presente caso, en un supuesto no querido; por los mismos antecedentes de la madre, por el mismo examen psicológico, la madre pondría más en riesgo al menor.
- 11- Para el varón resulta muy arduo lograr una tenencia, por eso recomendamos antes de un litigio preparar el terreno y agenciarse de las pruebas suficientes que puedan inclinar el tema a su favor.
- 12- Con referencia al artículo 85 del Código del Niño y Adolescente: pese a que la opinión de los menores es importante, **la tenencia deberá fijarse evaluando el conjunto de medios probatorios existentes**, a fin de determinar qué es lo que más le conviene al menor.
- 13- La situación de la Madre en estos procesos es distinta parte de una situación de ventaja ya que la ley la prefiere en el caso de hijas mujeres y varones menores (3 años) pero en el devenir del proceso si la otra parte se asesora y también acumulo pruebas puede devenir en un litigio de los más arduos que el derecho contempla, siendo que incluso muchas veces los menores son manipulados y su declaración ante el Juez que le pregunta ¿Con quién quieres quedarte? Puede ser determinante.
- 14- El interés superior del niño debe ser preferido por los jueces, sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores.

15- La resolución que otorga tenencia no crea cosa juzgada ya que atendiendo al interés del niño o adolescente puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas, sin embargo, el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes refiere que la acción puede interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, pero se hace la precisión de que puede ser antes si está en peligro la integridad del niño o adolescente.

16- El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia.



## BIBLIOGRAFÍA.

- Convención sobre los Derechos del Niño 20/11/1989.
- Declaración de los Derechos del Niño 1959
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Organización de los Estados Americanos. “Derecho del Niño y la niña a la Familia, Cuidado Alternativo, Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas”. Doc 54/13. 17 octubre 2013. pp. 313.
- Manual de la Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño. UNICEF-FONDO de las Naciones Unidas Para la Infancia.
- Cillero Bruñol, Miguel (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Emilio García Méndez, Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998) (pp. 80 y ss.). Colombia: Ed. Temis-Depalma.
- AGUILAR, Gonzalo. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, año 6, nº1. 2008. 26pp.
- ALEGRE, Silvana., HERNANDEZ, Ximena. y ROGER, Camille. El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas. SSN 1999-6179. Marzo 2014 pp.30
- Garrido Alvarez, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Anuario de filosofía y teoría del derecho* (7), 115-147.
- Miranda Estrampes, Manuel (2006). La convención frente al desamparo del menor. En Desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España (pp.109 y ss.). Barcelona, España: Edit. Bosch.

- Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1995.
- Dworkin, Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed. 1989.
- LÓPEZ CONTRERAS.R.E. “Interés Superior de los Niños Niñas: definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51-70. 2015
- AMARAL E SILVA, Antonio do, De la Situación Irregular a la Protección Integral: La nueva justicia de los Niños y Adolescentes. En: Consejo de Coordinación Judicial – Unicef, Materiales de Lectura del Seminario Taller Internacional: “El Principio del Interés Superior del Niño en la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección de la Infancia”, diciembre 1997, Lima – Perú.
- MINISTERIO DE Justicia. Los Derechos del Niño en el Perú Actual. Unicef. 1991
- Código del niño y Adolescente ley N° 27337.
- HERRADOR BUENDIA, Felix. “La Política Social de la Familia en la Unión Europea”. En EPISTEME, Revista de la Unidad de Post Grado. Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM. Pags. 145 y stes,. Lima 2008.
- MEZA INGAR, Carmen: “Discriminación Mediante el Derecho” CONCYTEC. Lima 1988.
- Academia de la Magistratura, Educación a Distancia - Material de Lectura: “Derecho de la Infancia”, Parte 1, Año 2000, Lima – Perú.

## JURISPRUDENCIA.

- **Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile.** Resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana (**Sentencia de 24 de febrero de 2012**).
- Caso **Forneróne hija Vs. Argentina** (**Sentencia de 27 de abril de 2012**).
- Caso Karen Atalaya VS Chile (sentencia de del 24 de febrero de 2012).
- Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana (**Sentencia de 8 de septiembre de 2005**).
- Sentencia N<sup>a</sup> 0298-96-AA/TC. Lima. Caso Blanca Lucy Borja Espinoza.
- Cas. N<sup>o</sup> 1303-2016-Cajamarca. El peruano 06-03-2017.
- Cas. N<sup>o</sup> 1961-2012-Lima. El peruano 10-09-2013.
- Cas. N<sup>o</sup> 4710-2006 de Ica. El peruano 30-04-2007.
- Cas. N<sup>o</sup> 1738-2000- Callao. El peruano 30-04-2001.
- La sentencia de la Sala constitucional de Costa Rica. Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011.
- UNITED NATIONS. Treaty Collection [en línea] [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) [Consulta: 13 junio 2014]

**EXPEDIENTE**

**PENAL**

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	v
<b>ABSTRAC</b> .....	vi
<b>DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE</b> .....	vii
<b>I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE</b> .....	01
<b>1.1. Etapa de Investigación</b> .....	01
<b>1.1.1. Investigación Preliminar</b> .....	01
<b>1.1.2 Disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria</b> .....	02
<b>1.1.3. La prisión preventiva</b> .....	04
<b>1.1.4. Apelación de la prisión preventiva</b> .....	07
<b>1.1.5. Audiencia de apelación</b> .....	09
<b>1.1.6. De la conclusión de la investigación preparatoria</b> .....	09
<b>1.2. Etapa Intermedia</b> .....	09
<b>1.2.1. El requerimiento acusatorio</b> .....	07
<b>1.2.2. Audiencia de control acusación</b> .....	14
<b>1.2.3. Auto de enjuiciamiento</b> .....	15
<b>1.3. Etapa de juzgamiento</b> .....	21
<b>1.3.1. Alegatos de Apertura</b> .....	22
<b>1.3.2. Etapa Probatoria</b> .....	24
<b>1.3.3. Alegatos Finales</b> .....	29
<b>1.3.4. La Sentencia</b> .....	34
<b>1.4. Etapa Impugnatoria</b> .....	41
<b>1.4.1 Recurso de Apelación</b> .....	41
<b>1.4.2. Trámite a la Interposición de los Recursos de Apelación</b> .....	45
<b>1.4.3. Sentencia de Vista</b> .....	46

<b>II. MARCO TEÓRICO</b> .....	50
<b>2.1. Delitos Contra el Patrimonio</b> .....	50
<b>2.2. Tipicidad Objetiva</b> .....	50
<b>2.2.1. Acción de Apoderar</b> .....	51
<b>2.2.2. Sustracción del bien</b> .....	52
<b>2.2.3. bien mueble</b> .....	52
<b>2.2.4. Ajenidad</b> .....	53
<b>2.2.5. Violencia y Amenaza</b> .....	54
<b>2.3. Tipicidad Subjetiva</b> .....	55
<b>2.4. Atijuricidad</b> .....	56
<b>2.2.6. Culpabilidad</b> .....	56
<b>2.2.7. Tentativa</b> .....	56
<b>2.2.8. Consumación</b> .....	57
<b>2.2.9. Autoría y Participación</b> .....	58
a) La Coautoría.....	58
b) La Admisión De Participación Delictiva en el Delito de Robo (Agravado) .....	59
<b>2.2.10. Robo Agravado</b> .....	58
<b>2.2.11. Examen de las agravantes según el caso de autos</b> .....	58
a) En Casa Habitada.....	62
b) Durante la Noche o en Lugar “Desolado” .....	63
c) Con el Concurso de dos o más Personas.....	64
<b>2.2.12. Formas de Imperfecta Ejecución</b> .....	65
<b>III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA</b> .....	57
<b>IV. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE</b> .....	60

<b>4.1. Etapa preparatoria</b> .....	63
<b>4.1.1. Diligencias Preliminares</b> .....	63
<b>4.1.2. Formalización y Continuación de la Investigación         Preparatoria</b> .....	64
<b>4.1.3. Prisión Preventiva y Comparecencia con Restricciones</b> .....	62
<b>4.2. Etapa Intermedia</b> .....	64
<b>4.2.1. Auto de Enjuiciamiento</b> .....	65
<b>4.3. Etapa de Juzgamiento</b> .....	66
<b>4.3.1. Auto de Citación a Juicio Oral</b> .....	66
<b>4.3.2. Juzgamiento</b> .....	66
<b>4.3.3. La Sentencia</b> .....	83
<b>4.4. Etapa de Impugnación</b> .....	71
<b>4.4.1 Trámite en Segunda Instancia</b> .....	71
<b>4.5. Sentencia de Vista</b> .....	71
<b>V.CONCLUSIONES</b> .....	73
<b>VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	74

## RESUMEN

El presente informe basado en el expediente en materia penal data sobre el delito de robo agravado – teniendo como imputados a los ciudadanos ORTEGA SERNAQUÉ BENJY CAMILO Y LUIS GOMER MORALES QUINTANA, en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez; delito que es concebido como pluriofensivo, al afectar diversos bienes jurídicos como la Propiedad, la Vida, el Cuerpo y la Salud de las personas, tipo penal en el que, el autor, mediante el empleo de amenaza o violencia sustrae de la víctima su bien patrimonial alejándolo de su esfera de custodia y disponibilidad.

Traemos a colación, dos sentencias contradictorias, siendo criterio de los Jueces de primera instancia, a través de la actividad probatoria, se logra acreditar responsabilidad penal de los acusados, por ende, emite sentencia condenatoria; empero para el Colegiado Superior, con los medios probatorios, no logra convicción de dicha responsabilidad, manteniéndose incólume el principio de presunción de inocencia, por lo que revoca la sentencia recurrida y reformándola absuelven de la acusación fiscal a los comparecientes. Fundamentos, que se analizaran en la secuela respectiva, conforme a los fines del informe que es el de sintetizar y analizar el desarrollo del proceso y así como conocer a profundidad cada una de las etapas, observando la existencia o no de falencias, vacíos, contradicciones y criterios de los magistrados y teniendo en cuenta la normatividad, doctrina y jurisprudencia respectiva.

Estando a lo establecido en el reglamento de Grados y Títulos, el trabajo ha sido dividido en seis partes: Resumen del expediente, Marco Teórico, Jurisprudencia, Análisis del expediente, Conclusiones y Referencias Bibliográficas.

Este trabajo ha sido desarrollado bajo los principios de la dialéctica, asimilando toda contradicción como inspiradores de la evolución del conocimiento.

**PALABRAS CLAVES:** Robo Agravado, Prision Preventiva, Preexistencia del Bien, Sindicacion Directa.



## ABSTRAC

The present report, based on the criminal record, dates back to the crime of aggravated robbery - with the citizens ORTEGA SERNAQUÉ BENJY CAMILO and LUIS GOMER MORALES QUINTANA charged to the offense of Juan José Espinoza Gutiérrez; offense that is conceived as a multi-offensive, by affecting various legal assets such as Property, Life, Body and Health of people, criminal type in which, the author, through the use of threat or violence subtracts the victim from his good patrimonial away from it is its sphere of custody and availability.

We bring up, two contradictory sentences, being the criterion of the judges of first instance, through the probative activity, it is possible to prove criminal responsibility of the accused, therefore, it issues a conviction; However, for the Higher Collegiate, with the evidentiary means, it does not achieve conviction of said responsibility, the principle of presumption of innocence remaining intact, so that it revokes the contested judgment and reforming it acquit the appearing prosecutor. Fundamentals, which will be analyzed in the respective sequel, according to the purposes of the report, which is to synthesize and analyze the development of the process and to know in depth each of the stages, observing the existence or not of shortcomings, gaps, contradictions and criteria of the magistrates and taking into account the respective regulations, doctrine and jurisprudence.

Being in accordance with the regulations of Degrees and Titles, the work has been divided into six parts: Summary of the file, Theoretical Framework, Jurisprudence, Analysis of the file, Conclusions and Bibliographic References.

This work has been developed under the principles of dialectics, assimilating all contradictions as inspiring of the evolution of knowledge.

**KEY WORDS:** AGGRAVATED THEFT, PREVENTIVE PRISON, PROPERTY PREXISTENCE, DIRECT TRADE UNION

### DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL

**N° DE EXPDIENTE** : 2790-2014-0-1301-JR-PE-02.

**ESPECIALIDAD** : PENAL

**PROCESO** : COMUN

**DELITO** : ROBO AGRAVADO

**IMPUTADOS** : BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE  
LUIS GOMER MORALES QUINTANA

**AGRAVIADO** : JUAN JOSÉ ESPINOZA GUTIÉRREZ

**JUZGADO** : JUZGADO PENAL COLEGIADO  
SUPRAPROVINCIAL DE HUAURA

## I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

### 1.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN:

#### 1.1.1 HECHOS QUE MOTIVARON INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.

##### **a) DENUNCIA DE PARTE**

Se desprende que la noticia criminal surge, a raíz de la intervención de los miembros de la unidad de Serenazgo, quienes, intervienen a los imputados, **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA**, a quienes se le atribuye haber participado conjuntamente en el Delito de Robo Agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, hecho suscitado aproximadamente a las 03.00 horas del día **13 de octubre del 2014**, en circunstancias que el citado agraviado se desplazaba por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza – Barranca en donde se encontró con unos homosexuales que estaban en dicha intersección, y se puso a conversar con uno de ellos, tomando luego la calle Pedro Reyes Barboza, a la altura del restaurant central momento que los investigados aparecen corriendo por detrás del citado agraviado, instantes en que fue cogoteado, por el investigado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** (quien vestía casaca de buzo color turquesa con negro y pantalón jean bermuda azul y zapatillas oscuras), quien le jaló violentamente hacia el pavimento, logrando derribarlo, luego, ambos investigados proceden a rebuscar los bolsillos del agraviado, mientras este se encontraba tendido en piso, siendo que el investigado **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** (quien vestía casaca azul con blanco y jean bermuda color plomo desteñido y zapatillas deportivas) logra sustraerle un celular marca Samsung, color azul, Movistar N° 985032441 y S/. 20.00 Nuevos soles, tras lo cual se retiraron caminando por la calle José Gálvez con dirección hacia el norte, momentos en que aparece una camioneta de Serenazgo y en compañía del agraviado logran intervenirlos una cuadra del lugar de los hechos, para luego ser conducidos a la Comisaría de Barranca, junto al agraviado, para efectuar las diligencias o actos de investigación más urgentes y pertinentes.

### 1.1.2 DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

El fiscal formaliza investigación en fecha 13 de octubre del 2014, de conformidad con el artículo 336 del código procesal penal (CPP): que establece que: “si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizo, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria”.

Así mismo el fiscal considera que se ha satisfecho los presupuestos normativos, también manifiesta que existen suficientes elementos de convicción que vinculan a los imputados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA, como** presuntos autores del delito de robo agravado.

El fiscal efectúa la tipificación de las conductas de los imputados y encuadra en el art. 188 (tipo base) con las agravantes establecidas en el art. 188 primer párrafo numerales 2, y 4 del código penal, que como consecuencia jurídica prevé una pena privativa de libertad de no menor de doce ni menor de veinte años.

Producto de las diligencias efectuadas a nivel preliminar se determinan los elementos de convicción que el fiscal considera para para la vinculación de los imputados con el acto ilícito son:

- Informe policial N° 606-2014REG.POL.LIMA-DIVPOL-H-CB/SEINCRI.
- Ocurrencia de calle común N° 478.
- Acta de entrega de detenido y especies por civil.
- Acta de registro personal practicado a los imputados.
- Declaración del agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez

- Declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca.
- Declaración de los imputados.
- Acta de verificación domiciliaria
- Acta de recepción de CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca.
- Acta de visualización de video.
- Inspección técnico policial.
- Certificado médico legal practicado a los imputados.
- Certificado médico legal practicado a la víctima.

