

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



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL  
(SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIAL)  
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:**

**BACH. KENYO ETHEL MALLQUI RAMOS**

**ASESOR:**

**ABOG. JULIO CESAR PALA GARCIA**

**HUARAZ-ANCASH-PERÚ**

**2019**

**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: MALLQUI RAMOS KENYO ETHEL

Código de alumno: 101.1604.655 Teléfono: 947306533

E-mail: kenyomallquiramos@gmail.com D.N.I. n°: 47610538

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

**2. Tipo de trabajo de investigación:**

- Tesis
  Trabajo de Suficiencia Profesional  
 Trabajo Académico
  Trabajo de Investigación  
 Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

**3. Para optar el Título Profesional de:**

ABOGADO

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

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL (SUSTENTACION DE EXPEDIENTE JUDICIAL)

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**5. Facultad de:**

**6. Escuela o Carrera:**

**7. Asesor:**

Apellidos y nombres PALA GARCIA JULIO CESAR D.N.I n°: 32040402

E-mail: julio1226.jp@gmail.com ID ORCID: \_\_\_\_\_

**8. Referencia bibliográfica:**

**9. Tipo de acceso al Documento:**

- Acceso público\* al contenido completo. Acceso  
 restringido\*\* al contenido completo

*Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.*

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

\_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_

## 10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

## 11. Otorgamiento de una licencia CREATIVE COMMONS

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

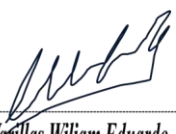
## 12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz, 01/02/2021

Firma:



  
 Varillas William Eduardo  
 Asistente en Informática y Sistemas  
 - UNASAM -

**\*Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**\*\* Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**SECCION DE GRADOS Y TITULOS**



**ACTA DE SUSTENTACION**  
**PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 96 – FDCCPP**

MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día lunes primero de febrero del dos mil veintiuno, se presentaron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", el Jurado Calificador integrado por los docentes:

PhD. FELIX CLAUDIO JULCA GUERRERO : PRESIDENTE  
Abog. ARMANDO CORAL ALEGRE : SECRETARIO  
Abog. JULIO CESAR PALA GARCIA : VOCAL

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación de los Expedientes Judiciales: **Expediente Civil N° 1623-2012-0-0201-JM-CI-01** - Materia: Indemnización por daño moral, **Expediente Penal N° 00791-2015-0-0201-JR-PE-03** - Delito: Hurto Simple; del Bachiller **MALLQUI RAMOS KENYO ETHEL**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el Bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinado en relación a los Expedientes Judiciales sustentados. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

**PROMEDIO : DIECISEIS (16).**

**RESULTADO : Aprobado por unanimidad.**

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las doce y media horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

  
PHD. FELIX CLAUDIO JULCA GUERRERO  
PRESIDENTE

  
Abog. ARMANDO CORAL ALEGRE  
SECRETARIO

  
Abog. JULIO CESAR PALA GARCIA  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

*A Dios y a mis padres, por haberme forjado como persona y contribuir con mi formación profesional, y por su apoyo incondicional, para conservar la perseverancia necesaria y lograr mis metas progresivamente. A mi alma mater, que forjó mi camino exitoso.*

## ÍNDICE

RESUMEN.....	v
ABSTRACT .....	vi
I MARCO TEÓRICO.....	1
1.1 Parte sustancial.....	1
1.1.1 El sistema procesal peruano .....	1
1.1.2 El Nuevo Código Procesal Penal .....	3
1.1.3 Principios que rigen el Nuevo Código Procesal Penal (2004) .....	8
1.1.3.1 Tutela judicial efectiva .....	8
1.1.3.2 Inmediación.....	10
1.1.3.3 Publicidad.....	11
1.1.3.4 Oralidad.....	13
1.1.3.5 Plazo razonable .....	13
1.1.3.6 El principio de imparcialidad .....	14
1.1.3.7 Presunción de inocencia.....	15
1.1.3.8 <i>Ne bis in idem</i> .....	17
1.1.3.9 Principio acusatorio.....	19
1.1.3.10 Derecho de defensa .....	20
1.1.3.11 Principio de contradicción.....	21
1.1.3.12 Principio de concentración.....	22
1.1.4 Hecho punible .....	24
1.1.5 El delito .....	24
1.1.6 Delitos contra el patrimonio.....	27
1.1.7 Hurto .....	30
1.2 Parte procesal .....	36
1.2.1 El proceso penal común .....	36
1.2.2 Etapas del proceso.....	36
1.2.2.1 La investigación preparatoria.....	36
1.2.2.2 Etapa intermedia.....	38
1.2.2.3 El juzgamiento o juicio oral .....	39
1.2.3 Impugnación en el proceso penal.....	44
1.2.3.1 Concepto .....	44

1.2.3.2 Naturaleza jurídica .....	46
1.2.3.3 Clasificación de los medios impugnatorios.....	47
II JURISPRUDENCIA .....	53
III ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE .....	55
3.1 Investigación preparatoria.....	55
3.1.1 Hechos materia de investigación.....	55
3.1.2 Diligencias preliminares.....	55
3.1.3 Disposición de formalización y continuación de la investigación preparato	57
3.1.4 Prórroga de la investigación preparatoria .....	58
3.1.5 Conclusión de la investigación preparatoria .....	58
3.2 Etapa intermedia.....	61
3.2.1 Requerimiento acusatorio.....	61
3.2.2 Control de acusación.....	61
3.3 Etapa de juicio oral.....	65
3.3.1 Auto de citación a juicio oral .....	65
3.3.2 Acta de registro de juicio oral instalada .....	65
3.3.3 Índice de registro de audiencia de continuación de juicio oral .....	69
3.3.4 Índice de registro de audiencia de continuación de juicio oral .....	70
3.3.5 Índice de registro de audiencia de continuación de juicio oral .....	72
3.3.6 Sentencia .....	73
3.4 Etapa impugnatoria .....	75
3.4.1 Recurso de apelación.....	75
3.4.2 Inicio de audiencia de apelación de sentencia condenatoria.....	80
3.4.3 Sentencia de vista.....	80
IV CONCLUSIONES .....	83
V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

## RESUMEN

El delito de hurto está definido en el artículo 185 del Código Penal, en el que se establece que consiste en la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, efectuada con ánimo de lucrarse y sin que concurran la violencia y la intimidación en las personas, ni la fuerza en las cosas. El presente informe analiza el caso del agraviado, Zenobio Gregorio Toledo Osorio, y de la denunciada, Gregoria Dominga Toledo Salazar, quien, junto con su esposo y dos sujetos no identificados, según la denuncia, fue encontrada con árboles cortados y partidos dentro de los terrenos de la propiedad del denunciado, con la autorización de Fortunato Marcelino Toledo Osorio, padre de la denunciada. Ante ello, el agraviado le propuso a la denunciada llegar a un acuerdo mediante la repartición de los árboles cortados, a lo que esta se opuso, y con ayuda de las personas que la acompañaban procedió a sustraer los árboles; por ello, luego el agraviado realizó la denuncia correspondiente. En la etapa intermedia, en el control de acusación, el fiscal acusó a Toledo Salazar Gregoria Dominga por el presunto delito de hurto simple, y con ello la imputada fue sentenciada condenatoriamente en primera instancia; luego la sentenciada interpuso el recurso de apelación, con el cual obtuvo la absolución de la acusación fiscal.

***Palabras clave:*** Hurto simple, patrimonio, daños, presunción de inocencia.



## **ABSTRACT**

The crime of theft is defined in article 185 of the Penal Code, which establishes that it consists of the appropriation of someone else's personal property, without the will of its owner, carried out with the intention of profit and without violence and violence. intimidation in people, nor force in things. This report analyzes the case of the victim, Zenobio Gregorio Toledo Osorio, and of the accused, Gregoria Dominga Toledo Salazar, who along with her husband and two unidentified individuals, according to the complaint, were found cutting down and splitting trees from the land of the property of the accused, with the authorization of Fortunato Marcelino Toledo Osorio, father of the accused. Given this, the aggrieved proposed to the defendant to reach an agreement by distributing the cut trees, to which she opposed, and with the help of the people who were accompanying her, she proceeded to remove the trees; For this reason, the victim later made the corresponding complaint. In the intermediate stage, in the control of the accusation, the prosecutor accused Toledo Salazar Gregoria Dominga for the alleged crime of simple theft, and with this the defendant was sentenced to conviction in the first instance; then the sentenced woman filed an appeal, with which she obtained the acquittal of the prosecution.

***Keywords:*** Simple theft, patrimony, damages, presumption of innocence.

# I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1 Parte sustancial

#### *1.1.1 El sistema procesal peruano*

Parafraseando al profesor Aroca Pérez (2003), la reforma procesal penal en Chile (en Perú) constituye, en esencia, una respuesta integral, coherente, frente a la impostergable necesidad de adaptar el sistema de justicia penal a los requerimientos de la sociedad actual. (p. 9)

Ya la exposición de motivos del anteproyecto del Código Procesal Penal de abril de 2004 señalaba que “son varias las razones que justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal. Desde un punto de vista del derecho comparado, casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador.

Esta tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los tratados internacionales de derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el orden interno, la opción asumida por la Constitución de 1993 al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público obliga adecuar el proceso penal a dicha exigencia constitucional.

De otro lado, la permanente fragmentación de la legislación procesal penal ocurrida en las dos últimas décadas convierte en imperiosa la necesidad de

organizar toda la normativa en un cuerpo único y sistemático y bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal”.

De allí que Cubas Villanueva (2004) sostenga que son varias razones que justifican que nuestro país cuente con un Nuevo Código Procesal Penal, destacando tres:

- Desde el punto de vista del derecho comparado, casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.
- La necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los tratados internacionales de derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos humanos, Convención Americana de Derechos humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y a las normas contenidas en la Constitución Política del Estado que otorgan la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público.
- La imperiosa necesidad de organizar toda la normatividad procesal en un cuerpo único y sistemático, bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal.