La conducta delictiva de los imputados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA**, resultan ser en la condición de coautores del delito de robo agravado, tipificado en el artículo 188° con agravantes previstas en los numerales 2 y 4 del primer párrafo del artículo 189° del código penal.

En consecuencia, el fiscal dispone la formalización y continuación de la investigación preparatoria, por el plazo de 120 días, tiempo necesario para practicarse las diligencias que permitan el mejor esclarecimiento de los hechos.

- Se recabe la declaración ampliatoria del agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez.
- Se recabe la declaración testimonial de Jesús Córdoba Salazar, personal serenazgo de la MPB
- Se requiera al agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez, a fin de que precise los nombres, las direcciones domiciliarias, de los testigos que hayan presenciado los hechos materia de investigación.
- Se requiera al agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez, a fin de que cumpla con acreditar la preexistencia y valorización de los bienes sustraídos, con documento idóneo.
- Se recabe los antecedentes penales y judiciales que pudieran tener los investigados.

- Se practiquen las diligencias necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

Por lo tanto, el fiscal requiere la medida de prisión preventiva, contra los imputados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA.**

### **1.1.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Mediante requerimiento de fecha 14 de octubre el fiscal solicita se dicte mandato de prisión preventiva para los imputados, el mismo que resuelto mediante resolución obrantes en autos, bajo los siguientes fundamentos.

#### **A. De la Existencia de los graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincula como autores o partícipes del mismo hecho delictivo.**

Los elementos de convicción que ha ofrecido el representante del Ministerio Público, son los siguientes: Informe policial N° 606-2014REG.POL.LIMA-DIVPOL-H-CB/SEINCRI, Ocurrencia de calle común N° 478, Acta de entrega de detenido y especies por civil, Acta de registro personal practicado a los imputados, Declaración del agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez, Declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca, Declaración de los imputados, Acta de verificación domiciliaria, Acta de recepción de CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca, Acta de visualización de video, Inspección técnico policial, Certificado médico legal practicado a los imputados, Certificado médico legal practicado a la víctima.

## **B. De la prognosis de la pena**

La conducta objeto de imputación, de acuerdo a la investigación, se encuentra previsto en el artículo 188° y con agravantes del artículo 189° primer párrafo numerales 2 y 4, esto es durante la noche (en horas de la madrugada) y con el concurso de dos o más personas (por ser dos los imputados)

En caso de hallárseles responsables la pena oscilaría en el tercio medio, es decir entre 15 a 17 años de pena privativa de libertad, valorándose también los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, así como los criterios que establece los artículos 45, 42-A, 46 del código penal.

## **C. Del peligro procesal**

El representante del Ministerio público sustenta en este extremo, que habiéndose determinado que hay elementos de convicción suficientes, y son fundados y graves de la comisión del delito y su vinculación, la pena a imponerse es privativa de libertad es superior a cuatro años, criterio que según el fiscal hace colegir peligro de fuga del procesado, más aun que el daño causado al agraviado no solamente ha sido en sus bienes muebles, sino también a su integridad física, psicológica y moral, a esto añade el comportamiento desafiante y de amenaza contra el agraviado, razón por la cual la víctima no acudió a la práctica de ciertas diligencias como la de la evaluación médico legal.

El caso de **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ**, Si bien es cierto, tiene domicilio definido, el mismo que ha sido constado debidamente en el acta de verificación domiciliaria, y ocupación conocida, refiere que se dedica a la labor de moto taxista, que acredita con licencia de conducir sin embargo no acredita si trabaja para una empresa o asociación, por otro lado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA**, al momento de su

intervención refiere domiciliar en AAHH Manuel Bustamante manzana A, lote 09, Barranca, hecho que no se a podido corroborar dado que al momento de efectuar el registro domiciliario, no se a podido acreditar, por cuanto la dirección indicada no es real, y los vecinos manifiestas no conocer a la referida persona, así mismo este sujeto a manifestado dedicarse a la agricultura, hecho que no ha sido acreditado, tampoco se conoce familiares, en consecuencia este último no tiene arraigo domiciliario, familiar, laboral, añadiéndose a esto el pronóstico de la pena.

En consecuencia, existe peligro de obstaculización de la actividad probatoria, peligro de fuga y entorpecimiento del proceso.

Teniendo en cuenta que en el presente caso se dan de manera copulativa los tres presupuestos, el fiscal solicita 9 meses de medida coercitiva, tiempo que considera necesario para la práctica de los actos de investigación pendientes y la culminación del proceso.

Por medio Resolución de fecha 14 de octubre del 2014, el juez resuelve declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva, contra los imputados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA** como coautores por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de **ROBO AGRAVADO**, previsto en el artículo 188° tipo base, con las agravantes del artículo 189° numerales 2 y 4 del código penal.

Medida coercitiva que otorga por el plazo de **SEIS MESES**, contados a partir del 13 de octubre del 2014, hasta el 12 abril del 2015, ordenándose su internamiento en el establecimiento penitenciario de Carquín.



#### 1.1.4 APELACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA:

Corrido el traslado a las partes, la defensa técnica, interpone recursos de apelación, contra la Resolución número 02 que impone la medida prisión preventiva, manifestado sus fundamentos en el acto.

La defensa técnica sostiene que no concurren los elementos de convicción señalados, toda vez que conforme se ha podido observar de manifestado por el representante del Ministerio público, y los considerandos de la resolución 02, se presume que el agraviado ha tenido en su poder un celular marca Samsung, y la suma de S/. 20.00 Nuevos soles, que no han sido acreditados hasta la fecha, a pesar que dicha afirmación no resulta coherente a criterio de la defensa, ya que ambos fueron detenidos casi inmediatamente, a una cuadra, y siendo grabados en una cámara de video de CECOM, siendo esto así que ni siquiera el agraviado se ha presentado para acreditar su preexistencia.

También sostiene que no se ha acreditado la agresión sufrida por parte del agraviado, por lo que no se ha podido demostrar que tipo de agresión y en todo caso si esta agresión ha vulnerado en el bien jurídico tutelado.

Respecto al arraigo se han demostrado que los imputados un asiento en la ciudad de Barranca, tienen familia, y domicilio definido.

En consecuencia, con los fundamentos de hecho se debe establecerse que no concurren los presupuestos para imponer una medida tan gravosa como es para prisión preventiva.

Como fundamento de derecho sostiene que si bien es cierto toda medida cautelar es de carácter provisional, pero también debe respetar los principios de legalidad, temporalidad, así como de necesidad, no existiendo los tres elementos, no debe imponerse la medida de prisión preventiva.

Al imponerse la prisión preventiva se estaría vulnerando un derecho fundamental consagrado en la constitución política, como es el derecho a la libertad personal, de dos personas de 20 y 22 años, sin antecedentes penales, ni otro tipo de antecedentes que pudiera indicar la peligrosidad de sus personas ante un proceso investigatorio, es por ello que se solicita se admita a trámite el recurso, se revoque y se cambie por la medida de comparecencia.

En ese acto el juez resuelvo y dar por interpuesto el recurso de apelación y se concede el mismo, elevando el cuaderno a la Sala penal de apelaciones.

### **1.1.5 AUDIENCIA DE APELACIÓN**

Con la participación de las partes se dio inicio a la audiencia de apelación, en la fecha programada, 5 noviembre del 2014.

Los jueces de segunda instancia sostienen que concurren los presupuestos para la prisión preventiva además sostienen que el plazo dictado por el a-quo es razonable, en consecuencia, resuelven por **unanimidad confirmar la resolución** venida en grado que declara fundado el requerimiento de prisión preventiva.

### **1.1.6 DE LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:**

Mediante oficio N° 16-2015-(2339-2014)-MP-FN, el fiscal provincial Juan Carlos Castro Avalos dispone dar por concluida la investigación preparatoria y dispone formular el requerimiento respectivo en el plazo de ley.

## **1.2. ETAPA INTERMEDIA:**

### **1.2.1. EL REQUERIMIENTO ACUSATORIO**

El fiscal **JUAN CARLOS CASTRO AVALOS**, formula requerimiento de acusación con fecha 09 de enero del 2015, acusando a **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA** por la

presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, delito tipificado en el artículo 188° y las agravantes contenidas en el artículo 189° primer párrafo, numerales 2, 3 del código penal.

Se les imputa a **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ , LUIS GOMER MORALES QUINTANA** se les atribuye haber participado conjuntamente en el delito de robo agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, hecho suscitado aproximadamente a las 03.00 horas del día **13 de octubre del 2014**, en circunstancias que el citado agraviado se desplazaba por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza – Barranca en donde se encontró con unos homosexuales que estaban en dicha intersección, y se puso a conversar con uno de ellos, tomando luego la calle Pedro Reyes Barboza, a la altura del restaurant central momento que los investigados aparecen corriendo por detrás del citado agraviado, instantes en que fue cogoteado, por el investigado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** (quien vestía casaca de buzo color turquesa con negro y pantalón jean bermuda azul y zapatillas oscuras), quien le jaló violentamente hacia el pavimento, logrando derribarlo, luego, ambos investigados proceden a rebuscar los bolsillos del agraviado, mientras este se encontraba tendido en piso, siendo que el investigado **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** (quien vestía casaca azul con blanco y jean bermuda color plomo desteñido y zapatillas deportivas) logra sustraerle un celular marca Samsung, color azul, Movistar N° 985032441 y S/. 20.00 Nuevos soles, tras lo cual se retiraron caminando por la calle José Gálvez con dirección hacia el norte, momentos en que aparece una camioneta de serenazgo y en compañía del agraviado logran intervenirlos una cuadra del lugar de los hechos, para luego ser conducidos a la Comisaria de Barranca, junto al agraviado, para efectuar las diligencias o actos de investigación más urgentes.

**LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN** que el fiscal considera para para la vinculación de los imputados con el acto ilícito son:

- **Ocurrencia de calle común N° 478.** Donde se encuentra la intervención realizada.

- **Acta de entrega de detenido y especies por civil.** - Donde se detallan los datos de las personas que aprehendieron a los investigados tras la comisión de los hechos en agravio de Juan Espinoza Morales. Tratándose de los serenos Jesús Córdova Salazar, Gary Arroyo Corrales y Robert Tapia Valles.
- **Acta de registro personal practicado a los imputados.** Donde especifica el color de ropa de los imputados los bienes y enseres incautados.
- **Declaración del agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez** quien narra detalladamente la forma y circunstancias, como el día 13 de octubre del 2014, a las 03.00 horas aproximadamente, cuando se encontraba caminando por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza, fue “cogoteado” por detrás por uno de los investigados, quien le tira al piso por la fuera, mientras que el otro aprovecha y le sustrae su celular marca Samsung, color azul <movistar N° 985032441 y la suma de S/. 20.00 nuevos soles y que fue agredido en ambas costillas y que luego de cometido los hechos se retiran por la calle José Gálvez y en donde fueron detenido por serenos de la municipalidad y llevados a la Comisaria de Barranca.
- **Declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca, Robert Tapia Valle;** Quien señala que a 03.00 horas aproximadamente del día 13 de octubre del 2014, se encontraba patrullando a la altura del estadio municipal de barranca, recibieron una llamada de la CECOM, en donde les comunican que a la altura de la calle José Gálvez, dos personas habían sido asaltadas y golpeado a un transeúnte y que se dirigían hacia el norte a pie, por lo que en compañía de los serenos de apellido Arroyo y Toribio se instituyeron al lugar de los hechos en donde se percataron que a dicho lugar ya había llegado otra unidad de serenazgo, cuyos ocupantes eran los señores Córdova y Zósimo, quienes ya habían aprehendido a los imputados y que procedieron a brindarles apoyo en el traslado de los intervenidos a la Comisaria.
- **Declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca, Gary Jesús Arroyo Corrales.-** Quien señala que a 03.00 horas aproximadamente del día 13 de octubre del 2014, se encontraba patrullando a la altura del estadio municipal de barranca,

recibieron una llamada de la CECOM, en donde les comunican que a la altura de la calle José Gálvez, dos personas habían sido asaltadas y golpeado a un transeúnte y que se dirigían hacia el norte a pie, por lo que en compañía de los serenos de apellido Tapia y Toribio se instituyeron al lugar de los hechos en donde se percataron que a dicho lugar ya había llegado otra unidad de serenazgo, cuyos ocupantes eran los señores Córdova y Zósimo, quienes ya habían aprehendido a los imputados y que procedieron a brindarles apoyo en el traslado de los intervenidos a la Comisaria.

- **Declaración de los imputados.** Se negaron a declarar
- **Acta de verificación domiciliaria**
- **Acta de recepción de CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca.**
- **Acta de visualización de video.** En la cual se describe el contenido del video en donde se evidencia la participación de los investigados en agravio del citado denunciante por cuanto ahí se aprecia que el imputado Luis Gomer Morales Quintana “cogotea” al agraviado y luego lo tira violentamente hacia el pavimento y luego ambos investigados proceden a rebuscarle sus bolsillos para luego darse a la fuga por la calle José Gálvez y luego se aprecia la participación de serenazgo, manifestando en dicha diligencia el imputado Luis gomer morales quintana manifiesta que nada tenía que decir respecto a lo visualizado y su co-investigado Benjy Camilo Ortega Sernaqué, manifestó que lo disculpen por lo que ese día estaba mareado.
- **Inspección técnico policial.** En el lugar donde se efectuaron los hechos.
- **Declaración jurada del agraviado.** - Sobre la preexistencia de la celular marca Samsung color Azul Movistar N°985032441 y de los S/. 20.00 nuevos soles.
- **CD Princo remitido por la municipalidad Provincial de Barranca,** fechado 13 de octubre del 2014, que contiene la grabación del momento en el cual se produjo el delito de robo agravado en agravio del citado ciudadano.
- **Oficio N° 55182014-RDJ-SJR-OA-CS.JHA/PJ, del 06-11-2014,** donde indica que los investigados no registran antecedentes penales.

**GRADO DE PARTICIPACION Y RESPONSABILIDAD PENAL.** - Los acusados, **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA** son presuntos coautores del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, no existen circunstancias de modificación de la responsabilidad penal.

**TIPIFICACION:** la conducta efectuada por los acusados, **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA**, se encuentran tipificados en el artículo 188° concordante con el artículo 189° Robo Agravado, numerales 2 (durante la noche) y 4 (con el concurso de dos o más persona), no hay tipificación alternativa.

**PENA Y REPARACION CIVIL.** - EL Ministerio público solicita se le imponga a los acusados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA** como **CO-AUTORES** del delito contra el patrimonio, en la modalidad de **ROBO AGRAVADO**, en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez, **CATORCE AÑOS** de pena privativa de libertad, y se fije que los acusados paguen la sumas de S/. 500.00 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de Juan José Espinoza Gutiérrez.

**MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL.** - los acusados se encuentran con prisión preventiva hasta 13-04-2015

### **1.2.2. AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN**

Con presencias de los sujetos procesales, el juez da por instalada la audiencia, y corre traslado a las partes:

El Ministerio Público formula su acusación, sosteniendo que Se les imputa a **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ , LUIS GOMER MORALES QUINTANA** se les atribuye haber participado conjuntamente en el delito de robo agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, hecho suscitado aproximadamente a las 03.00 horas del día **13 de octubre del 2014**, en circunstancias que el citado agraviado se desplazaba por la calle José Gálvez y pedro reyes Barboza – Barranca en donde se encontró con unos homosexuales

que estaban en dicha intersección, y se puso a conversar con uno de ellos, tomando luego la calle Pedro Reyes Barboza, a la altura del restaurant central momento que los investigados aparecen corriendo por detrás del citado agraviado, instantes en que fue cogoteado, por el investigado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** (quien vestía casaca de buzo color turquesa con negro y pantalón jean bermuda azul y zapatillas oscuras), quien le jaló violentamente hacia el pavimento, logrando derribarlo, luego, ambos investigados proceden a rebuscar los bolsillos del agraviado, mientras este se encontraba tendido en piso, siendo que el investigado **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** (quien vestía casaca azul con blanco y jean bermuda color plomo desteñido y zapatillas deportivas) logra sustraerle un celular marca Samsung, color azul, Movistar N° 985032441 y S/. 20.00 Nuevos soles, tras lo cual se retiraron caminando por la calle José Gálvez con dirección hacia el norte, momentos en que aparece una camioneta de Serenazgo y en compañía del agraviado logran intervenirlos una cuadra del lugar de los hechos, para luego ser conducidos a la Comisaria de Barranca, junto al agraviado, para efectuar las diligencias o actos de investigación más urgentes.

EL Ministerio Público solicita se les imponga a los acusados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA** como **CO-AUTORES** del delito contra el patrimonio, en la modalidad de **ROBO AGRAVADO**, en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez, **CATORCE AÑOS** de pena privativa de libertad, y se fije que los acusados paguen la suma de S/. 500.00 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de Juan José Espinoza Gutiérrez.

Solicita que se tenga por saneada la acusación y se dicte el auto de enjuiciamiento.

La defensa técnica sostiene que no concuerdan con las presiones del Ministerio público, ofrecen sus testigos, efectuada la audiencia de control de acusación el juez emite el auto de enjuiciamiento.

### 1.2.3. AUTO DE ENJUICIAMIENTO:

Con fecha 10 febrero del 2015, por intermedio dela resolución número 07, el juez de investigación preparatoria de Barranca, emite el auto de enjuiciamiento, resolviendo:

- a) Tener por aclarada en requerimiento de acusación en el extremo de la imputación, que los hechos se han producido ejerciendo “violencia física”
- b) Declarar saneada la acusación
- c) Disponer el enjuiciamiento de los acusados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** con DNI 47668724, y **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** con DNI 48303474 en su condición de **CO-AUTORES** del presunto delito contra el patrimonio, en la modalidad de **ROBO AGRAVADO**, en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez con DNI 80284262.
- d) La calificación jurídica de la pena y la reparación civiles como sigue:

---

<b>CALIFICACION JURIDICA</b>	<b>PENA</b>	<b>REPARACION CIVIL</b>
<b>TIPO BASE:</b> Artículo 188° <b>AGRAVANTES:</b> Primer párrafo del Artículo 189°numerales 2 (durante la noche) y 4 (con el concurso de 2 o más personas) del código penal	Catorce años de pena privativa de la libertad	S/. 500.00 Quinientos nuevos soles a favor del agraviado



MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS AL MINISTERIO PÚBLICO

a. ÓRGANOS DE PRUEBA:

N°	TESTIGO	TESTIMONIAL
1	<b>Agraviado Juan José Espinosa Gutiérrez</b> Domicilio real: Mz A lote 05 El palmo – Lauriama – Barranca	Deberá declarar la forma y circunstancias en que el día 13 de octubre del 2014, a las 03.00 horas aproximadamente. Cuando se encontraba caminando por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza, fue cogoteado por detrás por uno de los acusados, quien le tira al piso por la fuerza, mientras que el otro, aprovecho para sustraerle su celular, entre otros.
2	Testigo: <b>Epimaco Gabriel Zósimo Ramírez.</b> <b>Domicilio laboral:</b> gerencia de seguridad ciudadana de la Municipalidad Provincial de Barranca.	Deberá declarar la forma en que toma conocimiento el día 13 de octubre del 2014 a las 03.00 horas, sobre el delito de robo agravado en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez, el cual fue la participación en la detención como miembro del serenazgo.

<p><b>3</b></p>	<p>Testigo: <b>Jesús Rafael Córdoba Salazar</b>  <b>Domicilio</b>  <b>laboral:</b> gerencia de seguridad ciudadana de la Municipalidad Provincial de Barranca.</p>	<p>Deberá declarar la forma en que toma conocimiento el día 13 de octubre del 2014 a las 03.00 horas, sobre el delito de robo agravado en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez, el cual fue la participación en la detención como miembro del serenazgo.</p>
<p><b>4</b></p>	<p>Testigo: <b>SOT1 PNP Plebeyo Quispe Amorin</b>  <b>Domicilio</b>  <b>laboral:</b> Comisaria de Barranca</p>	<p>Deberá declarar la forma circunstancias en que tomo conocimiento el día 13 de octubre del 2014, a las 03.30 horas, sobre la comisión de un delito de robo en agravio de un transeúnte en la calle José Gálvez con Pedro Reyes Barboza, y cuál fue su participación en los hechos.</p>
<p><b>5</b></p>	<p>Testigo: <b>SOT1 PNP Rolly Maguiña Eleuterio</b>  <b>Domicilio</b>  <b>laboral:</b> Comisaria de Barranca</p>	<p>Deberá declarar la forma circunstancias en que tomo conocimiento el día 13 de octubre del 2014, a las 03.30 horas, sobre la comisión de un delito de robo en agravio de un transeúnte en la calle José Gálvez con Pedro Reyes Barboza, y cuál fue su participación en los hechos.</p>

**b. DOCUMENTALES:**

<b>N</b>	<b>TIPO</b>	<b>VALOR PROBATORIO</b>
1	Acta de detenidos y especies por civil	Acreditara los datos personales de los acusados entre otros
2	Acta de registro persona practicado al acusado BENYI CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ	Acreditara la forma en que se encontraban vestidos los imputados en el momento de su intervención.
3	Acta de registro persona practicado al acusado LUIS GOMER MORALES QUINTANA	
4	Acta de recepción de CD de fecha 13 de octubre del 2014	Acreditara que personal policial de la Comisaria de barranca decepcionó el CD remitido por la central de cámaras de la municipalidad provincial de barranca.
5	Acta de visualización de video, de fecha 13 de octubre del 2014	Acreditara la participación de los acusados en el delito de robo agravado en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez.
6	Acta de inspección técnico policial de fecha 13 de octubre del 2014.	Acreditara el lugar donde ocurrieron los hechos.

c. MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS A LA DEFENSA:

N°	TIPO	TESTIMONIAL
1	<p><b>Agraviado Juan José Espinosa Gutiérrez</b>  Domicilio real: Mz A lote 05  El palmo – Lauriama -  Barranca</p>	<p>Deberá declarar la forma y circunstancias precedentes concomitantes y posteriores del hecho materia del presente proceso ocurrido en 13 de octubre del 2014 a las 2.55 hrs.</p>
2	<p><b>Testigo: Jans Nicho Rea</b>  <b>Domicilio real:</b> av. aviación  s/n cuarta cuadra (ref frente a la ferretería Anthony, casa de puerta azul) - Barranca</p>	<p>Declarara sí estuvo en el lugar de los hechos y si presencio la sustracción de las pertenencias del agraviado por parte de los imputados.</p>
3	<p>Testigo: <b>Epimaco Gabriel Zósimo Ramírez.</b>  <b>Domicilio laboral:</b> gerencia de seguridad ciudadana de la Municipalidad Provincial de Barranca.</p>	<p>Deberán declarar sobre la forma y circunstancias en que han intervenido a los acusados.</p>
4	<p>Testigo: <b>Jesús Rafael Córdoba Salazar</b>  <b>Domicilio laboral:</b> gerencia de seguridad ciudadana de la Municipalidad Provincial de Barranca.</p>	

5	Oficio N° 551820-2014 de fecha 06 de noviembre del 2014	Para acreditar que los imputados no registran antecedentes penales.
---	---	---

Se declaran inadmisibles las objeciones tanto del Ministerio público como la de la defensa técnica, respecto a los medios probatorios, así mismo **SE PONE DE CONOCIMIENTO DEL JUZGADO**, no se ha constituido en actor civil, no existe tercero civil incorporado, no existen circunstancias modificatorias de responsabilidad penal de los acusados, no hay tipificación alternativas ni subsidiaria.

Se ha dictado contra los acusados la medida de prisión preventiva, la misma que vencerá el 12 de abril del 2015; por lo que se pone a orden del juzgado penal, se declara competente para juzgamiento al JUZGADO PENAL COLEGIADO DE HUAURA.

## **1.2. ETAPA DE JUZGAMIENTO:**

Siendo 09 horas del 20 de marzo del 2015, se da inicio a la audiencia de juzgamiento, teniéndose como magistrados a **JULIO ARTURO RODRIGUEZ MARTEL, Y WILLIAM HUMBERTO VASQUEZ LIMO, MARLENE MAGDALENA MELGAREJO IRIARTE** – Jueces del juzgado penal Colegiado Permanente de Huaura, en la Sala de audiencias N° 01 del establecimiento penal de Carquín.

Con la presencia de las partes procesales y los defensores particulares se da por instalada la audiencia.

### **1.3.1. ALEGATOS DE APERTURA**

#### **ALEGATOS DE APERTURA DEL FISCAL**

El representante del Ministerio Público **sostiene al apertura su teoría del caso**, que se les imputa a **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** , **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** se les atribuye haber participado conjuntamente en el delito de robo agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, hecho suscitado aproximadamente a las 03.00 horas del día **13 de octubre del 2014**, en circunstancias que el citado agraviado se desplazaba por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza – Barranca en donde se encontró con unos homosexuales que estaban en dicha intersección, y se puso a conversar con uno de ellos, tomando luego la calle Pedro Reyes Barboza, a la altura del restaurant central momento que los investigados aparecen corriendo por detrás del citado agraviado, instantes en que fue cogoteado, por el investigado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** (quien vestía casaca de buzo color turquesa con negro y pantalón jean bermuda azul y zapatillas oscuras), quien le jaló violentamente hacia el pavimento, logrando derribarlo, luego, ambos investigados proceden a rebuscar los bolsillos del agraviado, mientras este se encontraba tendido en piso, siendo que el investigado **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** (quien vestía casaca azul con blanco y jean bermuda color plomo desteñido y zapatillas deportivas) logra sustraerle un celular marca Samsung, color azul, Movistar N° 985032441 y S/. 20.00 Nuevos soles, tras lo cual se retiraron caminando por la calle José Gálvez con dirección hacia el norte, momentos en que aparece una camioneta de Serenazgo y en compañía del agraviado logran intervenirlos una cuadra del lugar de los hechos, para luego ser conducidos a la Comisaria de Barranca, junto al agraviado, para efectuar las diligencias o actos de investigación más urgentes.

#### **ALEGATOS DE APERTURA DEL ABOGADO DEFENSOR: PRETENSION ABSOLUTORIA**

Frente a la imputación fiscal la defensa técnica del acusado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA**, precisa que los hechos ocurridos

el día 13 de octubre del 2014 a horas 3.00 am atribuyendo a su patrocinado haber “cogoteado” al agraviado Juan José Espinosa Gutiérrez, y haber sustraído un celular antes ya mencionado y asimismo la suma de S/. 20.00 Nuevos soles; ante las acusaciones precisadas por el señor fiscal conforme se desprende de los hechos y los actuados, se aprecia que hay un acta de visualización de video en el que se narra claramente los hechos y circunstancias de como se ha iniciado, y así mismo con el descargo que se hecho con su patrocinado y con los medios probatorios admitidos a esa parte se van a esclarecer los hechos, por que solicita la absolución de su patrocinado.

Mientras tanto la defensa de técnica del acusado **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ**, sostiene que este juicio oral el Ministerio público no podrá probar responsabilidad penal de su patrocinado ni de su coacusado por cuanto la imputación que se le formula no corresponde a la realidad de los hechos, consecuentemente al término de este contradictorio y al no existir elementos objetivos que demuestren dicha responsabilidad, la defensa solicitara oportunamente se absuelva a su patrocinado de los cargos imputados.

### **1.3.2. ACTIVIDAD PROBATORIA**

#### **A. PRUEBAS PERSONALES COMUNES**

Se examinó a Jesús Rafael Córdoba Salazar, Epimaco Gabriel Zósimo Ramírez, quienes manifiestan que recibieron una llamada de la base que refería un asalto en la calle José Gálvez, no presenciaron los hechos, intervinieron a dos personas quienes estaban caminado por José Gálvez, los sujetos reaccionaron diciendo que no habían robado nada, que no les encontraron ningún arma, que ellos no pueden rebuscara a los sujetos, los intervenidos no pusieron resistencia, que desde la central dijeron que uno de los sujetos portaba polo azul,

pantalón y zapatillas, que estas ropas coincidieron con las ropas de los intervenidos.

Por otra parte el agraviado **JUAN JOSE ESPINOZA GUITIERRES** manifestó que el día de los hechos se encontraba en la calle Gálvez, había bajado de una moto y encontró un grupo de homosexuales y se dirigió uno de ellos a hacerle el habla, y cayó en su juego de conversar, quedaron en tomar unos tragos, CAMINO UNOS 20 metros y allí le cayeron los dos señores; serían las tres de la mañana, se dirigió hacia pedro reyes Barboza para abajo, y le cayeron encima dos personas, lo cogotearon por el cuello, le pagaron, lo golpearon por la costilla, le quitaron su celular y S/. 20.00 Nuevos soles, el que lo cogoteo fue el menor y más flaco, la otra persona también lo atacó, los dos lo cogotearon y lo han tirado al piso, lo cogotearon y se fueron por el Banco de la Nación; le sustraen un celular Samsung N° 985032441 y la suma de S/ 20.00 nuevos soles, que en esos precisos momentos llegó la unidad de los policías lo capturaron serenazgo, y que por esa zona hay cámaras y quedó gravado, los imputados fueron detenidos y trasladados a la Comisaria, que él no quiso ir a poner la denuncia, pero los policías lo llevaron, así mismo señala que no conoce ni a los imputados ni al homosexual, también manifiesta que los sujetos agresores estuvieron, mareados.

A la pregunta de los abogados defensores; que no vive por la calle Gálvez.

## **B. PRUEBAS PERSONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**DECLARACION TESTIMONIAL DEL SOT1 PNP PLEBEYO QUISPE AMORIN:** Responde que tiene 24 años de experiencia en la PNP y desde agosto 2014 en la Comisaria de Barranca, no recuerda lo que había ocurrido el día de los hechos, le parece que ese día se



encontraba de servicio con el efectivo Rolly Maguiña, y el efectivo Mejía Capcha, con los cuales han hecho múltiples recepciones de denuncias, precisa que en horas de la madrugada tuvo una diligencia con miembros del serenazgo, en el que se ha recepcionado mediante acta a unos detenidos por ilícito penal, recuerda que estaba presente el agraviado, eso es lo que puede recordar, dijo que no recuerda si el agraviado estaba ecuánime o mareado, pero sí estuvo presente durante la intervención.

**DECLARACION TESTIMONIAL DEL SOT3 PNP ROLLY**

**JHON MAGUIÑA ELEUTERIO:** Responde las preguntas del Ministerio Tienen 4 años de experiencia, el día de los hechos se le encargo realizar una diligencia de inspección técnico policial por un robo agravado que había ocurrido en la calle pedro reyes Barboza, como referencia frente al chifa central, aproximadamente a 20 metros de una calle céntrica de Barranca que es la calle José Gálvez; tiene un jefe de sección quien dispone las actividades de cada efectivo, manifiesta que hay una cámara a 20 mts del lugar de los hechos.