Desde nuestro punto de vista, queremos agregar que, con la incorporación a nuestro sistema penal del sistema acusatorio, con sus bondades y defectos, constituye hoy por hoy un modelo procesal penal que introduce y respeta los 6 principios procesales que tanto se pregona. De modo que era inevitable insertar este sistema; de lo contrario el colapso en la justicia penal peruana se va agudizar. Ahora depende de los operadores de justicia penal para que esto funcione; el juez controlando que se respeten las garantías y derechos de los sujetos procesales; el

fiscal controlando y conduciendo el trabajo policial; y la defensa a la expectativa del cumplimiento del debido proceso. (Cubas Villanueva, 2004, p. 7)

### **1.1.2 El Nuevo Código Procesal Penal**

El nuevo modelo procesal, así como sus instituciones, se edifican sobre la base del modelo acusatorio cuyas grandes líneas rectoras a considerarse son (Rosas Yataco, 2009):

- **Determinación de los roles.** Separación de funciones de investigación y de juzgamiento, así como de la defensa. La distribución de este trabajo en el sistema de justicia penal era impostergable, no solo por el fundamento constitucional, sino porque era la única forma de hacer operativo en la práctica y que esto obtenga un resultado eficaz, en cumplimiento del principio de la imparcialidad, ya que si el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública y a quien se encomienda también la carga de la prueba, quien mejor el más indicado para plantear la estrategia de investigación y desarrollarla conjuntamente con la Policía, formulando sus hipótesis y conclusiones al conocimiento de una noticia criminal. Es interesante, abundando en este ítem, lo expresado por Núñez Ojeda (2000), que la existencia de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público solo es posible en el marco de un sistema penal inspirado en el principio acusatorio, ya que surge como consecuencia necesaria de la adopción de aquella forma de enjuiciamiento: al separar definitivamente la función requeriente de la persona del juez, encomendándosele al Ministerio Público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva), resulta claro que la tarea preliminar al eventual

ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano requeriente.

(p. 252)

- **Rol fundamental del Ministerio Público.** En el trabajo desarrollado y elaborado por el Ministerio Público, preparado silenciosamente por un equipo de fiscales bajo la presidencia de la doctora Gladys Echaíz Ramos, se señala expresamente que en su nuevo rol, la figura del fiscal se fortalece asumiendo una acción protagónica como director de la investigación, que liderará trabajando en equipo con sus fiscales adjuntos y la Policía, diseñando las estrategias a ser aplicadas para la formación del caso y, cuando así corresponda, someterlo a la autoridad jurisdiccional, esta nueva actitud conlleva a que en el proceso ya no se repitan las diligencias. El nuevo despacho fiscal toma elementos del modelo corporativo de trabajo, el mismo que permite la gestión e interacción de sus actores, incluyendo criterios importantes para el control y seguimiento de sus servicios; recogiendo la valiosa experiencia de veintitrés (ahora veintiséis) años de funcionamiento del Ministerio Público en el Perú, en la formulación de una propuesta acorde con nuestra realidad, considerando la diversidad geográfica y multicultural del país. (Ministerio Público, 2009)
- **El juez asume unas funciones, entre otros, de control de garantías de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.** Efectivamente, el Nuevo Código Procesal Penal le encomienda el control de la investigación realizada por el fiscal, en tanto se cumplan con los plazos y el tratamiento digno y adecuado a las normas procesales de los sujetos procesales. De modo que la víctima o imputado que cree se han vulnerado sus derechos procesales en la investigación, de cuya dirección le compete al fiscal, puede acudir al juez para que proceda de

acuerdo a ley. Es interesante mencionar lo advertido por el profesor español Miranda Estrampes (2005), que el ejercicio de las funciones del juez no debe limitarse a convalidar formalmente las solicitudes del Ministerio Público, sino que debe asumir un papel activo en defensa de los derechos del imputado y de las demás partes. El juez de la investigación preparatoria no puede convertirse en un simple juez estampillador. El control judicial de la investigación llevada a cabo por el fiscal debe ser efectivo para que realmente cumpla con la función de garantía que tiene encomendada y para que el nuevo sistema procesal sea operativo. (p. 456)

- **El proceso penal común se divide en tres fases:** investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento. La primera fase la conduce el Ministerio Público. La segunda y tercera le corresponde su dirección al juez. Este modelo de proceso penal llamado común es el proceso único que contempla el Código Procesal Penal.
- **El fiscal solicita las medidas coercitivas.** A diferencia del anterior sistema procesal, en el sistema acusatorio que imprime este Nuevo Código Procesal Penal, se faculta al Ministerio Público a requerir las medidas coercitivas, sean estas personales o reales.
- **El juzgamiento se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas.** Esta fase la conduce el juez y permite que el fiscal sustente su acusación, permitiendo asimismo que la defensa pueda contradecir dicho argumento en un plano de igualdad procesal, equilibrando la balanza, demostrando el juzgador su absoluto respeto y cumplimiento al principio de la imparcialidad. Jaén Vallejo (2000) explica que aparte de la oralidad e

inmediación, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba. El profesor Florencio Mixan Mas (1996) ha señalado que el contradictorio en audiencia se concreta —entre otras modalidades— poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; por ejemplo, la oportuna y eficaz práctica del principio del contradictorio entre el acusador y el acusado hace necesario que este tenga un defensor versado en las ciencias penales, para que le oriente adecuadamente durante la audiencia y pueda contraponer argumentos técnicos jurídicos a los que esgrima el acusador. Finalmente, Ambos (2005) ha referido que, según la concepción moderna, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar el caso bajo condiciones que no impliquen ninguna posición desventajosa respecto de la contraparte. Ello depende tanto de la apariencia exterior como de la elevada sensibilidad respecto de una equitativa administración de justicia.

- **La garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento.** Esta garantía de la oralidad permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad. Binder (1993) expone que la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.
- **La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, siendo la excepción la privación de la libertad del imputado.** En el marco de un

auténtico Estado de derecho, la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, solo puede revestir carácter excepcional. Junto al derecho a la presunción de inocencia y como lógica consecuencia de este aparece que la prisión preventiva debe regirse por el principio de excepcionalidad. A la vez, la excepcionalidad emerge de la combinación entre el derecho a la libertad y la prohibición de aplicar una pena que elimine totalmente dicho derecho. (Reátegui Sánchez, 2006, p. 153)

- **Diligencias irrepetibles, excepcionalmente son permitidas cuando las razones así lo justifican.** En el sistema anterior había toda una repetición de diligencias, desde manifestación policial, indagación fiscal e instructiva, tratándose del imputado.
- **Se establece la reserva y el secreto en la investigación.** Entendemos como reserva de la investigación cuando esto implica el mantenimiento en la esfera particular de los sujetos procesales del contenido de la investigación, con exclusión de los demás que no son considerados como sujetos procesales, mientras que el secreto de la investigación significa el desconocimiento de una diligencia o documento de la investigación de los sujetos procesales por un tiempo prudencial.
- **Nueva organización y funciones de los jueces y fiscales.** Este nuevo modelo implementado por el Código Procesal Penal ha modificado sustancialmente la estructura, organización y funciones del sistema de justicia penal. Así —como se verá más adelante—, la Fiscalía de la Nación ha incorporado la Fiscalía Corporativa, como la figura del fiscal coordinador. Ocurre lo mismo en el Poder Judicial con los jueces de la investigación preparatoria, unipersonal y colegiado.



### ***1.1.3 Principios que rigen el Nuevo Código Procesal Penal (2004)***

Los principios que inspiran el nuevo modelo procesal se encuentran contemplados en el título preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, a saber, estos representan las características esenciales de un proceso. Como todo principio, su existencia da sentido e inspiran a las normas concretas, siendo que en caso de deficiencia o vacío de normas se ha de recurrir a ellos a fin de resolver la controversia que se pueda generar.

Estos tienen un carácter general y abstracto, asimismo son considerados como garantías del proceso penal y su origen además de constitucional está en el ordenamiento supranacional como son las diversas convenciones y tratados de derechos humanos que amparan los derechos fundamentales de las personas.

Su objeto consiste en inspirar el proceso penal y darle un marco de seguridad jurídica, constituyendo una serie de garantías que se han de respetar en pro de un proceso, valga la redundancia, garantista y respetuoso de los derechos de todo justiciable, dotando de transparencia el proceso penal y el resultado a que su desarrollo arribe.

#### **1.1.3.1 Tutela judicial efectiva**

A este principio lo encontramos en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. La tutela jurisdiccional efectiva comprende:

- a) El derecho de todo ciudadano de acceder a la justicia y ser oído por el órgano jurisdiccional.
- b) El derecho a obtener una resolución de fondo y
- c) El derecho a la ejecución de esta resolución.

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de los Estados parte respetar los derechos reconocidos en ella y «garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole. Origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Este principio que informa la función jurisdiccional, y que ha sido reconocido como tal por nuestra Carta Magna, consiste en el derecho subjetivo que tiene todo ciudadano de acudir a la administración de justicia a efectos de demandar que se le reconozca, extinga o modifique un derecho reconocido normativamente por el ordenamiento jurídico en sujeción a las normas que garantizan un Debido Proceso. (Peña Cabrera, 2009, p. 67)

Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional, que la Constitución reconoce, debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que esta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápido.

De otro lado, como señala Sánchez Velarde (2000), el derecho a la tutela jurisdiccional no solo comprende el derecho que tienen las partes para invocarlo accediendo a la jurisdicción y dentro del proceso jurisdiccional, sino también la observancia y aplicación por los jueces y tribunales de esta garantía; por lo que, tampoco se limita a la interposición de la acción judicial o pretensión sino que,

también tiene amplia cobertura durante el proceso judicial, en los actos que requieren de la decisión jurisdiccional; por último, no se prodiga este derecho solo en el ámbito penal sino también en cualquier otro que obligue la intervención y decisión judicial.