**C. PRUEBA PERSONAL DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL ACUSADO BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ**

**DECLARACION TESTIMONIAL DE JANS JUNIOR REA**

**NICHO:** A las preguntas de los abogados defensores, dijo que el día de los hechos su persona estaba trabajando en la esquina de la calle José Gálvez donde trabajan varias persona travestis, allí ejerce la prostitución, estuvo trabajando y esperando clientes, en ese momento apareció el agraviado y le pregunto por el servicio, le dijo que 30 y que se cobra incluido habitación, el señor lleo al promediarlas 3.00 a.m. y estaba borracho, el agraviado no le quiso pagar adelantado y le estaba molestando, es eso dos jóvenes llegaron del frente, dijo “tenemos cafichos que nos defienden cuando hay peleas con los clientes o nos faltan el respeto”, sostiene que no sabe quiénes eran, como el señor estaba faltando el respeto y caminando habían bajado

hacia el chifa central, pero no querían pagarle el servicio se negaba a seguir el camino, dado que los borrachos son problemáticos, la víctima lo exige e insiste, en esos preciso momentos llegan los dos jóvenes y empiezan a pelearse y el señor se cae y es allí donde su persona logra separarlos, refiere que luego el señor se retira y los dos jóvenes también, dice que hay varios jóvenes que los defienden a los travestis de esa esquina, y luego les piden propina por la protección que les brindan, refiere que esa noche se quedó hasta la 6 de la mañana, y no volvió a ver ni a la víctima ni a los imputados, no se percató que el agraviado tenía dinero ni celular, refiere que el agraviado llegó solo y bajo de una mototaxi, el señor estaba demasiado borracho, no vio que los agresores cogieron algo.

A la pregunta del Ministerio público refiere, que se dedica a la prostitución desde los 14 años y trabaja en la esquina, refiere que no entraron al hostel porque creía que no tenía dinero con que pagar por que se negó a hacerle un adelanto, el agraviado le insistía agarrándole la mano, por eso que los jóvenes “saltaron”, antes de los hechos los acusados estuvieron junto a su persona en la esquina, pero no los conoce.

A la aclaración solicitada, dijo que su persona fue quien comunico al serenazgo que las personas que lo protegían se iban por allá porque como estaba recordando el señor decía que le estaba poniendo en el hotel, por eso les dijo váyanse por allá a mí no me molesten, pues como dice no los conocen.

#### **D. ORALIZACION DE DOCUMENTALES DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

**Acta de entrega de detenidos y especies por civil de fecha 13 de octubre del 2014.** Acredita que los acusados Benny Camilo Ortega Sernaqué y Luis Gomer Morales Quintana, fueron intervenidos en

flagrancia delictiva el día 13 de octubre del 2014 a las 3.10 am por personal de serenazgo quienes los pusieron a disposición de la PNP.

**Acta de registro personal practicado al acusado Benjy Camilo Ortega Sernaqué de fecha 13 de octubre del 2014.** Acredita que el momento de su intervención vestía casaca impermeable de color azul y blanco con capucha, polo negro con estampado Vans, pantalón tipo chavito color oscuro- manchado negro con plomo, y zapatillas negras.

**Acta de registro personal practicado al acusado Luis Gomer Morales Quintana de fecha 13 de octubre del 2014.-** Acredita que el momento de su intervención vestía casaca color turquesa y negra con capucha, un polo verde tipo malla con logotipo NEW MILFORDE, pantalón tipo chavito de jean color azul y zapatillas negras.

**Acta de recepción de CD de fecha 13 de octubre del 2014.-** acredita la entrega por parte de la CECOM de un CD que almacena las imágenes registradas sobre los hechos materia del presente proceso.

**Acta de visualización del video de fecha 13 de octubre del 2014.-** acredita accionar observado en el video de la cámara de vigilancia entregado por la municipalidad de barranca a la PNP, del cual; se desprende objetivamente que se visualizó a los acusados, Luis Gomer, cogoteando al agraviado y derribando a la pista, siendo que el acusado Benjy camilo se une a dicho accionar rebuscando ambos bolsillos del agraviado con la finalidad d sustraerle sus viene personales.

**Acta de inspección técnico policial de fecha 13 de octubre del 2014.-** acredita que en lugar de los hechos se encuentra una cámara de video vigilancia ubicada sobre la botica Arcángel, que plasmo los hechos los hechos suscitados.

### **DE LA DEFENSA TÉCNICA:**

**Oficio N° 551820-2014 de fecha 06 de noviembre del 2014.-** Acredita que los acusados no tienen antecedentes penales.

### 1.3.3. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

**ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.** - Sostiene se ha logrado acreditar la comisión del hecho delictivo de robo agravado, y la responsabilidad penal de ambos acusados, hemos escuchado la declaración, del agraviado Juan Espinoza Gutiérrez, que ha manifestado que fue cogoteado y asaltado por los imputados, señalando que fue golpeado y agredido, le sustrajeron su celular marca Samsung N° 985032441 y además la suma de s/. 20.00 nuevos soles, además refiere que luego de ello estos dos sujetos se fueron caminando con dirección hacia la calle José Gálvez, instantes en que llegaron los miembros del serenazgo y lograron intervenirlos a ambos acusados, siendo conducidos a la Comisaria, así mismo manifiesta que uno de los acusados le amenazó con “tirarle plomo”. Estas aseveraciones han sido corroboradas con las manifestaciones del testigo Rafael Córdoba Salazar, miembro del serenazgo quien dijo que el día de los hechos, en horas de la madrugada la CECOM le dijo que había un asalto en la calle José Gálvez y que habían sustraído algo a una persona, lo iban guiando por la cámara vía radio para ubicar y capturar a esas dos personas, el testigo **Epimaco Zósimo Ramírez** también ha corroborado lo anteriormente narrado, que dijo que recibió la llamada de la CECOM para intervenir a los autores de un robo, y que la cámara sigue a las personas que habían cometido el ilícito, el efectivo Rolly Maguiña ha precisado lugar donde suscitaron los hechos, señalando que fue en la esquina de Gálvez y Pedro Reyes Barboza y que hay una cámara de video vigilancia en dicha esquina. La versión del agraviado, esta corroborada con el acta de visualización del video en el que participaron los dos acusados, sus abogados defensores, el instructor y el suscrito, allí se aprecia que llegó el señor caminando hacia la esquina, conversa por breves segundos, caminan con su acompañante hacia la calle que da al chifa central, por detrás corren los imputados y el acusado Luis Gomer Morales Quintana lo “cogotea” lo derriba y tira al piso y luego

con el coacusado Benjy Camilo Ortega le rebuscan en el piso los bolsillos del agraviado, mientras que la persona que lo acompañaba hacía gestos de tratar de contener y apaciguar; también se aprecia que aparecen una unidad de serenazgo y que luego conversan con el agraviado y el homosexual, se aprecia que más allá son intervenidos los imputados.

El testigo de descargo **Hans Rea Nicho** a dicho en parte la verdad y también ha mentido, dice que el agraviado lo empezó a molestar y que no tenía dinero para pagar sus servicios sexuales, pero no se explica de como si es que no tenía dinero a caminado con dirección al hostel, alejándose así de la esquina, así mismo dijo que se trataba de una riña callejera el hecho donde el homosexual supuestamente acude a defenderlos pero esas imágenes no son registradas por la cámara, se ha corroborado que los dos acusados sí estuvieron presentes el día de los hechos, este testigo dijo que para que no crean que es cómplice de los rateros le dijo a los serenos “ellos se van por allá, se van por allá”

Sostiene el fiscal que la defensa técnica va a decir que no existió acta de reconocimiento, pero obviamente no se realizó por que los acusados fueron intervenidos en presencia del agraviado y luego trasladados a la Comisaria donde el agraviado dijo haber sido amenazado por uno de ellos, por eso no realizó el acta de reconocimiento porque fueron reconocidos por el propio agraviado al momento de la intervención.

Así mismo sostiene que se cumplen los requisitos del Acuerdo Plenario 02-2005. (Sindicación)

Respecto al tipo penal, se cumple que ha existido violencia, el agraviado dice que lo cogotearon y eso se ve en el acta de visualización: se dirá que en el registro personal no se les encontró nada, pero el registro fue realizado recién en la Comisaria y en ese trecho fácilmente pudieron haber arrojado en la calle el celular y la suma de S/. 20.00 nuevos soles, ese hecho no puede fundamentar que no hayan sustraído sus bienes del agraviado.

La presencia de los acusados está acreditada con el reconocimiento del propio agraviado, el acta de visualización y la propia versión del testigo de descargo Jans Rea quien dijo que estaban presentes pero que se trató de una pelea; estos acusados fueron intervenidos en flagrancia delictiva por los que no es necesario una pericia antropométrica, el hecho de se realizó durante de noche y con el concurso de dos o más persona.

El Fiscal también sostiene que en ningún momento de la etapa policial y menos de este juicio oral han declarado que se haya tratado de una pelea, ambos acusados guardaron silencio; en el acta de visualización en el acta de visualización en los ambos acusados estaban con sus abogados defensores, se verifica que el imputado Luis Gomer Morales Quintana guardo silencio. Pero el otro acusado Benjy Camilo Ortega Sernaqué pidió disculpas porque ese día estaba mareado. El agraviado por error llevo a un lugar equivocado y por tratar de tomarse unos tragos conforme a su versión fue asaltado por los dos imputados, solicita que les imponga 14 años de pena privativa de libertad como autores del delito de robo agravado previsto en el artículo 188 y 189 primer párrafo numerales 2 y 4 del código penal: se fije una reparación civil de 500.00 nuevos soles a favor de agraviado.

### **Alegato de la defensa del acusado Luis Gomer Morales Quintana.**

refiere que hay una apreciación subjetiva por parte del Fiscal y no ha probado objetivamente las conductas imputadas a su patrocinado, los testigos manifiestan que no encontraron los supuestos objetos sustraídos, no se efectuó el reconocimiento físico de ambos detenidos en su momento, se ha probado que el agraviado ha estado ebrio, el mismo ha precisado que después de los hechos llevo la policía nacional y el serenazgo, pero después preciso que solo intervino el serenazgo, lo cual demuestra que no recuerda bien los hechos.

Así mismo sostiene que no se efectuó en reconocimiento físico de ambos detenidos en su momento que es una prueba fundamental para el esclarecimiento físico de los hechos; EL ACTA DE ENTREGA DE LOS DETENIDOS PRECISA LA FORMA de entrega de los detenidos, no acredita que su patrocinado participo en los hechos, es un medio probatorio referencial pues se trata de un dicho y no y no han presenciado el hecho, debe tenerse en cuenta que ellos han manifestado no recordar bien sobre estos hechos.

En el acta de registro personal es un documento muy importante, porque fue en instantes de haber caminado a unas cuadras del hecho sucedido, y no le encontraron nada, ni los objetos supuestamente sustraídos como el celular y el dinero.

Alegato de la defensa de del acusado *Benjy Camilo Ortega Sernaqué*, alega una deficiente labor del Representante del Ministerio Público, que no se puede condenar a una persona en base a declaraciones contradictorias, y que no está corroborada objetivamente, el señor fiscal no ha valorado la declaración del testigo de descargo Jans Rea, quien en ningún momento ha reconocido a los imputados como los sujetos que liaron y/o autores del supuesto hecho delictivo. Respecto a la preexistencia del bien la fiscalía sostiene una falacia al decir que debemos asumir que “todos en todo momento tenemos celular” afirmación que puede ser aceptada para determinar la preexistencia, el Ministerio Público teniendo el número telefónico del celular del agraviado, no solicito o interrogó al testigo sobre qué compañía telefónica le prestaba el servicio, no se solicitó a la empresa operadora; si se dice que es cierto que el agraviado tenía la suma de 20 soles, ¿Por qué no pago por los servicios sexuales al homosexual?, se dice que los imputados podrían haberse desprendido de los bienes, sin embargo no se observa en el acta de visualización que los imputados arrojan bienes para deshacerse, en consecuencia no existe prueba objetiva que acredite la preexistencia de los bienes objeto de sustracción. La defensa cuestiona la fuente la prueba,

se debió visualizar el video que fluyen del CD, se a mostrado y leído solo el acta de visualización, no existe acta de lacrado o formato de cadena de custodia del CD, no se sabe dónde está el CD, no se ha incorporado al contradictorio el CD en mención, se cuestiona el contenido del acta dado que es la transcripción de lo observado por el suboficial Alvarado, este contenido es la apreciación solo del observador, sin fundamento técnico científico, hace la sindicación de mi patrocinado, se debió realizar una pericia antropológica, hecho que el Ministerio ´publico a omitido, no se a demostrado la amenaza ni la violencia física sobre la víctima, conducta necesaria para la constitución de este hecho delictivo, no existe un certificado médico legal que acredite ello, no se ha demostrado la preexistencia del bien, en consecuencia corresponde la absolución.

#### **1.3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

##### **RAZONAMIENTO JURIDICO DEL COLEGIADO.**

Luego de la confrontación de las partes el colegiado advierte que se está frente a una sindicación directa efectuada por el propio agraviado contra los imputados, la cual tiene entidad para ser considerada prueba valida de cargo ya que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, cumpliendo además con las garantías de certeza y los requisitos de la sindicación del agraviado establecidos en el Acuerdo plenario 02-2005/CJ-116 del 30 de setiembre del 2005.

**a. Ausencia de credibilidad subjetiva:** en este caso, no existe información alguna ingresada a juicio oral, por el cual el agraviado haya conocido a los acusados antes de los hechos, lo cual conlleva a establecer que no existe ningún sentimiento de odio, rencor o venganza hacia los coacusados que puedan motivar una falsa sindicación contra los mismos.

**b. Verosimilitud.** Esta sindicación encuentra sustento y se corrobora con:



- **Declaración testimonial del efectivo de serenazgo Jesús Rafael Córdoba Salazar.** Su versión verifica la materialidad del evento delictuoso y corrobora la versión sindicante del agraviado.
- **Declaración testimonial del efectivo de serenazgo Epimaco Gabriel Zósimo Ramírez.** Quien manifiesta que coincidentemente con el testigo anterior que acudieron a la calle Gálvez por que recibieron una llamada que reportaba un hecho delictivo (asalto) las cuales habían sido captadas por la cámara de SECOM, el efectivo manifiesta que las cámaras siguen a los sujetos, corrobora las características y los colores de la ropa, y que luego se apersona el agraviado y señala que las personas intervenidas son las que le robaron sus pertenencias. Sostiene que trasladaron a los intervenidos a la Comisaria dejándolo con un acta de entrega; manifiesta que desde la central de SECOM le reportaron que uno de los sujetos vestía polo azul, pantalón y zapatillas, del otro no recuerda: **estas prendas señaladas coinciden con las ropas de las personas intervenidas.**
- El acta de visualización del video corrobora objetivamente lo mencionado líneas arriba: debidamente oralizada en juicio, se describe textualmente. *“el detenido Benyi Ortega Sernaqué se encuentra vestido con una casaca azul con blanco y un jeans bermuda plomo desteñido y unas zapatillas deportivas y el detenido Luis gomer morales quintana se encuentra vestido con casaca de buzo turquesa con negro y un pantalón jeans bermuda azul y zapatillas oscuras.* El mismo que guarda relación con las prendas de vestir detalladas en el acta de registro personal realizado a los imputados, que según el juez todo lo cual compulsado en conjunto llevan a establecer de forma indubitable que ambos acusados sí estuvieron presentes físicamente en el lugar de los hechos y conforme al acta de

visualización de video fueron las personas que atacaron por detrás, “cogoteando” por el cuello al agraviado, para luego de ello derribarlo sobre el pavimento y en forma conjunta sustraerle sus pertenencias, se desvirtúa según el juez la tesis del abogado del acusado Sernaqué respecto a que su defendido no estuvo en el lugar de los hechos al momento de la comisión del delito presente.