Este principio a su vez contiene sub principios como son: El derecho de acceso a la justicia, el cual de acuerdo con Montero Aroca (2000) se refiere, obviamente, a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que estos se pronuncien sobre la pretensión que formule un titular del derecho. Este derecho de acceso no solo se ve plasmado en la posibilidad de requerir del órgano jurisdiccional respuestas a las solicitudes concretas del justiciable, sino que quepa la posibilidad de instar la justicia en defensa de los derechos de las partes. Como correlación al derecho de acceso a la justicia se encuentra el subprincipio de gratuidad de la justicia penal, por el cual en general el proceso penal no tiene costo mayor al de los gastos por algún concepto administrativo, por lo que la gratuidad es la regla general para este proceso.

### **1.1.3.2 Inmediación**

Según Rosas Yataco (2009), este principio surge como consecuencia lógica del principio de oralidad que es otra de las garantías procesales más importantes del juicio oral, según el cual, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la intervención del órgano jurisdiccional encargado de emitir el respectivo fallo, esto es, se materializa la presencia física de los sujetos procesales. Por este principio el contacto entre el órgano jurisdiccional y las demás partes es directo. El juez podrá interrogar de manera directa al procesado y del mismo modo el fiscal y su defensa.

Siendo que en el nuevo proceso penal prima la oralidad de las actuaciones, es con la inmediación de las partes que cada una de ellas podrá sacar sus conclusiones sobre la realización o no del hecho materia de investigación y sobre la responsabilidad del agente, pues la inmediación no implica el oírse directamente sino percibir con los demás sentidos las actitudes que denote el interrogado. (p. 638)

En cuanto a la inmediación el doctor Neyra Flores (2010), señala que comprende, a su vez, dos aspectos:

- ✓ **Inmediación formal.** El juez que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba sin poder dejar esta a cargo de otras personas.
- ✓ **Inmediación material.** El juez debe de extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que se puedan utilizar equivalentes probatorios. (p. 136)

### **1.1.3.3 Publicidad**

Toda persona tiene derecho a un juicio, previo, oral, público y contradictorio, señala el Nuevo Código Procesal en su artículo 2 del título preliminar. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El principio de Publicidad contrariamente a un modelo inquisitivo procura que el juicio oral este dotado de transparencia, pues el secreto del mismo no es acorde a las garantías de un proceso debido, con este principio se busca evitar

cualquier arbitrariedad que pudiera cometerse, brindando seguridad al justiciable respecto a la realización del juicio en cumplimiento irrestricto de sus derechos.

Es con la publicidad que se tiene las puertas abiertas del juicio no solo a las partes sino a la Sociedad quien podrá concurrir, en la que puedan ser testigos que el desenvolvimiento judicial es transparente, al igual que el de los demás sujetos procesales participantes.

No obstante, determinados casos requieren de privacidad dado el carácter delicado de la controversia como es el caso de los procesos por delito de violación sexual, en el que la intimidad de la víctima no puede ser soslayada por la publicidad como garantía, pues en un análisis de ponderación la intimidad de una persona está por encima de algunas garantías dada su naturaleza.

La publicidad en materia probatoria es importantísima, tanto así que la prueba sin publicidad solo se practica como excepción, pues la formación de la prueba debe ser controlada por el pueblo, no solo en la sentencia sino también en el mismo momento de su producción. El fundamento de la publicidad tiene un triple significado:

1. Consolidar la confianza en la administración de justicia.
2. Fomentar la responsabilidad en los órganos de la administración de justicia.
3. Evitar que causas ajenas a la causa influyan en el juez y por ello en la sentencia. (Neyra Florez, 2010, p. 137)

#### **1.1.3.4 Oralidad**

Es la manifestación de la renovación en el fondo y en la forma que se introduce, es que se adopta la forma más transparente y generalmente también la más rápida de adoptar las decisiones judiciales, que son las audiencias orales, que alcanzan su culminación en el juicio oral, caracterizado porque el tribunal forma su convicción solo con lo que ve y percibe por sus propios sentidos; es lo que refiere Carocca Pérez (2005, p. 14).

#### **1.1.3.5 Plazo razonable**

Este principio se encuentra comprendido en la garantía procesal del debido proceso y al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en sendas sentencias como, por ejemplo:

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 3509-2009-PHC/TC-LIMA Caso Walter Gaspar Chacón Málaga, ha señalado con respecto al Plazo Razonable que “El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139°, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14°, inciso 3.c de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”; y en el artículo 8°, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: “ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55 de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. (Rosas Yataco, 2009, p. 139)

El artículo I del título preliminar señala que la justicia penal debe impartirse por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable. Debemos deducir que se trata cuando los plazos no han sido establecidos, porque de lo contrario si los plazos han sido señalados expresamente, es obligatorio su cumplimiento, de modo que todo acto procesal o etapa procesal debe concluir dentro de un tiempo que no exceda y que perjudique a los intervinientes o sujetos procesales.

#### **1.1.3.6 El principio de imparcialidad**

Este principio tiene su marco normativo establecido en el artículo 139° de la Constitución inciso 2), así como en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La garantía de la Imparcialidad, está contenida en la figura del juzgador como un tercero que actúa sobre las partes en el proceso, es la forma o modo en que

el juez se desempeña frente al conflicto que tiene en sus manos a resolver, de modo tal que es equidistante a los mismos a fin de que pueda con plena libertad analizar con prudencia y objetividad el caso, concluyendo en una decisión lo más justa posible.

Por su parte, Montero Aroca (2000) con relación a la imparcialidad indica que es netamente subjetiva y dependerá de cada persona el ser capaz o no de actuar con objetividad y cumpliendo la función de actuar el Derecho objetivo en cada caso concreto. (p. 98)

Finalmente, podemos precisar que esta garantía es una de las principales de todo proceso, pues asegura que la resolución que se emita ha de ser objetiva, sin que el juzgador tenga interés en el resultado del proceso, ni que tenga algún tipo de vinculación con los integrantes del proceso penal o con alguno de los elementos de convicción que se hayan generado. Más aun teniendo el nuevo modelo bien definidos los roles de cada uno de los actores, dividiendo con claridad las funciones que cada uno ha de desempeñar no resulta posible pensar que sobre una sola persona recaiga la función de tener la carga de la prueba y juzgar a la vez, estableciendo la figura del fiscal y del juez quien tiene una misión específica en cada una de las etapas procesales, sea en la investigación del delito y acopio de pruebas, ejercicio de la defensa, control judicial, juzgamiento y emisión del fallo final.

#### **1.1.3.7 Presunción de inocencia**

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que



toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”. Este principio se encuentra además consagrado en el Artículo 2, inciso 24, literal e) de nuestra Constitución Política, el mismo que prescribe lo siguiente: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

La presunción de inocencia ha sido formulada desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica. (Claria Olmedo, 1960, p. 232)

Es por este principio que el imputado no puede ser tratado durante el transcurso del proceso como si fuera culpable, de lo que se deriva las tres reglas de la presunción de inocencia, la de tratamiento del imputado, la de prueba y la de juicio.

Este principio a su vez encuadra un derecho fundamental de la persona, por el cual el Estado tiene limitaciones en el ejercicio de su *ius puniendi* en todo lo que pueda afectar bienes o derechos del ser humano. La finalidad de este principio es

equilibrar tanto el interés del Estado en que se reprima la delincuencia como el de la persona en mantener a salvo su libertad y dignidad.

Dentro del proceso mismo, la aplicación de este principio implica considerar al procesado como inocente y por ende no resultan aplicables medidas que anticipen la imposición de una pena. Así también a efectos de dictar una sentencia condenatoria se requiere de la existencia de una debida actividad probatoria, llevada a cabo con todas las garantías pues su inexistencia llevaría al órgano jurisdiccional a emitir una sentencia absolutoria.

Este último aspecto se encuentra al detalle en el inciso 1 del artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal, que señala: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

#### ***1.1.3.8 Ne bis in idem***

Se encuentra definido en el artículo III del título preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, que lo establece como interdicción de la persecución penal múltiple, y que a la letra dice:

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es

la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este código. (Nuevo Código Procesal Penal, 2004)

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, lo establece en su artículo 8º numeral 4. 4. “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Este principio resguarda que la persecución por un delito solo se hará por una vez, es por este que se proscribe que una persona sufra una doble condena o nuevo proceso por el mismo hecho; en ese sentido, se trata de una garantía personalísima.

Ello indica que, como garantía personal, el principio rige individualmente y no posee efecto extensivo; ello porque la garantía torna inviable una persecución penal ya ejercida, concluida o en ejercicio, evitando los intentos repetidos para condenar a un mismo individuo, pero carece de eficacia para transformar el ilícito, lo que es antijurídico y punible.

Por su parte Jame Reátegui Sánchez (2006) señala que los criterios para establecer adecuadamente la presencia de una persecución múltiple deben concurrir por lo menos tres identidades:

- ✓ Identidad de persona (*eadem personas*).
- ✓ Identidad de objeto (*eadem res*).
- ✓ Identidad de causa de persecución (*eadem causa petendi*).

Como se ha venido refiriendo el principio de *ne bis in idem* tiene dos acepciones: a) Sustancial y b) Procesal. Para ello, tomamos como referente lo expresado por San Martín Castro (2009):

- a) **Sustancial:** La garantía del *ne bis in idem*, cuyo reconocimiento constitucional de modo específico se encuentra en el artículo 193, inciso 13, de la ley fundamental, se expresa en dos exigencias. La primera que siempre se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud.
- b) **Procesal:** El *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo.

#### **1.1.3.9 Principio acusatorio**

Neyra Flores (2010) resalta la importancia de este principio pues refiere que configura el diseño de nuestro nuevo sistema procesal y posibilita la organización de nuestro proceso penal en atención a postulados garantistas y eficientes, así este principio exige la separación de funciones, la existencia de la acusación entre otros que tienen relación el derecho de defensa que será tratado en atención a su importancia garantista del imputado y otros sujetos procesales que tienen algún interés en el transcurso del proceso penal. De ahí que podemos indicar que no hay proceso sin Acusación, el cual es el requerimiento fundamental y motivado de una sanción sobre el imputado.

El principio acusatorio constituye un criterio configurador del proceso penal, según el cual, sin una previa acusación, la imputación —a una o más personas concretas— de determinados hechos, no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno.

Se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Así, respecto de la referida distribución de roles, se tiene que, el Nuevo Código Procesal Penal, ha conferido la titularidad del ejercicio público de la acción penal en los delitos, así como el deber de la carga de la prueba, al Ministerio Público. En tal sentido se prescribe que será tal entidad la que asuma la conducción de la investigación desde su inicio.

#### **1.1.3.10 Derecho de defensa**

Se encuentra regulado expresamente en el artículo 11° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 14° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como en el artículo 8° inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el contexto nacional el derecho de defensa está reconocido constitucionalmente en el art. 139 inciso 14 el cual señala que: son principios y derechos de la función jurisdiccional “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o de las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

Este principio por su contenido se puede manifestar de las siguientes maneras, en las diversas actuaciones procesales: a) al derecho de toda persona a ser asistido por un abogado defensor, el hecho de no contar con defensa genera un

estado de indefensión para el imputado, derecho que no se agota en la posibilidad de designación sino en que este defensor cumpla efectivamente con labor de defensa encomendada. b) derecho a ser informado de la acusación respecto a los hechos, móviles, tiempo, espacio y medios de prueba con que cuenta la parte acusadora. c) Derecho a contar con los medios necesarios para preparar la defensa. d) derecho del imputado a participar en los actos de investigación, como es el caso de la defensa material en la cual el imputado ejerce su propia defensa, sin perjuicio de la defensa técnica y en determinado estadio procesal. e) Derecho a contar con un tiempo razonable para preparar la defensa. f) Derecho a la no autoincriminación, de gran importancia y trascendencia actualmente dada la tendencia garantista de nuestro ordenamiento procesal. g) Derecho a no ser condenado en ausencia.

Como podemos apreciar el derecho de defensa es un principio importante que recoge a su vez derechos que derivan de él, por lo que podemos señalar que su contenido es amplio y, asimismo, que informa a todo el proceso.

#### **1.1.3.11 Principio de contradicción**

El principio de contradicción guía básicamente todo el desarrollo del juicio oral, pero esencialmente la actividad probatoria, pues otorga la posibilidad a los sujetos procesales de realizar sus planteamientos, aportar pruebas, discutir las, debatirlas, realizar las argumentaciones iniciales, finales y realizar opiniones ante cuestiones incidentales, etc.

El principio de contradicción es una garantía de defensa, en el sentido de que en virtud de esta el juzgador como tercero imparcial tiene la obligación de

conceder a cada sujeto procesal la argumentación y contradicción de su tesis o antítesis, que vienen a ser los argumentos de la acusación y la defensa.

La contradicción permite también que el juez pueda aceptar una información que ha sido debidamente procesada y puesta a prueba. Previamente la trasladará a la contraparte para que sea quien logre desmentirla o desvirtuarla utilizando toda su capacidad para contradecirla, a través del contra-examen. Por tanto, a los jueces les debe interesar que la contraparte realice cabalmente su rol, para resolver con las mejores garantías el caso concreto, ya que una prueba sometida a contradicción es una prueba de mejor calidad. Esto es que, si una de las partes somete a consideración una evidencia o prueba, ha de ser necesario correr traslado a la parte contraria a fin de que pueda desvirtuarla y es así que los jueces podrán utilizarla como elemento de convicción que sustente la tesis o antítesis del caso.

#### **1.1.3.12 Principio de concentración**

El principio de concentración está vinculado a la etapa del juicio oral y está referido a la unidad de actuación procesal, esto es que todos los actos procesales deben desarrollarse en una audiencia (fase inicial, fase probatoria y fase decisoria), con la finalidad de mantenerlas vívidas en el recuerdo del juzgador. En realidad, es un ideal el hecho que se actúen las pruebas, se tengan en cuenta los alegatos y demás, pero al no ser posible en todos los casos, lo ideal es que sea de manera continua o muy próxima la realización de las sesiones de juicio.

Sobre el punto antes señalado, Mixan Mass (2003) nos indica que la concentración “consiste en que esta debe realizarse en el tiempo estrictamente necesario según el caso concreto, ni mucho, ni poco, establece el autor; continúa

diciendo, la sesión o sesiones no deben ser arbitrariamente diminutas ni indebidamente prolongadas, una adecuada nacionalización del tiempo permitirá el normal debate contradictorio, mediante el normal ejercicio de la función persecutoria, la cabal contra argumentación de la defensa y el debido conocimiento del caso por el juzgador. Solo si las audiencias se realizan en el tiempo estrictamente innecesario se podrá conservar la autenticidad del conocimiento integral sobre el caso hasta el instante de expedir el fallo”. (Mixan Mass, 2003, p. 55)

El Nuevo Código Procesal Penal prevé que la audiencia se lleve a cabo bajo el amparo de los principios de inmediación, continuidad y concentración de modo tal que se inicie y se lleve a cabo sin dilaciones innecesarias, por lo que de ser posible se ha de realizar en una sola sesión el debate a fin de que un caso penal se resuelva en el plazo estrictamente necesario. Existiendo excepciones a la regla, esto es las causales de suspensión de la audiencia:

- a. Por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del imputado o su defensor;
- b. Por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y,
- c. Cuando este código lo disponga.

Finalmente, Cubas Villanueva (2004) precisa lo siguiente respecto al principio de concentración lo siguiente:

Está referido primero, a que en la etapa del juicio oral serán materia de juzgamiento solo los delitos objeto de la acusación fiscal. Todos los debates estarán orientados a establecer si el acusado es culpable de esos hechos. Si en el curso de los debates resultasen indicios de la comisión de otro delito, este no podrá ser juzgado en dicha audiencia. En segundo lugar, el principio de concentración requiere que, entre la recepción de la prueba, el debate y



la sentencia exista la “mayor aproximación posible”. Este principio está destinado a evitar que, en la realización de las sesiones de audiencia de un determinado proceso, se distraiga el accionar del tribunal con los debates de otro. Es decir, que la suspensión de la audiencia exige que cuando los jueces retomen sus actividades, continúen con el conocimiento del mismo proceso, a fin de evitar una desconcentración de los hechos que se exponen. (p. 45)

#### ***1.1.4 Hecho punible***

Es una perturbación grave al orden social, penada por ley, también denominado conducta delictiva. En el ordenamiento jurídico penal peruano adopta una clasificación bipartita, es decir delitos y faltas, diferenciándose del derecho penal comparado que le da una clasificación tripartita: crimen, delito y faltas.

#### ***1.1.5 El delito***

Según Bustos Ramírez (2004), la definición de delito ha sido desarrollada por la doctrina desde tres perspectivas:

- a) **Concepto formal del delito.** Según esta, el delito es toda acción u omisión prohibida por la ley bajo amenaza de una pena o medida de seguridad.
- b) **Concepto material del delito.** Según esta, el delito es la conducta humana que lesiona o expone a peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.
- c) **Concepto analítico del delito.** Según esta, el delito se encuentra constituido por tres elementos: tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. En otras palabras, según el concepto analítico el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable; por ende, se distingue estos tres elementos diferentes

y ordenados, de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. (p. 287)

Mir Puig (2008) sostiene que

a las categorías que ya conocemos de la teoría del delito, actualmente debe añadirse la exigencia del aspecto punible o sancionable del hecho considerado delito” concepto analítico el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable; por ende, se distingue estos tres elementos diferentes y ordenados, de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. (p. 114)

#### **1.1.5.1 Categorías del tipo**

a) **Tipicidad:** La tipicidad es la operación mediante la cual un hecho que se ha producido en la realidad adecuado o encuadrado dentro del supuesto de hecho que describe la ley penal, es decir, se pasa de un hecho real (que ha sucedido) a una descripción abstracta y genérica. En otras palabras, es la adecuación de un hecho determinado con la descripción prevista en el tipo penal (un mandato y prohibición) ya sea esta dolosa o culposa. La tipicidad es una exigencia del Estado de Derecho, vinculada al principio de legalidad.

Dolo: Se ubica dentro del ámbito de la tipicidad subjetiva. Es conocimiento y voluntad que tiene el sujeto agente para la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Quien realiza una conducta en el ámbito penal tiene una finalidad y un ánimo, de modo que entiende lo que hace y quiere actuar.

Gómez Benites (1984) refiere que “dolo es ese estado psicológico (subjetivo) dentro del ámbito del tipo penal” (p. 325).

En opinión de Bramont Arias y Bramont Arias Torres (2001), “el dolo incluye el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha relación es antijurídica, y no incluye la consciencia de la antijuricidad” (p. 162).

Culpa: Por oposición al dolo, en la culpa no hay una dirección del querer hacia la concreción del hecho típico, pero en cualquier actividad lícita en sí misma, el hombre debe desenvolverse de modo que no ofenda bienes jurídicos de terceros, actuando al margen de ciertas normas de seguridad, que a veces están expresamente consagradas por el derecho y en otras surgen con claridad de las mismas relaciones de la experiencia.

De allí que la culpa pueda ser conceptualizada como la inobservancia del deber de cuidado en el desenvolvimiento de la propia conducta para evitar daños a terceros. Es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar.