- **Declaración testimonial del efectivo PNP Plebeyo Quispe Amorin.** precisa que en horas de la madrugada tuvo una diligencia con miembros del serenazgo, en el que se ha recepcionado mediante acta a unos detenidos por ilícito penal, recuerda que estaba presente el agraviado, lo que se corrobora con el acta de entrega de detenidos y especies por civil de fecha 133 de octubre del 2014, que prueba que los acusados fueron intervenidos en flagrancia delictiva.
- **La declaración personal del testigo de descargo identificado como Jans Juniors Rea Nicho.** A consideración del colegiado, no desvirtúa la verosimilitud del dicho sindicante del agraviado, toda vez que al declarar en juicio incurrió en contradicciones e ilogicidad que restan credibilidad a su versión, tales como: haber dicho que dos sujetos desconocidos y a quienes nunca vio antes en su vida, lo ayudaron del sujeto molesto, dicho que resulta ilógico pues el colegiado considera que todo caso quienes intervienen en defensa de un homosexual que ejerce la prostitución son necesariamente personas conocidas o sus propios compañeros de oficio; tampoco resulta creíble para el colegiado la versión respecto a que el agraviado no tenía dinero en su poder, cuando contrariamente según el acta de visualización de video, luego de conversas brevemente se iban caminando juntos con dirección al hostel, lo cual permite inferir que ya se había pactado los servicios sexuales justamente porque el agraviado

si contaba con dinero. Lo que resulta más ilógico es que como dice este testigo, los dos sujetos desconocidos lo ayudaron del sujeto molesto, como es que a sus benefactores los haya echado, diciéndoles a los miembros del serenazgo “*por allá se van*”.

**c. Persistencia en la incriminación.** Que el presente caso, la sindicación efectuada contra los acusados durante el plenario, ha sido mantenida con firmeza por el agraviado durante las etapas procesales previas al juzgamiento, no habiéndose retractado en ningún momento, lo cual conlleva a establecer la inexistencia de duda o incertidumbre sobre la veracidad de su versión.

Luego de haberse establecido la materialidad del evento criminoso, así como la responsabilidad penal de los acusados, el juzgado procede a dar respuesta a los cuestionamientos de la defensa respecto a que no se habría probado la preexistencia de los bienes, el juzgado sostiene que se es de aplicación el artículo 201.1 del CPP, que prescribe que puede acreditarse la preexistencia por medio de cualquier medio idóneo, es decir que se puede acreditar por cualquier medio probatorio eficaz para cumplir su objetivo - en este caso la declaración personal del agraviado dotada de verosimilitud – El colegiado bajo el principio de inmediación considera como creíble y verdadero que efectivamente le fue sustraído un celular y las suma de 20 soles.

Según el colegiado existen hechos indiciarios que coligen inferir indubitablemente la preexistencia al robo cometido, así a) el acta de visualización de video prescribe que los acusados emplearon el cogoteo, mecanismo común empleado por los delincuentes para someter físicamente a la víctima, desvirtuando objetivamente la tesis de la defensa y la manifestación del testigo de descargo Jans Rea Nicho, de que se tratada de un conato de riña entre el acusado y el agraviado. b) de la misma acta de extraer que se observa que la víctima

y el homosexual se dirigen con dirección al hostel hecho de demuestra que el agraviado si tenía dinero con que pagar los servicios sexuales, acto que fue interrumpido abruptamente por los delincuentes. c) se ha demostrado que los miembros de serenazgo han conducido a los imputados a la Comisaria, no se efectuó el registro personal por no estar autorizado para efectuar dicha diligencia, las máximas de la experiencia hacen colegir que los delincuentes han podido deshacerse de los objetos materia del ilícito durante el trayecto, ya en la Comisaria se efectúa el registro no encontrándose los bienes sustraídos. d) finalmente en el acta de visualización se consigna que de manera expresa el imputado Benjy Camilo Ortega, refiere que le disculpan por cuanto se encontraba mareado, lo cual conduce al colegiado a concluir que se apoderaron de los bienes del agraviado.

El colegiado al valorar la forma y circunstancia en función a la narrativa de los testigos concluye que en este caso se está frente a la figura de la flagrancia delictiva, toma como referencia la sentencia STC1757-2011-PHC/TC, donde se describen los requisitos de la flagrancia, siendo estos a) la inmediatez temporal, es decir que el delito se está cometiendo o se ha cometido instantes antes y la inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el evento delictivo.

En el presente caso según el colegiado se han cumplido copulativamente ambos presupuestos, la inmediatez temporal se ve plasmada por que el delito se cometió instantes previos e inmediatamente de ocurrido se produjo la intervención y captura de los ahora acusados, así mismo se verifica la presencia inmediatez personal porque ambos acusados fueron intervenidos a escasos metros del lugar de los hechos y su proceder delictivo fue registrada por las cámaras de video vigilancia, demostrando que los acusados estuvieron en el lugar

y la hora de ocurrido los hechos, siendo evidente e irrefutable su participación en este hecho delictivo.

El colegiado fundamenta su conclusión respecto a la flagrancia delictiva en la ley N° 29569, sostiene que la referida norma regula que la flagrancia opera inclusive cuando el agente a huido y Ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho o por medio audiovisual, dispositivo o equipos en cuya tecnología se haya registrado su imagen...(sic); en este caso, inmediatamente de haber ocurrido el evento delictivo, el agraviado en presencia del personal de serenazgo reconoció a los acusados como los autores del tal hecho delictuoso y así mismo se registraron las imágenes de los imputados mediante video cámara de vigilancia, evidenciándose de esta manera que estamos frente a un hecho de flagrancia delictiva.

El consecuencia el colegiado concluye que ha quedado acreditado la responsabilidad penal de los acusados en la comisión del ilícito de robo agravado, pues los elementos objetivos y normativos del tipo penal se adecuan al presente caso, al haberse apoderado ilegítimamente de bienes ajenos, sustrayéndolos de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo e introduciendo a su esfera de disposición, realizando estas acciones mediante un plan concertado con dominio de hecho, ejerciendo violencia contra el agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez a quien el acusado Morales Quintana sujeta del cuello por detrás (cogoteo) para vencer su resistencia física tirándolo con violencia sobre el pavimento, para luego de ello concertadamente con el coacusado Benjy Ortega Sernaqué rebuscarle en forma conjunta sus bolsillos para sustraerle los bienes de su propiedad, en este Caso un celular y dinero en efectivo; evidenciándose así mismo la presencia de “dolo” en el proceder de cada uno de ellos es decir actuaron con el conocimiento y con la voluntad de perpetrar el hecho delictivo

aprovechando su superioridad numérica, la oscuridad de la noche y el estado de embriaguez en que se encontraban.

Determinación judicial de la pena.- por tanto, corresponde la imposición de una pena concreta dentro de los límites abstractos señalados en el artículo 189 del Código Penal, el colegiado considera que al no haberse ingresado información al plenario respecto a que los coacusados cuenten con antecedentes penales, lo cual constituye circunstancia atenuante de acuerdo al artículo 46 del código penal, corresponde fijar la pena dentro del tercio inferior de la pena conminada (desde 12 años hasta 14 años y 08 meses).

Haciendo una valoración del Artículo 46 del C.P el colegiado considera razonable imponer a ambos acusados la pena mínima conminada para este delito equivalente a doce años. Por ser el delito de mediana gravedad, no se usó armas de fuego ni blanca, al tratarse de dos agentes lo que importa un mínimo contenido de lo injusto, los acusados son sumamente jóvenes no superan los 22 años, se dedican a la agricultura y uno de ellos es moto taxista, secundaria incompleta, estas carencias sociales ha consideradas por el colegiado.

La reparación civil: atendiendo a las circunstancias de la concurrencia de los hechos, considerando que la víctima no logro recuperar los bienes sustraídos el colegiado estima razonable la suma de S/. 500.00 (quinientos soles) a favor del agraviado.

#### 1.3.5. **FALLO:**

El colegiado impone doce años de pena privativa de la libertad efectiva, la misma que tiene como fecha de inicio el trece (13) de octubre del año dos mil catorce, y vence el doce (12) de octubre del año dos mil veintiséis.

Dispone el internamiento en el penal san judas Tadeo Carquín, remite los actuados al juzgado de investigación preparatoria de Barranca para su ejecución.

## 1.4. ETAPA IMPUGANTORIA

### 1.4.1. APELACION:

La defensa de BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, interpone recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, teniendo como petitorio se revoque la misma en sus extremos, 1). Que condena a Benjy Camilo Ortega Sernaqué, como autor del delito de robo agravado, donde se condena a doce años de cárcel efectiva; 2) la reparación civil que fija la suma de quinientos soles a favor del agraviado,) el pago de las costas, en consecuencia, se absuelva y se declare su inocencia, considerando la no acreditación objetiva agravio a la libertad personal.

#### **Fundamentos:**

La defensa cuestiona la sindicación directa realizada por el agraviado, la misma que es considerada como prueba válida por el colegiado por cuanto no existen razones objetivas que invaliden y además cumple los requisitos establecidos en el ACUERDO PLENARIO 02-2005/CJ-116.

Sobre la ausencia de **incredibilidad subjetiva** la defensa sostiene que: el colegiado no ha considerado que el agraviado por su embriaguez puede haber realizado una falsa o equivocada sindicación, el estado etílico ha sido aceptado al decir que “estaba avanzado”, estado de embriaguez corroborado por los miembros de serenazgo. (JESUS CORDOBA)

Respecto a la **Verosimilitud** se sostiene que no resulta ni coherente ni solida por estar plagado de ciertas inconsistencias.

- El agraviado manifiesta que llegó a la escena con unos amigos de nombre “Roky y Oscar” de quienes en ningún momento narra conducta alguna frente al ilícito cometido, los efectivos de serenazgo y el testigo de descargo tampoco han referido.
- El agraviado ha manifestado que invitó al homosexual a tomar unos tragos, esto se desmiente con la versión del homosexual, quien refiere que el agraviado solicitó servicios sexuales.

- El agraviado dice que se le sustrajo 20 soles en billete y un celular, al respecto el testigo Jans Rea dijo que le cobro 30 soles por sus servicios, pero el agraviado no tenía la suma requerida, razón por la que se niega prestarle los servicios, lo que motiva que el agraviado inicie a molestarla agarrándole la mano por lo que interviene los dos sujetos, en este extremo se menciona que no se ha probado la preexistencias de los bienes incluso sobre el teléfono el agraviado no ha referido ni siquiera la marca, modelo, color, ni la empresa que presta el servicio telefónico. El Ministerio público no ha demostrado fehacientemente la preexistencia de los bienes, es mas no se les encontró en posesión a los coprocesados los supuestos bienes.
- Respecto a la declaración de los testigos **JESUS CORDOBA** y **EPIMACO ZOZIMO** la defensa sostiene que es incoherente: el primero sostiene que el agraviado “estaba ebrio estaba mareado” hecho aceptado por el agraviado, el segundo sereno manifiesta que “estaba normal”, el primero refiere que recibe una llamada de la central e indican “que había una pelea” “al parecer había un robo” “están corriendo” por lo que reciben la orden de intervención, sin embargo ninguno de ellos han referido que estuvieron corriendo al momento de la intervención, el primero refiere que “caminaba en forma apresurada” en tanto que el segundo refiere “camina de norte a sur” “no los vio corriendo”.
- La defensa cuestiona respecto al color de ropa y tipo de prenda de vestir de los coautores por cuanto el colegiado considera que se encuentra corroborado, al respecto la defensa sustenta su observación al decir que no coincide la declaración del sereno Epimaco Zósimo Ramírez quien referido que desde la central le informan que uno de los sujetos vestía **POLO AZUL** pantalón y zapatillas; y que según el colegiado estas prendas señaladas coincidieron con las ropas de las dos personas intervenidas, el acta de registro personal realizado al acusado Benjy Camilo se precisa que vestía con **CASACA IMPERMEABLE DE COLOR AZUL Y BLANCO** con capucha y polo negro con logotipo VANS, pantalón tipo chavito de jeans color oscuro manchado negro con plomo, y zapatillas negras. Mientras tanto en el acta de visualización oralizada en juicio se describe que: Benjy Camilo se encuentra vestido con una **CASACA AZUL CON BLANCO** y un jean bermuda plomo



desteñido y zapatillas deportivas, mientras que su co detenido se encuentra vestido con casaca de buzo color turquesa con negro y un pantalón de jeans bermuda azul y zapatillas oscuras. Al respecto la defensa sostiene que no existe coincidencia entre *polo azul y casaca azul* con blanco (según acta de visualización), y *casaca impermeable con capucha* a lo que agrega polo negro (según registro personal), no hay coincidencia entre pantalón y jeans bermuda.

Sobre el acta de visualización: que el fiscal no ha salvado las observaciones realizadas por la defensa, ni se ha aprobado la misma, conforme lo exige el artículo 187,4, no se ha dispuesto ni se practicó la pericia de examen antropológico o biométrico, la defensa refiere que la fuente de la prueba es el disco compacto y no el acta de visualización, el mismo que no fue admitido y consecuentemente, no visualizado; el acta de visualización no tiene carácter de acto de prueba, conforme regula el artículo 325 del código penal, ya que no contiene una actuación irreproducible.

En efecto, su visualización fue posible reproducirlo y debió realizarse en el juicio oral; consecuentemente no debió oralizarse dicha acta y, en todo caso no tiene ningún valor probatorio, conforme regula el artículo 383.2 del código precitado.

En relación a los 4 hechos indiciarios sustentados por el colegiado literal VII. La defensa cuestiona:

- Que no se ha probado la preexistencia de los bienes materia de sustracción.
- El colegiado considera que, si en el acta de visualización consta que “el homosexual con quien contacto el agraviado, camina junto a este a un hotel de la zona (Brich según testigo) entonces si tenía dinero. Al respecto si el testigo homosexual refirió que cobra usualmente 30 nuevos soles por sus servicios y así se pactó y, si consideramos que lógicamente también se tenía que pagar el servicio del hotel, ¿Cómo pretendía pagar dicho monto superior a 30 soles, si supuestamente tenía 20 soles?

De otro lado si el colegiado da por cierto que el agraviado camina junto al agraviado a un hotel de la zona, entonces el agraviado faltó a la verdad cuando refiere que solo lo invito a tomar unos tragos, lo que hace inverosímil.

- El colegiado sustenta que por las máximas de la experiencia considera que los procesados se habrían desecho de los bienes sustraídos, apreciación que es subjetiva puesto que no se ha ingresado a juicio oral información al respecto. Es más, los procesados fueron intervenidos e inmediatamente subidos a la móvil de serenazgo, en la que fueron conducidos debidamente custodiados hasta la Comisaria.
- El imputado Ortega Sernaqué no ha aceptado haber cometido el hecho punible, su disculpa genérica no es suficiente para considerar ello, Solicita que se admita su recurso.