El fundamento de esta manera de imputar un resultado dañoso radica en la infracción de una norma de cuidado, es decir, en no haber actuado con el cuidado debido a fin de evitar la lesión de un bien jurídico.

- b) Antijuricidad:** Muñoz Conde (1996) manifiesta que “la antijuricidad es un juicio de valor negativo que recae sobre un comportamiento humano y que indica si es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico, pero no todo comportamiento antijurídico es relevante jurídicamente, solo los

comportamientos antijurídicos que también son típicos pueden dar lugar a una reacción penal” (p. 84)

Esta categoría debe referirse tanto en su vertiente formal y material; la primera establece que la antijuricidad es la contrariedad al derecho presentada por un comportamiento consistente en la no observancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma. Es decir, la contradicción entre comportamiento (acción u omisión) realizado por el sujeto activo y el ordenamiento jurídico. La segunda examina si el hecho típico afecto realmente al bien jurídico. Pero, esto no basta, se requiere establecer el grado de afectación del bien jurídico, tal aspecto puede darse, ya sea la lesión concreta del bien jurídico y la puesta en peligro del bien jurídico.

- c) **Culpabilidad:** Es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor. Entonces la culpabilidad implica de un reproche, consiste en mostrarle al sujeto activo, haber obrado con el derecho (a pesar de que podía actuar de otro modo distinto para evitar el hecho punible). Por su parte, Hurtado Pozo (2005) sostiene que “la culpabilidad es la recriminación por no hacer lo que su oportunidad hubiera podido y debido hacer. Es así que es un resultado de un juicio de valor, cuyo objeto es la actitud interior, subjetiva del autor de la acción típica y antijurídica” (p. 214).

### ***1.1.6 Delitos contra el patrimonio***

El Código Penal dedica el título V a la regulación de los delitos contra el patrimonio y está estructurado en once capítulos, que tratan del hurto (Cap. I), del robo (Cap. II), del abigeato (Cap. II.A), de la apropiación ilícita (Cap. III), de la

receptación (Cap. IV), de la estafa y otras defraudaciones (Cap. V), del fraude en la administración de personas jurídicas (Cap. VI), de la extorsión (Cap. VII), de la usurpación (Cap. VIII), de los daños (Cap. IX), de los delitos informáticos (Cap. X), y de las disposición común (Cap. XI). Los delitos contra el patrimonio constituyen una característica de nuestra sociedad actual, en la que su criminalidad, está determinada por los volúmenes formados por los elevados índices de delitos de robo y hurto, no solo en el Perú sino también en el mundo, copando en gran parte la administración de justicia, ante lo cual en la doctrina se han pronunciado:

En este sentido, parte de los delitos tipificados en el CP debían considerarse privados, por ejemplo, los hurtos, estafas, apropiación indebida, alzamiento de bienes, quiebras fraudulentas, daños y otros delitos contra el patrimonio, incluidos los robos con fuerza en las cosas. Debe admitirse que la renuncia de la víctima del delito, o perjudicado en su caso, lleve el sobreseimiento y archivo del procedimiento. Esto permitiría que la víctima consiguiera ser indemnizada, siendo ella misma la que decidiera si la compensación ha sido suficiente como para pedir el archivo de la causa.” (Serrano Gómez, 2000, p. 318)

En cuanto al bien jurídico objeto de la tutela penal por los delitos que comprende el título V, en la doctrina y legislación comparada se dan dos posiciones, la primera impuesta por el Código Penal Francés de 1810, que señalaba que el bien jurídico era la propiedad y la segunda impuesta por el Código Penal italiano de 1889, que señalaba que el bien jurídico era el patrimonio. En el Perú el Código Penal, de 1863, consideró que el bien jurídico objeto de la tutela penal era la propiedad, siendo a partir del Código Penal de 1924, en que se consideró y se

mantiene a la fecha que el bien jurídico objeto de la tutela es el patrimonio. Teniendo en cuenta que nuestro legislador para esquematizar nuestro Código Penal, ha seguido la tradición universal que fuera impuesta por don Francisco Carrara, en 1863, en que publica su obra Programa de Derecho Criminal, en que por primera vez esquematizo los delitos en función del bien jurídico, lo ha señalado taxativamente al denominar el rubro del Título V: Delitos contra el patrimonio, constituyendo un acierto, ya que expresa el objeto de la gran mayoría de los delitos del título.

El concepto de patrimonio esta dado como “el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica” (Cabanellas, 1968, p. 250). En pocas palabras, se podría decir que *patrimonio* es el conjunto de bienes y derechos de una persona, acepción que logra expresar mejor el objeto de los delitos del título, ya que también, por ejemplo, es objeto de tutela por el título la posesión. Desde la concepción mixta del patrimonio, los tratadistas para superar las deficiencias conceptuales, han conjugado los factores jurídicos y económicos y de ese modo se ha construido la concepción mixta.

Para esta teoría vendría a constituir patrimonio de una persona todos aquellos bienes con valor económico y reconocidos o protegidos por el derecho. En tal sentido, se incluyen en el patrimonio de una persona tan solo los bienes que son valorados económicamente pero siempre que estén en su poder en base a una relación jurídica tutelada por el derecho. Esta es la teoría actualmente dominante. (Salinas Siccha, 2006, p. 663)

### **1.1.7 Hurto**

El delito de hurto, en el Código Penal peruano, constituye el tipo penal básico de los delitos contra el patrimonio. El capítulo, es conformado por los delitos de hurto simple, art. 185, hurto agravado, art. 186, dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite potadoras de programas art. 186-A, y hurto de uso, art. 187.

#### **1.1.7.1 Hurto simple**

- a) **Descripción legal en el CP de 1991, art. 185:** El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación.
- b) **Bien jurídico tutelado:** Por la ubicación sistemática del tipo en el Código Penal, el bien jurídico objeto de la tutela penal es el patrimonio, como el conjunto de bienes y derechos que tiene toda persona.
- c) **Elementos de la tipicidad:** La tipicidad es el primer paso en el proceso de subsunción de un supuesto de hecho con relevancia penal a la descripción que hace el legislador en un tipo penal. La tipicidad es el elemento o categoría que permite o impide la formalización y continuación de la investigación preparatoria conforme lo establece el CPP, art. 336.1.

- **Tipicidad objetiva:** Dentro de la tipicidad objetiva encontramos a dos tipos de Sujetos:
  - ✓ **Sujeto pasivo:** Del delito de hurto también puede ser cualquier persona, ya sea natural o jurídica, ya sea propietaria o poseedora de un bien mueble. Cuando el bien está en posesión de una persona diferente del dueño, sujeto pasivo de la acción será quien ostente la posesión y sujeto pasivo del delito será siempre el propietario.
  - ✓ **Sujeto activo:** Del delito de hurto, puede ser de acuerdo con la fórmula empleada por el legislador cualquier persona, a acepción del dueño del bien mueble objeto material del hurto. “El propietario de un bien mueble que lo sustrae de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de este o de un tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años” (CP, art. 191).

#### **Actos materiales:**

- ✓ **De la acción.** En el delito de hurto la acción típica está presidida por el verbo rector “apodera” constituyendo el núcleo de su base, determinando que para ser agente de este delito debe de “apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, para obtener provecho”. Elementos de la acción: Apoderarse ilegítimamente, viene a ser el desplazamiento físico, sin tener derecho de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño o poseedor, separando el bien del ámbito del poder patrimonial de su propietario o poseedor, y en una situación de disponibilidad lo incorpora a su patrimonio el agente,



asumiendo una posición igual a la del propietario, en desmedro del poder de disposición real de propietario o poseedor. El apoderamiento, mediante sustracción, materialmente define el delito de hurto, asimismo también, constituye el elemento central de identificación para determinar la consumación y la tentativa en el delito de hurto. Respecto del bien mueble en la doctrina española, Muñoz Conde (1996) plantea que “por cosa mueble hay que entender todo objeto del mundo exterior que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento. Entre las cosas muebles se comprenden también los animales y aquellos elementos de inmuebles que pueden ser separados y trasladados a otro lugar (estatuas adosadas a la pared, materiales de construcción etc.). En definitiva, el concepto de cosa mueble en el delito de hurto es un concepto funcional que no coincide con el concepto civil.” (p. 318)

Bien mueble total o parcialmente ajeno, de acuerdo al diccionario es ajeno lo que pertenece a otro, o lo que no le pertenece a una persona y de acuerdo al delito materia sub examine viene a ser lo que no es propiedad del agente. Un bien es parcialmente ajeno cuando el agente sustrae un bien que parcialmente le pertenece, que puede ser por tener la calidad de copropietario o coheredero, conjuntamente con otras personas. Sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, viene a ser el apartamiento, extracción, separación, como actos de desplazamiento del bien mueble del poder de la víctima que realiza el agente, para llevarlo a la esfera de su poder.

La Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima, por Resolución Superior del 15 de abril de 1999,

sentencio “para que se configure el delito de hurto, es necesario que se acredite no solo el apoderamiento del bien mueble, sino también la sustracción del lugar en que previamente se encontraba; y si bien es cierto, que se ha demostrado que los encausados se hallaban en posesión de los bienes sustraídos de la agraviada, no es menos cierto que tenga que demostrarse que ellos sean los autores de dicha sustracción.” (Exp. 5940-98 en Jurisprudencia Penal Patrimonial, Rojas Vargas, 2000, p. 304). (Salinas Siccha, 2006, pp. 670-671)

- ✓ **De los medios:** El agente puede hacer uso de una diversidad de medios para cumplir la acción, como el arrebato, pero debe ser sin uso de la fuerza en las cosas ni violencia sobre la persona.
  
- **Tipicidad subjetiva:** El delito de hurto solo puede ser punible a título de dolo, y se cumple con el elemento psicológico de acuerdo con lo dispuesto por el CP, art. 12, cuando el agente cumple con los elementos del dolo: El elemento cognitivo, el agente lo cumple con el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento, y el conocimiento de “apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, para obtener provecho”. El agente cumple con el elemento volitivo, cuando su comportamiento conlleva la voluntad de cumplir los elementos objetivos típicos, no se admite la forma culposa. El ánimo de lucro, al que hace referencia el tipo “para obtener provecho” es la intención de apropiarse de la cosa.
  
- **El error de tipo en el delito de hurto:** El error de acuerdo a los elementos del tipo del delito de hurto; “supone la inexistencia de conocimiento por parte del

sujeto activo de uno o de todos los componentes objetivos del tipo penal. En tal sentido el error de tipo representa un sustancial déficit en el componente subjetivo del delito. Para el caso del hurto, ello se explica así: el autor tiene la voluntad de apoderarse de una cosa, ignorando o desconociendo que la misma es ajena: de lo que se colige que el comportamiento de apoderamiento bajo tal contexto cognoscitivo (de conocimiento) es irrelevante penalmente (no existe tipicidad).” (Rojas Vargas, 1999, p. 195)

Cuando se le atribuye a una persona la comisión del delito de hurto, ya que en razón de su condición de transportista, fue sorprendido, en circunstancias que pretendía sustraer dos ejes de carro, los mismos que fueron trasladados a otra ciudad, que el respecto el acusado, tanto en su manifestación policial y su instructiva, acepta haber transportado los ejes, precisando que los transportó en razón de que su coacusado, así se lo pidió, a lo que accedió debido a que en ese momento se encontraba presente el jefe del taller, quien consintió que se transportaran dichos bienes. Versión que ha sido corroborada con la declaración policial en presencia del representante del Ministerio Público del jefe del taller; lo cual es suficiente para tener que el acusado ha actuado en error de tipo, toda vez que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo delito.

Si el agente ha cumplido con todos los elementos de la tipicidad del delito de hurto; el hecho es típico, por lo que, de acuerdo con la Teoría general del delito, corresponde el análisis de la segunda categoría; la antijuridicidad.

- d) La antijuridicidad:** Será objeto de análisis la acción de “apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del

lugar donde se encuentra, para obtener provecho”. Si concurre la legítima defensa (art. 20.3); el estado de necesidad justificante (art. 20.5); si actuó por una fuerza física irresistible (art. 20.6); compelido por un miedo insuperable (art. 20.7), o si ha obrado por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber (art. 20.8), etc. En el delito de hurto el consentimiento tácito actúa como causa de justificación excluyendo la tipicidad, en un caso de conflicto entre la voluntad del tenedor del bien y la del propietario, quien tiene mejor derecho. Si no concurre ninguna causa de justificación que justifique el comportamiento frente al ordenamiento jurídico, para el derecho penal es insuficiente un hecho típico y antijurídico para la imposición de la pena es necesario determinar si el comportamiento puede ser atribuido o imputable a su autor.

- e) **La culpabilidad:** El comportamiento de, “apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, para obtener provecho”, goza de capacidad penal, para responder por dicho comportamiento o es un inimputable, para tal caso tenemos que determinar si concurren las eximentes de responsabilidad que establece el CP le alcanzan: El art. 20.2 del CP establece que la minoría de edad constituye una causa de inimputabilidad, por lo que, al no haber alcanzado los 18 años de edad, con la sola constatación, queda excluido de su responsabilidad penal. Así mismo también si no sufre de anomalía psíquica, o grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. También se tiene que establecer que el agente le era posible comportarse de acuerdo al

derecho absteniéndose de realizar la acción típica, ya que de no haber tenido otra alternativa que hacerlo, el agente no será culpable de su comportamiento.

## **1.2 Parte procesal**

### ***1.2.1 El proceso penal común***

El CPP tiene como eje central el denominado “proceso penal común” aplicable al grueso de los casos penales. El proceso penal común se encuentra regulado pormenorizadamente en el libro III del nuevo estatuto procesal penal, encontrándose dividido en tres fases o etapas procesales: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juzgamiento.

### ***1.2.2 Etapas del proceso***

#### **1.2.2.1 La investigación preparatoria**

La investigación preparatoria consta de dos fases o sub-etapas:

- a) Investigación preliminar:** La investigación preliminar, está constituida por el conjunto de diligencias preliminares. De acuerdo con el artículo 330.1 del NCPP, el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la investigación de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.

La investigación preparatoria es la etapa anterior al proceso penal y está constituida por un conjunto de actos realizados directamente por el fiscal o por la Policía bajo su dirección, y con la concurrencia de especialistas, que permitirán tomar conocimiento sobre un hecho que presuntamente constituye delito, esta etapa goza también el principio de reserva.

Estas indagaciones constituyen el primer momento de la investigación y preceden a la investigación fiscal propiamente dicha. La finalidad de las diligencias preliminares, según Burgos Mariños (2008), es que el fiscal decida si formula o no la investigación preparatoria. Es decir, un fin probatorio tendiente a verificar la existencia de indicios de delito, y un fin individualizador, tendiente a lograr datos identificatorios del presunto autor. (p. 118)

Según el artículo 330.2 del NCPP, 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.
- Asegurar los elementos materiales de la comisión de los hechos.
- Individualizar a las personas involucradas en la comisión de los hechos, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurándola debidamente.

**b) Investigación preparatoria propiamente dicha:** La investigación preparatoria es una etapa del proceso penal en que se trata de superar un estado de incertidumbre, y en la cual se realizan las actuaciones que determinarán los hechos materia del proceso, la clasificación de los hechos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del imputado, o bien, en su caso, el sobreseimiento de la causa por falta de elementos procesables. Son características de la investigación preparatoria las siguientes:

- La dirección está a cargo del fiscal (art. 322 del NCPP)
- La formalización de la investigación preparatoria no opera en todos los casos (art. 336.1 del NCPP)

- El fiscal puede acusar solo con el resultado de las diligencias preliminares (art. 336.4 del NCPP)
- La estrategia de la investigación corre a cargo del fiscal (art. 65.4 del NCPP)
- El fiscal puede adoptar salidas alternativas o de simplificación procesal. (Calderon Sumarriva y Águila Grados, 2011, p. 357)

La finalidad de la investigación preparatoria viene señalada en el artículo 321.1 del NCPP, según el cual la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

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.

La investigación preparatoria supone también el deber de informar al imputado sobre los cargos en su contra, a fin de permitirle ejercer su defensa, tener la oportunidad de prepararla y ofrecer las pruebas de descargo que correspondan, tal como lo prevé el artículo 61.2 del NCPP.

En suma, la etapa de la investigación preparatoria, vinculada a un ámbito de función aportativa de hechos (elementos de prueba y actos de investigación), definidos en su pertinencia y conducencia a lo que será materia de prueba en el juicio oral (de ahí su carácter preparatorio).

### **1.2.2.2 Etapa intermedia**

Es la segunda fase o etapa del proceso penal, que tiene por finalidad la razonabilidad del inicio de un juicio oral, y, en caso de decantarse por el mismo,

allanar el camino para la realización del juicio oral que en el nuevo modelo procesal es la parte esencial de proceso penal.

Esta etapa se inicia con la conclusión de la investigación preparatoria, a partir de la cual y en el término de 15 días el fiscal deberá decidir formula acusación, cuando tiene base probatoria suficiente o si, por el contrario, solicita el sobreseimiento de la causa cuando se determina la inexistencia del hecho objeto de la causa, cuando determina la no participación en el mismo del imputado; cuando el hecho imputado no constituye delito (ausencia de tipicidad, ausencia de Antijuricidad, ausencia de culpabilidad) o no sea justiciable penalmente (falta de punibilidad); cuando se haya extinguido la acción penal o cuando no existan elementos de convicción suficiente para fundar el enjuiciamiento del imputado y no exista la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación con ese propósito. Esta decisión de acusar o no acusar, aparece con la decisión central del Ministerio Público en esta fase. Es precisamente por estas consideraciones que aquella debe encontrarse sustentada en evidencia suficiente que justifique la activación de la etapa de juzgamiento (Reyna Alvaro, 2015, pp. 75-76). En suma, la etapa intermedia está vinculada a un ámbito de función, primero de saneamiento procesal y evaluación de la propia investigación a la vez que preparación del juicio oral (de ahí su carácter bi-frontal).

### **1.2.2.3 El juzgamiento o juicio oral**

En la nueva configuración procesal el juicio oral se torna en el eje central del proceso penal, al punto que existe una declaración expresa en dicho sentido por



parte del artículo 356 del CPP, que señala que el juicio oral es la etapa principal del proceso.

La etapa del enjuiciamiento oral (juicio oral); está vinculado a un ámbito de función verificadora en cuanto a los hechos (elementos de convicción), aportados previamente al proceso. Verificación que en términos de actos procesales en conjunto (actos de prueba), practicados en inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, habrá de dar como resultado el de la asunción de convicción condenatoria o exculpatoria; o —en su defecto— de duda razonable que impida una condena ya sea por aplicación del indubio pro-reo o de insuficiencia probatoria.

La etapa del juicio oral o juzgamiento es la etapa del proceso penal más importante, en tanto las funciones político criminales ya mencionadas en la parte introductoria de la presente. En esta etapa del proceso se practican verdaderamente los actos de prueba que de modo directo o indirecto determinaran en el juzgador la convicción —o duda— respecto de la realización o no del delito y su vinculación para con el sujeto procesado en términos de responsabilidad penal. El inicio del juicio oral o juzgamiento, está marcado conforme el artículo 353 del NCPP, por el auto de citación a juicio. Siendo así, finaliza con la dictación de la sentencia definitiva emitida por el órgano jurisdiccional respectivo, una vez cerrado del debate plenario; conforme el artículo 392 del NCPP. La nota de superlativa importancia que se tiene del juicio oral o juzgamiento se define a partir no solo de una consideración legal (conforme el artículo 356 del NCPP), sino que también por el hecho que en ella es donde se resolverá de modo definitivo el conflicto penal que nace con la comisión de hecho punible. A ello deberá concurrir, como es sabido, el de la actuación de pruebas como correlato plenario de la verificación en términos

de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad de los elementos de prueba aportados por quien detenta la carga de la prueba en el proceso penal (el Ministerio Público), y si acaso, de la parte procesal imputada en el mismo.