#### **1.4.2. OFRECIMIENTO DE PRUEBA TESTIMONIAL:**

El testigo de descargo ofrecido en la primera instancia es ofrecido por la defensa técnica bajo el amparo del artículo 84,2,5- 421,2 – 422 del código procesal penal.

Ofrece al testigo JANS JUNIOR REA NICCHO, a efecto de que declare respecto:

- PARA Que diga que, si el agraviado le invito a tomar unos tragos o, conforme al dicho del testigo propuesto, el agraviado le solicito sus servicios “sexuales”
- El testigo ha referido que cobro la suma de S/ 30.00 soles, pero que el trato no se consumó puesto que el agraviado no tenía dinero para pagar dicho servicio, motivo por el que el referido testigo se negaba a acompañarlo, lo que motivo que el agraviado se moleste y le agarre las manos, lo que a su vez ocasiona que lo intervengan en su defensa los investigados.

El testigo propuesto deberá aclarar lo que el colegiado considera contradicción e ilogicidad en la declaración del testigo, tales como explicar cómo es posible

que dos sujetos desconocidos y a quienes nunca antes vio en su vida lo ayudaran del sujeto molesto (agraviado) versión que para el colegiado resulta ilógico.

Deberá explicar cómo resulta creíble su versión de que el agraviado no tenía dinero en su poder lo cual contrariamente (según apreciación del colegiado) por el hecho que ambos caminaban rumbo al hostel hace inferir que ya habían pactado los servicios y por tanto el agraviado tenía dinero.

Deberá explicar lo que para el colegiado resulta más ilógico en el sentido de que el testigo habría “*echado*” a sus benefactores diciéndole a los miembros del serenazgo “por allá se van”.

#### **1.4.3. SENTENCIA DE VISTA:**

Por intermedio de la resolución número 17 de fecha 30 de julio del 2015, los integrantes de la Sala penal de apelaciones revocan la sentencia contenida en la resolución número 09, de fecha 21 de abril del 2015 resolviendo:

Revocar la resolución número nueve mediante la cual se condena a los acusados **LUIS GOMER MORALES QUINTANA Y BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ** como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado, donde se le condena a 12 años de pena privativa de libertad efectiva quedando absueltos y ordenado su inmediata libertad, por los siguientes fundamentos.

En el Fundamento 24 el colegiado sostiene que ante las circunstancias descritas era imprescindible cumplir eficaz y adecuadamente con lo prescrito en el artículo 201 numeral 1 del código procesal penal establece que en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia de delito con cualquier medio de prueba idóneo. La citada norma procesal exige la obligatoriedad imperativa – no facultativa – para acreditar la preexistencia de la cosa materia del delito, lo cual correspondía efectuarlo al Ministerio público, por tener el deber de la carga de la prueba conforme al artículo VI

numeral 1, al no acreditarse este supuesto corresponde emitir sentencia absolutoria por falta de prueba idónea.

En el fundamento 25 manifiesta que “el colegiado de primera instancia entiende que se encuentra acreditado la preexistencia de la cosa es decir del celular y la suma de 20 nuevos soles, en base a la prueba por indicios, sin embargo, los mismos no resultan relevantes ni tienen relación para su acreditación antes indicada, además se parte de hechos no probados tales como que los acusados se deshicieron de los bienes sustraídos, el cual no está probado.

Que solo existe la versión de agraviado donde afirma que fue despojado de un celular y 20 soles, lo cual no ha podido ser corroborado con ninguna prueba, más aún si el fiscal pudo solicitar a la empresa de comunicaciones correspondiente información respecto a la persona a quien se le asigno en N° de celular 985032441, lo que tampoco se realizó máxime aun cuando el propio agraviado ha señalado en juicio no quería acompañar a la policía para denunciar el hecho.

Existe prueba irrefutable donde los acusados rebuscaron los bolsillo del agraviado, pero no existe prueba suficiente que efectivamente se apoderaron de un celular y 20.00 soles, puesto que al ser intervenidos inmediatamente después no se les encontró en poder de los mismos, ninguno de los citados bienes, por lo que también en este caso no encontramos ante una tentativa inidónea por absoluta impropiedad del objeto, establecido en el artículo 17 del código penal dado que existen indicios para llegar a dicha conclusión: los acusado no huyeron del lugar sino se retiraron caminando y principalmente por no habersele encontrado los bienes que según el fiscal imputa haber sido materia de apoderamiento, pese haber sido intervenidos a tres minutos de ocurrido el hecho, por lo que dicha tentativa tampoco sería punible.

En razón al artículo 408.1 del CPP y estando a que los motivos para absolver son aplicables para ambos encausados, al no ser exclusivamente personales

para el que impugno y en concordancia con el principio de equidad, corresponde absolver al no apelante Luis Gomer Molares Quintana.

#### **1.4.3.1. DECISIÓN:**

La Sala penal de apelaciones decide revocar la resolución impugnada que condeno a los acusados LUIS GOMER MORALES QUINTANA y BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, como coautores del delito contra el patrimonio – robo agravado (art. 188- 189 2 y 4 del código penal) en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez y se le impuso a ambos doce años de pena privativa de a libertad efectiva, en consecuencia REFORMANDOLA se les ABSUELVE del ilícito antes mencionados a ambos sentenciados, se ordena su inmediata libertad.

Voto singular: el magistrado Timina Girio sostiene que está de acuerdo con la decisión, sin embargo, añade algunas precisiones: que el letrado al cuestionar la falta de garantía sobre la transcripción del acta no ha informado o cuestionado el contenido del acta de transcripción en el sentido que, lo que se ha plasmado en el documento, sean situaciones diferentes a lo que se haya apreciado en el video, dicho de otro modo no ha dado argumentos que impidan valorar dicho documento como medio de prueba en tal sentido corresponde valorarlo conforme tal. En tal acta se describe que son dos las persona que atacan al agraviado, la misma que ha sido confirmado por el testigo JANS REA NICHU, estos dos atacantes son los mismo procesados.

Así mismo sostiene que ha quedado demostrado por medio del acta de transcripción de que se efectuó el cogoteo, lo ha arrastrado e incluso le han rebuscado los bolsillos, si bien la decisión de la Sala es de absolver de los cargos al apelante, no significa que esa conducta sea la correcta. Por el contrario, es incorrecto, lo que pasa es que el Ministerio Público no ha cumplido su rol de sustentar el extremo de la preexistencia del bien objeto de sustracción, coincidimos con él a quo cuando sostiene que los sujetos ha podido deshacerse delos bienes, pero para analizar

y concluir de esa manera se debió probar previamente si los bienes sustraídos efectivamente existían, acto que la fiscalía omitió y habrían actuado con negligencia, **por** lo que se dispone remitir copias certificadas de las piezas procesales para su pronunciamiento.

## MARCO TEORICO

### 2.1. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ROBO Y ROBO AGRAVADO

En cuanto al bien jurídico protegido debemos indicar que el delito de robo es un delito pluriofensivo, pues concurren diversos bienes jurídicos, así tenemos<sup>50</sup>:

- El patrimonio.
- La vida o salud - en el caso que medie violencia-, y
- La libertad de la persona - en el caso que medie amenaza-.

Se ha concebido también como un delito complejo, pues concurren varios hechos que están vinculados por una determinada relación jurídica. Efectivamente en este delito además de afectar el patrimonio de una persona, debe desarrollar la conducta mediante violencia o amenaza.<sup>51</sup>

El patrimonio debemos entenderlo como el bien que tiene un valor económico, mediante una relación entre dicho bien y la persona, la cual tiene una protección jurídica.

---

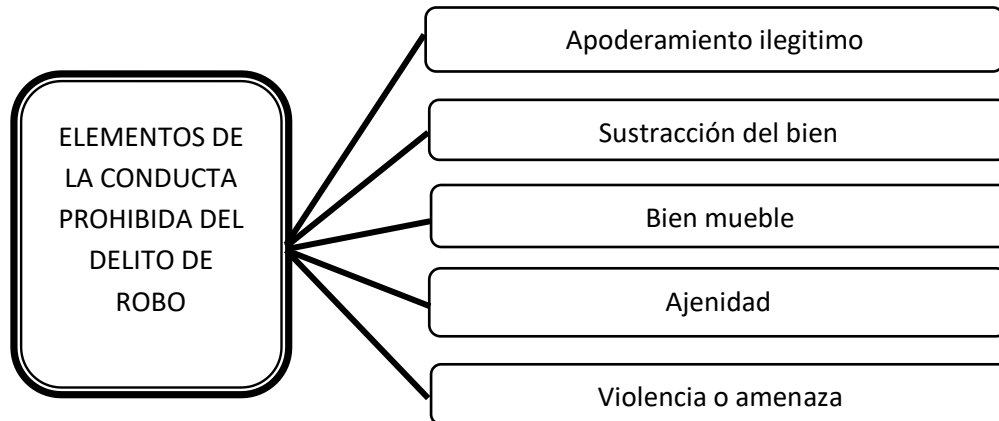
<sup>50</sup> BUSTOS RAMIREZ, J (1986). "Manuel de Derecho Penal. Parte Especial", Editorial, Ariel. S.A., Barcelona

<sup>51</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015). "Derecho Penal Parte Especial". Tercera Edición. Tomo II. Editorial IDEMSA. Lima.

## 2.2. TIPO OBJETIVO

En cuanto al aspecto objetivo del delito de robo, debemos indicar en primer lugar que se trata de un delito común pues sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona.

La conducta prohibida del delito de robo, prevista en el artículo 188 del Código Penal, tiene los siguientes elementos:



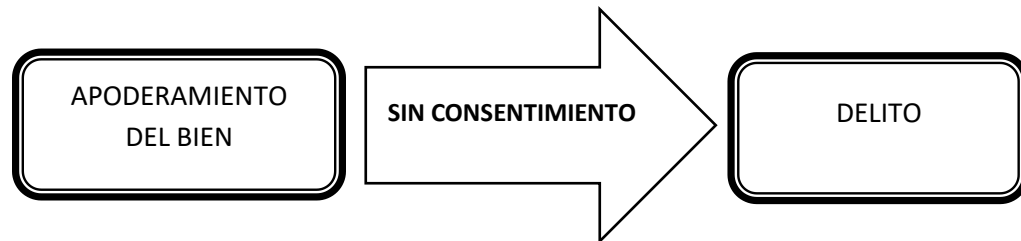
### 2.2.1. APODERAMIENTO ILEGÍTIMO.

El núcleo central del delito es la acción de apoderarse del bien que implica un comportamiento activo de desplazamiento físico del mismo del ámbito de poder patrimonial del tenedor a la del sujeto activo. La norma penal al emplear el verbo apoderar ha definido una acción típica consistente en la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos. Por tanto, el autor debe tener la disponibilidad, la autonomía o la posibilidad física de disposición. Apoderarse es poder ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea. Ejemplo: el carterista que baja de un transporte público con la billetera de su víctima, al abordar otro vehículo que va en sentido diferente al anterior está ingresando en apoderamiento del bien<sup>52</sup>.

---

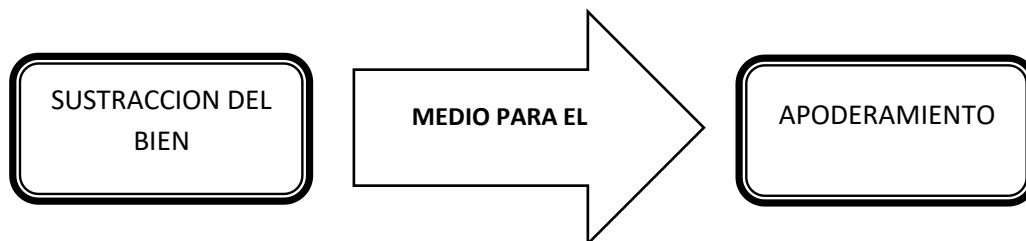
<sup>52</sup> BUSTOS RAMIREZ, J (1986). "Manuel de Derecho Penal. Parte Especial", Editorial, Ariel. S.A., Barcelona

La norma penal dispone que el apoderamiento debe ser legítimo, por tanto, el agente no debe tener derecho alguno de introducir el bien a su ámbito de dominio. Aquí entra a tallar el tema del consentimiento de la víctima, pues si ésta asiente que el agente se lleve el bien ya no se configurará el delito, apoderando el consentimiento como un supuesto de atipicidad. Por ejemplo: el alumno que permite que el profesor se lleve su código pues considera que le va a ser de utilidad<sup>53</sup>.



### 2.2.2. SUSTRACCIÓN DEL BIEN.

En el delito de robo la sustracción es concebida por la norma penal como el medio para el apoderamiento. Por tanto, el apoderamiento comienza necesariamente con la sustracción. La sustracción implica en sacar el bien del ámbito de custodia y vigilancia de la víctima. Ejemplo: el asaltante que le quita la bicicleta a la víctima, sacándolo del volante y montándose él en ella, pedaleando a velocidad para escapar.



### 2.2.3. BIEN MUEBLE.

La norma penal fija como objeto material del delito el bien mueble. Al emplear la norma penal el concepto de bien en vez del de cosa, permite introducir dentro de la

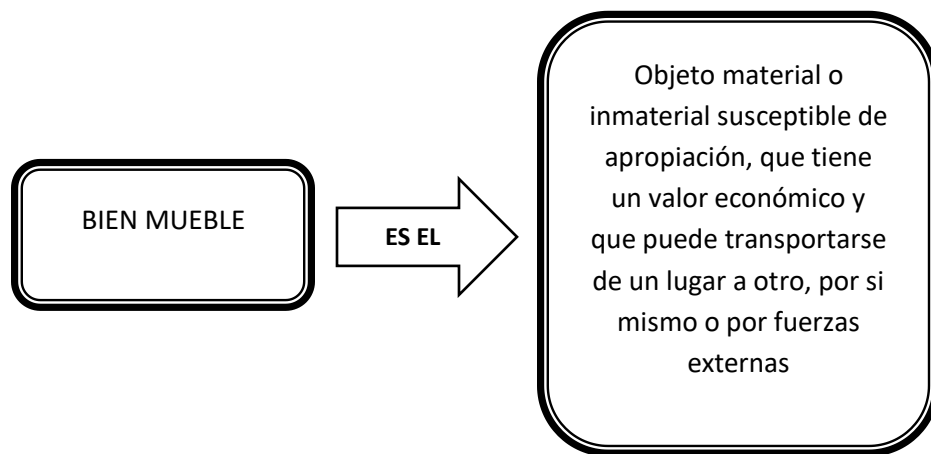
---

<sup>53</sup> PEÑA CABRERA, Raúl (1993). "Tratado de Derecho Penal. Partes Especial, Tomo II. Ediciones Jurídicas. Lima.



figura de robo, bienes no necesariamente corpóreos. El bien denota un concepto más amplio que el de cosa y se le puede definir como el objeto material e inmaterial susceptible de apropiación que brinda utilidad y tiene un valor económico<sup>54</sup>.

En cuanto al concepto de bien mueble debemos indicar que este posee, en el ordenamiento jurídico penal, una significación más amplia que la atribuida por la norma civil. Los bienes transportables de un lugar a otro, movidos por sí mismos o por fuerzas externas son muebles para la ley penal.



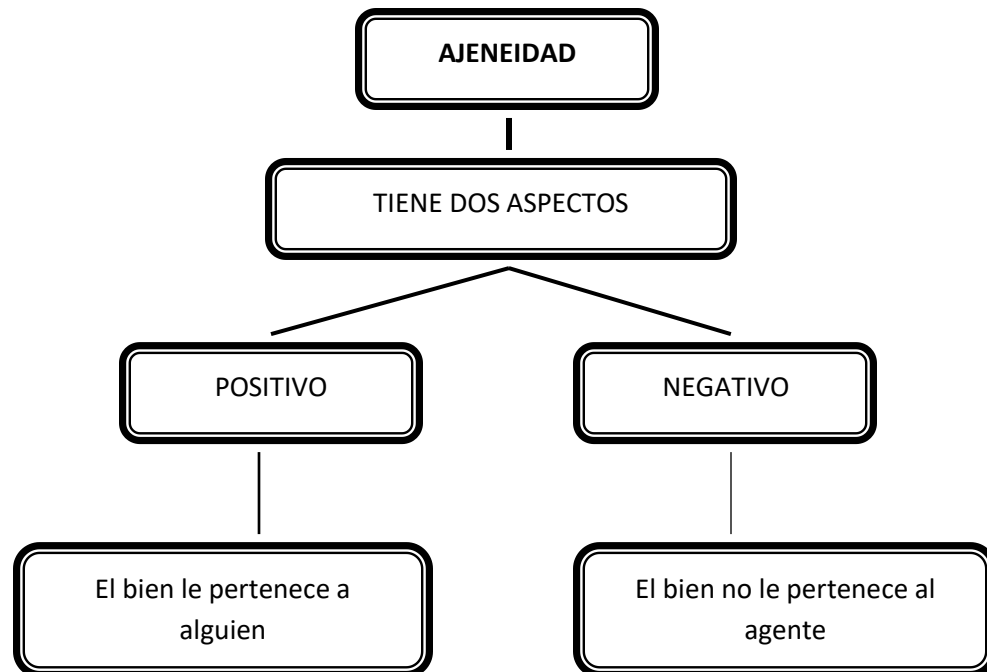
#### 2.2.4. AJENEIDAD.

El bien mueble debe ser total o parcialmente ajeno al agente. El concepto de ajeneidad tiene dos aspectos: positivo, en el sentido que el bien le pertenece a alguien y, negativo en el sentido que el bien no le pertenece al agente. Por tanto, no son ajenas la res nullius, que no se encuentran sometidas a posesión de persona alguna (por ejemplo, las piedras o las conchas en la orilla del mar), la res derelictae (cosas abandonadas por sus dueños) y la res communis omnius (cosas de todos). La norma penal precisa que el bien debe ser totalmente o parcialmente ajeno, ello implica que puede concurrir

---

<sup>54</sup> ROJAS VARGAS, Fidel (2000). “Delitos Contra el Patrimonio”, Volumen I. Grijley, Lima.

el delito en el caso de copropietarios si la propiedad está dividida en partes (cuotas proporcionales)<sup>55</sup>



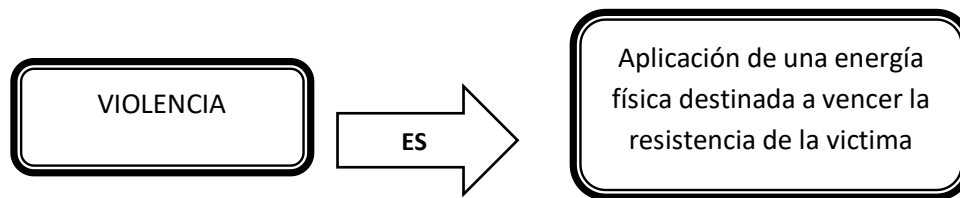
#### 2.2.5. VIOLENCIA O AMENAZA.

Este es el elemento que diferencia al delito de robo del de hurto. La violencia debe entenderse como violencia física, esto es la aplicación de una energía física destinada a vencer la resistencia de la víctima, por ejemplo: atar, golpear, empujar, apretar, amordazar, etc. En doctrina se considera que la violencia que se exige para configurar el robo debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de las personas, por lo que el mero arrebato de un reloj no implicaría robo sino hurto. La violencia física no necesariamente debe recaer sobre el sujeto pasivo, puede concurrir sobre cualquier otra persona.<sup>56</sup>

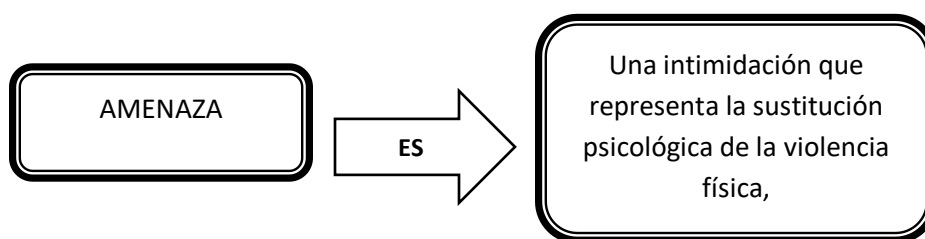
---

<sup>55</sup> ROJAS VARGAS, Fidel (2000). "Delitos Contra el Patrimonio", Volumen I. Grijley, Lima.

- <sup>56</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro (2012). "Derecho Penal Parte Especial", 5ta edición, Grijley E.I.R.L., Lima.



En cuanto a la amenaza ella es una intimidación que representa la sustitución psicológica de la violencia física, importa un comportamiento orientado a trabar la libertad de decisión de la víctima. La amenaza implica toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una persona a fin de quebrar su voluntad permitiendo al agente apoderarse del bien mueble. La norma penal señala que se debe amenazar a la víctima con un peligro inminente para su vida o integridad física, por tanto, la amenaza debe comprenderse como posibilidad actual de violencia efectiva, debiendo ser dicha amenaza grave.



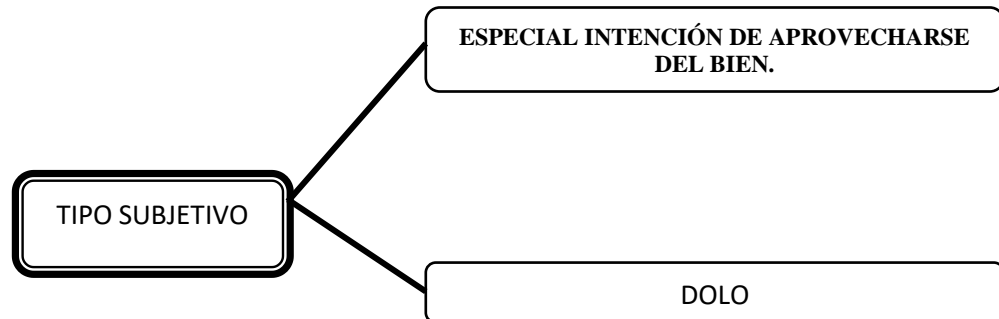
### 2.3. TIPO SUBJETIVO.

En lo que respecta al aspecto subjetivo del tipo, se exige que el agente actúe con dolo, esto es con consentimiento y voluntad. Pero el delito de robo exige además un elemento subjetivo especial, específicamente una especial intención, esto es que el agente actúe con el objetivo de aprovecharse del bien. El llamado animus lucrandi<sup>57</sup>. Siendo una especial intención el aprovecharse del bien debe estar presente en la finalidad del agente, pero no se requiere que se plasme en la realidad, así habrá delito

---

<sup>57</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro (2012). "Derecho Penal Parte Especial", 5ta edición, Grijley E.I.R.L., Lima.

de robo cuando el agente se llevó el televisor de una vivienda luego de golpear a su propietario, aun cuando no haya llegado a venderlo para obtener dinero por él.



2.4. PENALIDAD

2.5.

Luego de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N°. 896, la pena ha sido elevada a privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. Duplicando la penalidad anteriormente prevista.

## **II. JURISPRUDENCIA.**

- **Recurso de Nulidad N° 405.2015-Lima Norte** - El delito de robo es aquella conducta por el 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, que aunando, a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza como son la libertad la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad.
- **Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 - Fundamento 7** - Concurrencias de circunstancias agravantes especificadas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena. 1 las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel 7. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152°, 186° 189° y 297° del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr. Artículo 189° del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de segundo grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

- **Recurso de Nulidad N° 2191-2009 - Callao, de 19/10/2010.** El "ánimo de lucro" en el delito de robo agravado. Cuarto. que de los medios de prueba glosados se advierte que la conducta de los encausados cumplen con los elementos objetivos del tipo penal – apoderamiento ilegítimo de bien mueble ajeno mediante sustracción del lugar donde se encontraban, además del empleo de violencia sobre el agraviado-; que sin embargo, el delito de robo exige, aparte del dolo, la presencia de un elemento subjetivo del tipo como es en ánimo de lucro, le cual comprende la intención del agente de apoderarse del bien mueble para obtener un beneficio o provecho, que sin la presencia de este animus lucrandi no se configura el hecho punible descrito en el artículo 188° del Código Penal.
- **Casación 608-2015, Tumbes.** Insuficiencia probatoria. No basta la sola sindicación del agraviado Para la consumación del ilícito robo agravado, se necesita previamente verificar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo básico (robo simple), en caso contrario no existe robo agravado; en este sentido el tipo base exige la concurrencia de violencia y/o amenaza como medios para la sustracción del bien mueble; que si bien es cierto, en el caso de autos, se habría dado la violencia y/o amenaza, cuando declara el agraviado que, ante la resistencia que opuso, que el encausado junto con otro, quien le dio un "cabezazo" en la nariz, manando abundante sangre; sin embargo, no existe en autos el respectivo examen médico legal que determine lo indicado por el agraviado [...]; [...] además de ello, para configurar el delito de robo, se necesita acreditar el bien mueble sustraído, [...] sin embargo el agraviado no ha acreditado tampoco la preexistencia del bien mueble, con un medio probatorio documental (facturas, título de compraventa, etc.) teniendo en cuenta que en los delitos contra el patrimonio, como en el robo, es indispensable como prueba suficiente la preexistencia de los objetos del delito, ya que en este delito el bien jurídico protegido es el patrimonio.
- **STC 6712-2005-HC del 17/10/2005.** La pertinencia como uno de los requisitos de prueba de la siguiente forma: “pertinencia: exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con hecho y es objeto del proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto de proceso”.
- **STC 6712-2005-HC del 17/10/2005.** “**Conducencia o idoneidad:** el legislador puede establecer la necesidad en que determinados hechos deben ser probados a

través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho”.

- **STC 6712-2005-HC del 17/10/2005.** “Utilidad: se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, puede publicar evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con el los hechos que pretenden ser probados por la parte; y no se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes”.

## IV. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

A manera de análisis del presente expediente, resaltaré las siguientes observaciones, que se dieron a lo largo de todo el proceso, con incidencia de la legislación respectiva, los plazos, las formalidades, las deficiencias

### 4.1. ETAPA PREPARATORIA.

#### 4.1.1 DILIGENCIAS PRELIMINARES

A efectos de realizar un análisis minucioso es necesario recurrir a la norma Procesal Penal, ese sentido el Inciso 1 del Artículo 330 señala que el Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria. Y el inciso 2 indica que las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente.

Además, el Inciso 1 del Artículo 334 señala que el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la Investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado.

Finalmente, el Inciso 1 del Artículo 336 señala que si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los



requisitos de procedibilidad, el Fiscal dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

En el presente caso el Representante del Ministerio Público considero que existían indicios reveladores de la existencia del delito, por cuanto tenia los siguientes elementos de convicción, obtenidos dentro del informe policial, tenemos los siguientes: Acta de entrega de detenido y especies por civil, Acta de registro personal practicado a los imputados, declaración del agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez, declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca, declaración de los imputados, acta de recepción de CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca, acta de visualización de video, certificado médico legal practicado a la víctima, además del estudio de los actuados se desprende que el Fiscal formalizo Investigación Preparatoria el Mismo día que suscitaron los hechos, siendo imposible jurídicamente una posible prescripción de la acción penal, además los indiciados habían sido detenidos en flagrancia, cumpliendo el tercer presupuesto de la norma antes citada ( individualizado a los presuntos autores), bajo estos parámetros concuerdo con la decisión adoptada por el Representante del Ministerio Publico, por cuanto carecería de objeto aperturar investigación Preliminar en Sede Fiscal.

#### **4.1.2. DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA.**

##### **4.1.2.1. FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Para poder realizar análisis de lo que vendría a ser la investigación preparatoria en el NCPP es necesario revisar algunos artículos de dicho cuerpo normativo. En ese sentido el Inciso 1 del Artículo 321 señala que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación. Asimismo, señala que tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles

de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Y si bien de la lectura de este Artículo se desprendería que la Investigación Preparatoria es una sola, es necesario hacer una interpretación sistemática con otros artículos de dicho cuerpo normativo. Más aún si este se encuentra ubicado en el Título I, referido a Normas Generales de la Investigación Preparatoria

Con el acto de formalización de la Investigación preparatoria el Fiscal a cargo del caso pierde la potestad de archivar el mismo sin intervención judicial, Además se interrumpe el plazo prescripción.

Lo que el Fiscal Omitió, es practicar algunas diligencias destinadas a acreditar la titularidad del bien sustraído (equipo móvil), por cuanto el Representante del Ministerio Publico debió Oficiar a la empresa MOVISTAR, a efectos que informe a quien pertenece el número de 5.3teléfono que se encontró en el equipo celular.

#### **4.1.2.2. PRISIÓN PREVENTIVA.**

Se debe tener en cuenta que las medidas cautelares son instrumentos procesales tendientes a asegurar la eficacia, tanto de la pretensión de sanción (es decir, asegurar la probable imposición de una sanción penal al imputado, a través del aseguramiento de su presencia en el proceso penal), como de la pretensión de reparación (es decir, asegurar el cumplimiento de las consecuencias económicas que se le impongan al imputado, producto de la comisión de un delito.

Mediante requerimiento de fecha 14 de octubre el fiscal solicita se dicte mandato de prisión preventiva y el Juez de Investigación Preparatoria declara fundado el mismo por cuanto existe graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincula como autores o partícipes del mismo hecho delictivo, dentro de los principales que considero, tenemos, el Acta de recepción de CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca, Acta de visualización de video, Inspección técnico policial, Certificado médico legal practicado a los imputados, Certificado médico

legal practicado a la víctima, los mismos que hacen presumir razonablemente la participación de los imputados en la comisión del hecho delictivo y su vinculación con el mismos.

De la prognosis de la pena la conducta objeto de imputación, de acuerdo a la investigación, se encuentra previsto en el artículo 188° y con agravantes del artículo 189° primer párrafo numerales 2 y 4, esto es durante la noche (en horas de la madrugada) y con el concurso de dos o más personas (por ser dos los imputados), por lo que el cumplimiento en este extremo del presupuesto es incuestionable.

En relación al peligro procesal el Juez, sustenta su relación en este extremo, sosteniendo que habiéndose determinado que hay elementos de convicción suficientes, y son fundados y graves de la comisión del delito y su vinculación, la pena a imponerse es privativa de libertad es superior a cuatro años, criterio que según el fiscal hace colegir peligro de fuga del procesado, más aun que el daño causado al agraviado no solamente ha sido en sus bienes muebles, sino también a su integridad física, psicológica y moral, a esto añade el comportamiento desafiante y de amenaza contra el agraviado, razón por la cual la víctima no acudió a la práctica de ciertas diligencias como la de la evaluación médico legal, pese a que los abogados de los imputados trataron de rebatir este extremo.

Bajo estos fundamentos el Juez de Investigación Preparatoria de Barranca, declara fundado el Requerimiento de Prisión Preventiva, el mismo que fue confirmada por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicias de Huaura.