Conforme lo señalado en el artículo 356 NCPP, al constituirse como la etapa principal del proceso, debe revestir un conjunto de garantías en su materialización. Garantías que guardan relación como se ha dicho a la función que tiene el proceso penal en cuanto a la imposición de las consecuencias jurídicas del delito y que tienen directa conexión con el propio modelo constitucional de Estado de derecho y de modelo procesal en que se asienta. Y de otro, de cara a una correcta verificación de los hechos y elementos de convicción aportados por las partes procesales en la etapa aportativa del proceso cual es el de la investigación preparatoria; esto es, los principios de oralidad, contradicción, intermediación y publicidad. Principios vinculados al modelo de proceso de base constitucional que necesariamente debe complementarse, conforme lo hace el propio artículo 356 del NCPP, con otros de naturaleza político criminal como son el de continuidad en el juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y —claro está—, el de la presencia obligada del acusado y su defensor. Todo lo anterior, sin embargo, cuenta con un presupuesto básico y fundamental; analizado en el apartado correspondiente de la etapa intermedia. Y es que el juzgamiento se construye sobre la base de la acusación, la cual determina el ámbito de actuación probatoria que habrá de darse lugar en el juicio oral, a la vez que deduce e introduce la pretensión penal del Estado (solitud de pena y reparación civil —asignación de responsabilidad penal y civil— sobre base de hechos penalmente relevantes), construida no como una mera deducción particular efectuada por una parte en el proceso (propio del

modelo civil en cuanto a interposición de demanda se refiere), sino de un procedimiento previo incoado por el propio Estado y revestido con las garantías del debido proceso y atentos al principio de oficialidad en tanto que el objeto del proceso (el delito), es de naturaleza pública. (Asencio Mellado, 2010, p. 223)

En síntesis, podemos hacer referencia a lo dicho por Sánchez Velarde (2009) respecto a las características principales del juicio oral en el NCPP 2004:

- ✓ El juicio oral se encuentra bajo la dirección del juzgador. Este puede ser tanto un juzgador colegiado como unipersonal; puesto que el art. 28 en su inciso 1 y 2 indica que “los juzgados penales colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años”; mientras que “los juzgados penales unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los juzgados penales colegiados”. Su función, además de juzgar, será garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa (art. 363).
- ✓ Se manifiesta en esta etapa el principio acusatorio en su mayor esplendor que conlleva necesariamente al principio contradictorio y a la oralidad entre las partes.
- ✓ El art. 363 del NCPP reconoce también que el juez dirige el juicio oral y ordenarán los actos necesarios para que se desarrolle adecuadamente. Por lo mismo, está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa.

- ✓ El juicio oral será continuo, pues, aunque se programen varias audiencias todas ellas formarán parte de una única audiencia (art. 356). Los únicos motivos de suspensión son: por razones de enfermedad del juez, del fiscal o del imputado o su defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y, cuando el Código lo disponga. Sin embargo, dicha suspensión no podrá exceder a los ocho días hábiles (art. 360.2).
- ✓ Los incidentes que se den durante la audiencia solo se realizarán en un solo acto y se resolverán por el juez inmediatamente con respeto a los principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes (art. 362).
- ✓ El juez, además, puede hacer disposición de su poder disciplinario en la audiencia con mayores facultades que en las reconocidas por el Código de Procedimientos Penales. Nos indica así el artículo 364.1 del NCPP 2004 que el juez puede:
  - Mantener el orden y el respeto en la Sala de Audiencias, así como disponer la expulsión de aquél que perturbe el desarrollo del juicio, y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, o impida la continuidad del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.
  - En el caso que un acusado testigo o perito se retire o aleje de la audiencia sin permiso del juez o del juez presidente, se dispondrá que sea traído a la misma por la fuerza pública.

- Expulsar al defensor de las partes, previo apercibimiento. En este caso será reemplazado por el que designe la parte dentro de veinticuatro horas o, en su defecto, por el de oficio.
- Limitarla exposición de tiempo que se le ha fijado al acusado cuando se le conceda el derecho de exponer lo que estime conveniente a su defensa. Si no cumple con las limitaciones precedentes se le podrá llamar la atención y requerirlo. En caso de incumplimiento podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la Sala de Audiencias.

### ***1.2.3 Impugnación en el proceso penal***

#### **1.2.3.1 Concepto**

Florian (2004) indica que el medio de impugnación es el acto del sujeto procesal orientado a anular o a reformar jurisdiccionalmente una resolución anterior mediante un nuevo examen, total o parcial de la causa por el mismo juez u otro diferente o por otro superior. El medio de impugnación inicia una nueva fase que se enlaza a la que está en curso (lo que sucede la mayor parte de las veces) o hace revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido (recurso contra la cosa juzgada). (p. 420)

Los medios impugnatorios son entonces mecanismos procesales establecidos legalmente que permiten a los sujetos legitimados en el proceso, pedir a un juez o a su superior que reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado un perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada. Revisión que pueda realizarse o dentro del mismo

proceso en donde se emitió el acto procesal cuestionado, o en su proceso autónomo, lo que dependerá de la calidad de firmeza o de cosa juzgada de dicho acto manifestado a través de una decisión jurisdiccional.

En ese sentido, Devis Echandía (como se citó en Ibérico Castañeda, 2016) señala que la noción de impugnación es genérica e incluye cualquier modo de repeler un acto procesal o varios, e inclusive a todo el juicio, sea en el curso del mismo o en otro posterior. Debemos finalmente precisar que los medios impugnatorios son los mecanismos adecuados, que cuando están dirigidos a lograr la revisión en sede de instancia de las decisiones judiciales que se pronuncian respecto del fondo de la controversia, para garantizar el ejercicio del derecho constitucional a la instancia plural. (p. 58)

En suma, Basado en el principio de tutela jurisdiccional, al debido proceso y de instancia plural; el derecho a la impugnación se manifiesta como aquel derecho a optar por alguno de los instrumentos legales puestos a disposición de los partes destinados a atacar una resolución judicial con la finalidad de bien reformarla o bien anularla.

Mediante ellos la parte gravada por la sentencia puede obtener la revisión de la decisión judicial. El derecho a la impugnación judicial tiene respaldo constitucional, como bien se aprecia en el artículo 139.6 de la Constitución Política: “son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la pluralidad de la instancia (...)”; y es parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.

### 1.2.3.2 Naturaleza jurídica

Quizá uno de los temas más discutidos respecto a los medios impugnatorios es la naturaleza jurídica de los mismos, existiendo teorías que la vinculan a derechos subjetivos y otras que conciben a los medios impugnatorios como instrumentos propios del sistema de control que existen entre los diferentes niveles de órgano jurisdiccional. Desde nuestra perspectiva los medios impugnatorios o el derecho mismo de impugnación constituyen una manifestación de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el mismo que se haya reconocido constitucionalmente; sin embargo, ello, el constituyente, a través de la consagración de la instancia plural como garantía de la administración de justicia ha constitucionalizado este derecho procesal. (Academia de la Magistratura, 2007, p. 62)

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución procesal de los medios impugnatorios o del derecho mismo a impugnar, existen las siguientes posiciones:

- ✓ El derecho de impugnación es un derecho abstracto derivado del derecho de acción o en todo caso se halla vinculado a ella.
- ✓ El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- ✓ El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a un debido proceso.
- ✓ La impugnación es una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

### 1.2.3.3 Clasificación de los medios impugnatorios

a) **Recursos:** Los recursos tipificados en el Código de Procedimientos Penales vigente aún en Lima son el recurso de apelación, nulidad y de queja por denegatoria. Sin embargo, el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 regula —siguiendo el artículo 413 del mismo— al recurso de reposición, apelación, casación y de queja como los medios impugnatorios que pueden interponerse contra una resolución judicial.

Los recursos son medios impugnatorios intra proceso que sirven como mecanismos que pueden ser utilizados por los sujetos procesales para cuestionar decisiones contenidas en resoluciones jurisdiccionales. Y los cuales pueden ser resueltos o por el propio juez que emitió la decisión objeto de impugnación, o su superior jerárquico, en cuyo caso sirven para subir de grado de justificación.

La existencia de un recurso, como mecanismo impugnatorio, solo es exigible constitucionalmente, cuando la resolución que se pretende cuestionar se ha pronunciado respecto del fondo de la controversia u objeto del proceso. (Ibérico Castañeda, 2016, p. 69)

b) **Reposición:** Bajo el nombre también de revocatoria, súplica, reforma o reconsideración, se caracteriza por ser el único recurso que no tiene efecto devolutivo, por lo que quien lo resolverá no será el juez *a quo*, en base a la simplicidad del trámite. Es una novedad en lo que respecta a la aplicación del nuevo Código Procesal Penal, puesto que, si bien era utilizado en la práctica, no se encontraba establecido taxativamente.