## **4.2. ETAPA INTERMEDIA**

### **4.2.1. DEL REQUERIMIENTO ACUSATORIO.**

La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del

Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°.1 NCPP)

A mi criterio en el presente caso el requerimiento acusatorio cumple con la formalidad por cuanto incluye un título de imputación determinado, es decir, una calificación, del hecho punible objeto de investigación preparatoria. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Además, debo dejar establecido que, el Representante del Ministerio Público, al momento de ofrecer medios probatorios para su actuación en juicio Oral, en específico, solo ofreció el acta de transcripción -CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca, mas no el CD, para su visualización acto de Juicio Oral.

#### **4.2.2. DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACION.**

La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal ese, y no otro, es su ámbito funcional

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente

a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

En el presente caso en audiencia de control de acusación no se planteó ningún medio técnico de defensa, ni tampoco nociones establecidas en el artículo 350. Inc.1, del NCPP, por lo que el juez de la causa saneo el Requerimiento Fiscal.

#### **4.2.3. AUTO DE ENJUICIAMIENTO**

Con fecha 10 febrero del 2015, por intermedio de la resolución número 07, el juez de investigación preparatoria de barranca, emite el auto de enjuiciamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 353°, cumpliendo las formalidades prescritas para dicho acto y remite los actuados al órgano correspondiente, lo que no preocupa mayor análisis.

### **4.3 ETAPA DE JUZGAMIENTO.**

#### **4.3.1. DE LOS ALEGATOS DE APERTUTA.**

El representante del Ministerio Público sostiene al apertura su teoría del caso, que se les imputa a BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE , LUIS GOMER MORALES QUINTANA se les atribuye haber participado conjuntamente en el delito de robo agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, hecho suscitado aproximadamente a las 03.00 horas del día 13 de octubre del 2014, en circunstancias que el citado agraviado se desplazaba por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza – Barranca en donde se encontró con unos homosexuales que estaban en dicha intersección, y se puso a conversar con uno de ellos, tomando luego la calle Pedro Reyes Barboza, a la altura del restaurant central momento que los investigados aparecen corriendo por detrás del citado agraviado, instantes en que fue cogoteado, por el investigado LUIS GOMER MORALES QUINTANA (quien vestía casaca de buzo color turquesa con negro y pantalón jean bermuda azul y zapatillas oscuras), quien le jaló violentamente

hacia el pavimento, logrando derribarlo, luego, ambos investigados proceden a rebuscar los bolsillos del agraviado, mientras este se encontraba tendido en piso, siendo que el investigado BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE (quien vestía casaca azul con blanco y jean bermuda color plomo desteñido y zapatillas deportivas) logra sustraerle un celular marca Samsung, color azul, Movistar N° 985032441 y S/. 20.00 Nuevos soles, tras lo cual se retiraron caminando por la calle José Gálvez con dirección hacia el norte, momentos en que aparece una camioneta de Serenazgo y en compañía del agraviado logran intervenirlos una cuadra del lugar de los hechos, para luego ser conducidos a la comisaria de Barranca.

Frente a la imputación fiscal la defensa técnica del acusado LUIS GOMER MORALES QUINTANA, precisa que los hechos ocurridos el día 13 de octubre del 2014 a horas 3.00 am atribuyendo a su patrocinado haber “cogoteado” al agraviado Juan José Espinosa Gutiérrez, y haber sustraído un celular antes ya mencionado y asimismo la suma de S/. 20.00 Nuevos soles; ante las acusaciones precisadas por el señor fiscal conforme se desprende de los hechos y los actuados, se aprecia que hay un acta de visualización de video en el que se narra claramente los hechos y circunstancias de como se ha iniciado, y así mismo con el descargo que se hecho con su patrocinado y con los medios probatorios admitidos a esa parte se van a esclarecer los hechos, por que solicita la absolución de su patrocinado.

Mientras tanto la defensa de técnica del acusado BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE, sostiene que este juicio oral el ministerio público no podrá probar responsabilidad penal de su patrocinado ni de su coacusado por cuanto la imputación que se le formula no corresponde a la realidad de los hechos, consecuentemente al término de este contradictorio y al no existir elementos objetivos que demuestren dicha responsabilidad, la defensa solicitara oportunamente se absuelva a su patrocinado de los cargos imputados

## 4.3.2 JUZGAMIENTO

### 4.3.2.1. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El colegiado impone doce años de pena privativa de la libertad efectiva, la misma que tiene como fecha de inicio el trece (13) de octubre del año dos mil catorce, y vence el doce (12) de octubre del año dos mil veintiséis, dispone el internamiento en el penal san judas Tadeo Carquín.

A criterio del colegiado funda su sentencia sosteniendo que se ha acreditado la pre existencia de los bienes sustraídos con la declaración jurada oralizada en Juicio, en ese contexto es necesario desarrollar el siguiente tema “Es necesario acreditar preexistencia del bien sustraído con medios probatorios idóneos en los delitos contra el patrimonio”

Nuestra legislación penal es un requisito sine qua non para los delitos contra el patrimonio que antes de iniciar una causa judicial se acredite la preexistencia del bien mueble sustraído o apoderado.

Es decir, el legislador ha incorporado como exigencia en los delitos contra el patrimonio que estos sean acreditados fehacientemente, ya que esta exigencia cumple una finalidad, y es que con ello se determine la materialidad del objeto, su valor económico, el daño causado y una posible reparación civil si es que la causa amerita verse en la vía penal al tratarse de un delito y no una falta

Como es de imaginar, esta carga solo le corresponde a la víctima o al sujeto pasivo del delito que es afectado con la pérdida del objeto a través del delito. A esto cabe señalar que no siempre la víctima es el titular del objeto del delito, sino que a veces puede darse el caso en donde frente a un delito contra el patrimonio puede concurrir tanto la víctima como el directamente agraviado.

Ahora, también es preciso mencionar que no siempre es suficiente probar la “preexistencia” de la cosa mueble, sino también resulta necesario

demostrar que subyace un vínculo jurídico entre el objeto y la víctima (o perjudicado). Esto quiere decir que respecto a objetos adquiridos ilícitamente no es posible justificar un proceso penal puesto que la supuesta víctima nunca podrá acreditar la preexistencia y menos aún justificar un vínculo jurídico válido.

La exigencia de la “preexistencia” ha sido constante en la legislación nacional. Así, podemos observar que en el inc. 1) del art. 201 CPP (2004) se señala: “En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa sustraída del delito, con cualquier medio de prueba idóneo”. Esta norma permite utilizar distintos medios de prueba para demostrar que el bien objeto del delito existió previo al hecho criminal, distinto incluso de la anterior fórmula legal contenida en el art. 245 CPP (1991).

En la práctica judicial aún se cree que la norma exige como medio de prueba para demostrar la preexistencia, algo tan cercano como un recibo o documento (boleta, factura, letra de cambio, contrato preparatorio, etc.), que diera por cierta la relación de propiedad víctima-objeto, por lo que prácticamente si no existe una boleta o una factura respecto al objeto, entonces el bien, para el ordenamiento jurídico-penal no existió y por tanto, el delito nunca se produjo.

Ahora bien, el aspecto positivo que trae consigo el CPP de 2004 es que aquella exigencia de prueba en los delitos patrimoniales se relativiza y permite que el bien mueble sea demostrado con distintos medios de prueba, incorporando como única exigencia de que estos sean idóneos. Un medio de prueba será idóneo en la medida que permita demostrar que el objeto existió y que estuvo en la esfera personal de la víctima mucho antes del evento delictivo. Sin embargo, yo agregaría que además de la idoneidad del medio de prueba se requiere la “suficiente”, es decir, la demostración fehaciente de que el bien es lícito, existe una relación jurídica válida y que,



además, tiene un valor económico en el mercado. La suficiencia, desde nuestro parecer, es demostrar indubitablemente que el bien costo cierto precio, que lo adquirió lícitamente la víctima y que, sobre todo, que se adquirió previo al hecho delictivo.

En el presente caso el imputado fue detenido en flagrancia, pero no se le encuentra en con el objeto del delito, al efectuar el registro personal (fecha) tampoco se le encuentra el referido bien suscrito en la declaración jurada por lo que consideramos que la declaración jurada actuada como prueba no es el medio idóneo para la demostración de la preexistencia, porque el derecho protege bienes adquiridos lícitamente, bien con una declaración jurada se puede dar legitimidad a un bien adquirido ilícitamente. Por otro lado, para poder probar la vinculación ex ante producido el hecho delictivo, esto es a nuestro punto de vista un medio probatorio una factura o una boleta.

**A nuestro criterio considero que, la declaración jurada no es el medio idóneo para la demostración de la licitud del bien objeto de sustracción, porque para un bien adquirido ilícitamente se puede hacer una declaración jurada, además este no acredita fehacientemente de que el bien objeto supuestamente sustraído existió por las siguientes razones:**

Una boleta bien puede ser remplazada por la declaración del dueño del objeto que fue entregado en forma de pago a la víctima del delito o incluso se puede hacer uso de la declaración del propio sujeto activo del delito cuando este es atrapado en flagrancia y señala qué características tenía el bien y a quién se lo sustrajo.

Además de ello, esta exigencia legal se complementa con el hecho de que nadie puede ser autor de un delito patrimonial si previamente no se logra probar que existió un bien objeto del delito, es más, demostrar esta relación

víctima-objeto del delito. Sin esta exigencia sería fácil e incluso arbitrario que cualquier persona pueda ser detenida y procesada con la simple versión de una aparente víctima sin que esta al final demuestre que aquel objeto que le fue sustraído fue adquirido lícitamente. Si no se logra probar una procedencia lícita del objeto sustraído o apode

#### **4.3.3 ETAPA DE IMPUGNACIÓN**

La defensa de BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE, interpone recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, teniendo como petitorio se revoque la misma en sus extremos, 1). Que condena a Benjy Camilo Ortega Sernaqué, como autor del delito de robo agravado, donde se condena a doce años de cárcel efectiva; 2) la reparación civil que fija la suma de quinientos soles a favor del agraviado, 4) el pago de las costas, en consecuencia, se absuelva y se declare su inocencia, considerando la no acreditación objetiva agravio a la libertad personal. De lo que puede concluir que se interpuso en el plazo de ley, además, el abogado recurrente tiene una sola pretensión la absolució de su patrocinado.

#### **4.3.4. SENTENCIA DE VISTA**

Por intermedio de la resolució número 17 de fecha 30 de julio del 2015, los integrantes de la sala penal de apelaciones revocan la sentencia contenida en la resolució número 09, de fecha 21 de abril del 2015 resolviendo:

Revocar la resolució número nueve mediante la cual se condena a los acusados LUIS GOMER MORALES QUINTANA Y BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE como autores del delito contra el patrimonio – robo agravado, donde se le condena a 12 años de pena privativa de libertad efectiva quedando absueltos y ordenado su inmediata libertad, por los siguientes fundamentos, entiendo como principal argumento lo siguiente.

En el fundamento 25 manifiesta que “el colegiado de primera instancia entiende que se encuentra acreditado la preexistencia de la cosa es decir del celular y la suma de 20 nuevos soles, en base a la prueba por indicios, sin embargo, los mismos no resultan relevantes ni tienen relación para su acreditación antes

indicada, además se parte de hechos no probados tales como que los acusados se deshicieron de los bienes sustraídos, el cual no está probado.

Que solo existe la versión de agraviado donde afirma que fue despojado de un celular y 20 soles. Lo cual no ha podido ser corroborado con ninguna prueba, más aún si el fiscal pudo solicitar a la empresa de comunicaciones correspondiente información respecto a la persona a quien se le asigno en N° de celular 985032441, lo que tampoco se realizó máxime aun cuando el propio agraviado ha señalado en juicio no quería acompañar a la policía para denunciar el hecho.

## V. CONCLUSIONES

1. En el presente caso el imputado fue detenido en flagrancia, pero no se le encuentra con el objeto del delito, al efectuar el registro personal tampoco se le encuentra el referido bien suscrito en la declaración jurada por lo que consideramos que la declaración jurada actuada como prueba no es el medio idóneo para la demostración de la preexistencia, porque el derecho protege bienes adquiridos lícitamente, bien con una declaración jurada se puede dar legitimidad a un bien adquirido ilícitamente. Por otro lado, para poder probar la vinculación ex ante producido el hecho delictivo, esto es “a nuestro punto de vista un medio probatorio una factura o una boleta.
2. Que la declaración jurada no es el medio idóneo para la demostración de la licitud del bien objeto de sustracción, porque para un bien adquirido ilícitamente se puede hacer una declaración jurada, además este no acredita fehacientemente de que el bien objeto supuestamente sustraído existió.
3. La idoneidad del medio probatorio para acreditar la preexistencia del bien sustraído, es en función de cada caso en concreto.
4. No se tuvo la certeza según el acta de transcripción que los objetos (teléfono celular y billete de 20 soles) hayan sido sustraídos del poder del agraviado, mucho menos.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARBÚLÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. “El Proceso Penal en la Práctica” Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
- BOVINO, Alberto (1998). Principios políticos del procedimiento penal. Editorial del puerto, Buenos Aires.
- BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Alberto (1997). “El Delito Informático en el Código Penal Peruano” Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima.
- BUSTOS RAMIREZ, J (1986). “Manuel de Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial, Ariel. S.A., Barcelona.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge (1996). Derecho Procesal Penal. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Argentina,
- CLARIA OLMEDO, Jorge (1960). “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editora Ediar, Buenos Aires,
- CATAFORA GONZÁLEZ, Manuel (1994). “De la presunción al principio de inocencia”. En: VOX JURIS, Revista de Derecho, Año 4, Lima Constitución Política del Estado Peruano (1993). Artículo 2.24.E.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (1997). El Proceso Penal. Teoría y Práctica, Palestra Editores, Lima,
- CAFFERATA NORES, José (2000). La prueba en el proceso penal. 4º edición, Depalma, Buenos Aires.
- CARNELUTTI, Francesco (1924). Cuestiones sobre el proceso penal. El foro, Buenos Aires.
- DE LA RUA, Fernando (1996) Teoría General del Proceso” Ed. De palma, Argentina.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Trotta, Madrid.
- GARCÍA RADA, Domingo (1973). Manual de Derecho Procesal Penal. 3ª edición, Imprenta Carrera, Lima.
- MAIER, Julio B. (1989). Derecho Procesal Penal Argentino, Editora Hammurabi, Buenos Aires

- MARTINEZ SANCHEZ, Mauricio (1995). Estado de Derecho y Política Criminal”, Consejo superior de investigaciones científicas, Bogotá Colombia.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio (1996). Manual de Derecho Procesal Penal, Editora Alternativas, Lima,
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015). "Derecho Penal Parte Especial". Tercera Edición. Tomo II. Editorial IDEMSA. Lima.
- PEÑA CABRERA, Raúl (1993). “Tratado de Derecho Penal. Partes Especial, Tomo II. Ediciones Jurídicas. Lima.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2000). “Delitos Contra el Patrimonio”, Volumen I. Grijley, Lima.
- ROY FREYRE, Luis Eduardo (1983). “Derecho Penal Peruano Parte Especial”, Tomo III. Lima.
- ROXIN, Claus (2000). Derecho Procesal Penal. p. Traducción de la 25° edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Realizada por Julio B.J. Maier. Editores del puerto, Buenos Aires.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2006). “Delitos contra el Patrimonio”. Jurista Editores. Segunda Edición Lima.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2012). “Derecho Penal Parte Especial”, 5ta Edición, Grijley E.I.R.L., Lima.