El fundamento del recurso de reposición está constituido por los principios de economía y celeridad procesal. Ello es así porque este medio



impugnatorio no entorpece o dilata el desarrollo del litigio, pues es resuelto en forma expeditiva por el mismo magistrado que dictó la resolución cuestionada o que conoce directamente de ella, dilación que ocurriría de tener que acudir a otra instancia para resolver la impugnación planteada. (Jerí Cisneros, 2012, pp. 174-175)

- c) **Apelación:** El recurso de apelación puede dirigirse contra resoluciones interlocutorias como contra la sentencia final de una instancia del proceso. Cuando está dirigido a las sentencias es considerado como el mecanismo procesal óptimo para conseguir el doble grado de jurisdicción, pues se encuentra destinado a que el órgano superior jerárquico del que dictó la resolución apelada valore los planteamientos del recurrente y de esta manera proceda a dejar sin efecto la resolución o bien la sustituya por otra conforme a ley.

Taxativamente el artículo 416 del NCPP del 2004 indica que la apelación puede proceder contra:

- Las sentencias.
- Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
- Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

En otras palabras, su competencia se encuentra circunscrita a las decisiones emitidas por el juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado —en donde el conocimiento del recurso corresponde a la Sala Penal Superior—; y contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, que serán de conocimiento del Juzgado Penal Unipersonal.

En cuanto a sus efectos, el recurso de apelación tendrá efecto Devolutivo por naturaleza, en tanto permite el reexamen de la resolución impugnada por el órgano jurisdiccional superior (Sánchez Velarde, 2009), y efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. No obstante, si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente.

**d) Casación:** Es un recurso extraordinario limitado por motivos estrictamente tipificados y en base a las formalidades de ley. No constituye una tercera instancia procesal ni una segunda apelación pues la Corte Suprema únicamente puede pronunciarse por errores de derecho, en tanto no se permite la introducción de nuevos hechos, a diferencia de los demás recursos impugnatorios.

Este recurso tiene la finalidad de que se declare la nulidad bien de la sentencia (lo que es el caso de la casación por infracción penal) o del proceso en general y en base a eso de la sentencia (lo cual se da en la casación por quebrantamiento de forma). La doctrina nacional señala que el recurso de

casación se caracteriza por ocho notas esenciales (San Martín Castro, 2012, p. 502):

- Medio de impugnación extraordinario, que produce los efectos devolutivos, no suspensivos (salvo el caso de la libertad).
- Se circunscribe sobre la base inmutable de los hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción causal del fallo o la regulación del proceder que ha conducido a él.
- Importa siempre un juicio rescindente y, cuando no se requiera debate, un juicio rescisorio.
- Se ha reconocido la llamada “casación excepcional” necesaria para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.
- Se reconocen dos causales de inadmisibilidad excepcional por economía procesal:
  - Falta de fundamento, cuando se adolece de una falta evidente de razón jurídica de los motivos alegados o una falta de contenido casacional.
  - Presencia de precedente establecido.
- La ley procesal penal contempla varios motivos casacionales, reunidos en cuatro modalidades: constitucional, procesal, sustantiva y jurisprudencial.
- El procedimiento casatorio está estructurado en tres grandes fases: interposición sustanciación y decisión.
- Se autoriza dictar sentencias vinculantes.

Los recursos de casación proceden contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan

la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

Se encuentra en la competencia solo de la Corte Suprema resolver los recursos de casación según lo indicado en el artículo 241 de la Constitución. Sin embargo, el artículo 427 del NCPP 2004 regula la posibilidad de que el recurso de casación proceda en casos distintos a los mencionados si la Sala Penal de la Corte Suprema considera que es así necesario para la doctrina jurisprudencial.

Las causales tipificadas por el nuevo código para interponer recurso de casación son (Nuevo Código Procesal Penal, 2004, art. 429):

- Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
- Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
- Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
- Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

e) **Queja:** Considerado como un recurso de carácter residual, es admisible contra la resolución judicial que declara inadmisibles tanto el recurso de apelación como el recurso de casación y se presenta ante el órgano jurisdiccional superior al que denegó el recurso en un plazo no mayor a tres días de notificado el auto que deniega el recurso de apelación o de casación.

No es uno de sus efectos el suspender la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

Es un recurso instrumental porque no tiene como finalidad directa la modificación de la decisión jurisdiccional de fondo, sino que busca lograr que el recurso vertical interpuesto cobre eficacia impugnativa, a fin de que a través de este si se logre la modificabilidad de la decisión mencionada, para lo cual previamente, a través de la queja debe lograrse la eliminación de la decisión que inadmitió el recurso vertical. (Montón Redondo et al., 2003, p. 366)

f) **Los remedios:** Los remedios son medios impugnatorios empleados para cuestionar actos procesales no contenidas en resoluciones, como es el caso de los decretos. (Ibérico Castañeda, 2016, p. 64)

## II

## JURISPRUDENCIA

### ❖ ACUERDO PLENARIO N° 02-2005/CJ-116-GARANTÍAS DE CERTEZA:

Se analiza al testimonio como medio de prueba cuando este resulta ser el único medio probatorio para determinar la existencia de un hecho. De esta manera, se define al testimonio como aquel medio de prueba que consiste en la declaración que una persona, que no es parte en el proceso, emite ante un juez sobre un hecho de cualquier naturaleza. En este sentido, se resalta la importancia que tiene la declaración de la víctima en un proceso penal, sobre todo en los delitos “clandestinos”, ya que esta termina siendo la única declaración.

Así, para establecer los criterios al momento de valorar esta declaración, se realiza una comparación con la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 03 de abril de 1996 y la del Tribunal Constitucional Exp. N° 08439-2013-PHC/TC. Finalmente, se expone que la valoración del testimonio debe ser conjunta con todas las pruebas, motivando el por qué se da credibilidad a la versión de la víctima y no a la del imputado.

### ❖ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 0618-2005-PHC/TC PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

El cual establece que “toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, vale decir hasta que n se exhiba prueba en contrario.

Al respecto, es importante acotar que, conforme lo establecen las garantías del debido proceso, el numeral e, inciso 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el artículo 11.1 de la Declaración universal de los Derechos

Humanos, y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad”.

Por esta presunción iuris tantum, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.

La doctrina establece que “la garantía se asienta en ideas fundamentales, cuales son: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”

### III

## ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

### 3.1 Investigación preparatoria

#### 3.1.1 *Hechos materia de investigación*

Que, los hechos materia de imputación se sustentan que con fecha 06 de abril del 2014, al promediar la 11:30 horas aprox., en circunstancias que el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio fue a su terreno ubicado en el lugar denominado Pishcohuacanca Centro Poblado del Santa Cruz, con la finalidad de verificar sus plantas de eucalipto advirtió que tres de estos árboles, de dos abrazadas aprox., se encontraban talados y partidos en varias partes encontrando a la denunciada – quien es su sobrina – Gregoria Dominga Toledo Salazar, el esposo de esta y dos sujetos no identificados en dicho lugar, la misma que menciono que estaba talando los árboles con la autorización de su padre Fortunato Marcelino Toledo Osorio, y a pesar que existió un dialogo entre el agraviado y la denunciada para llegar a un acuerdo consistente en la repartición de los árboles, esta se opuso a dicha propuesta y con ayuda de las personas que la acompañaban procedió a sustraer los árboles valorizados cada una en S/ 1000.00 soles. Este hecho se ha venido suscitando de manera reiterativa en anteriores oportunidades causando un perjuicio económico al agraviado.

#### 3.1.2 *Diligencias preliminares*

- Se tomó la declaración del agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio, quien narra la forma y circunstancias de cómo fue víctima del hurto de seis (06) árboles de eucalipto que se encontraban en el terreno de su propiedad ubicado en el terreno denominado Pishcohuacanca, Centro Poblado del Santa Cruz, por



parte su sobrina Gregoria Dominga Toledo Salazar, hecho ocurrido día 06 de abril de 2014 al promediar las 11:30 horas aprox.

- Testimonial del SO2 PNP Wilder Carlos Solano Sánchez, quien en su condición de efectivo policial menciona que con fecha 07 de abril de 2014, al promediar las 10:00 horas y en merito a la denuncia interpuesta por el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio se constituyó hasta el terreno de su propiedad y pudo constatar árboles talados y algunos pedazos de madera en el suelo, los mismos que fueron consignados en el acta correspondiente.
- Testimonial de Asunción Benjamín Rímac Albornoz, el mismo que en su condición de teniente alcalde del centro poblado de Santa Cruz señala haber sido testigo presencial de los hechos materia de investigación, por tal motivo, con fecha 06 de abril de 2014, observó al imputado Gregoria Dominga Toledo Salazar conjuntamente con otras personas cuando talaba árboles de eucalipto que se encontraban en el terreno de propiedad del agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio.
- Receptación de denuncia verbal de fecha 07 de abril de 2014, donde consta la denuncia interpuesta por el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio donde narra la forma y circunstancias de como su sobrina Gregoria Dominga Toledo Salazar en compañía de otros sujetos talaron tres árboles de eucalipto que se encontraban en terreno de su propiedad y procedieron a sustraerlos.
- Constatación policial de fecha 07 de abril de 2014, donde consta que el efectivo policial SO PNP Wilder C. Solano Sánchez, en mérito a la denuncia interpuesta por el agraviado, se constituye hasta el lugar de los hechos y verifica que tres árboles de eucalipto talados en varias partes.

- Pericia Valorativa e fecha 24 de agosto de 2015, documento donde consta la diligencia de pericia valorativa para determinar a cuánto asciende en dinero lo bienes materia de sustracción, llevada a cabo con el Ing. Gerardo Alfonso Zelada Delgado.
- Informe de fecha 26 de agosto de 2015, N° 008-2015-SERFOR-ATFFS-ANCASH/Sede Huaraz/gazd, elaborado por el Ing. Gerardo Alfonso Zelada Delgado, donde concluye: “De acuerdo a lo expuesto en el acápite anterior, se ha determinado el que valor de los seis árboles de eucalipto de 56 años de edad aprox., afectados por la tala y extracción, ascienden a un monto de S/ 2499.99 soles teniendo en cuenta que existen accesibilidad al área materia de inspección”.

### ***3.1.3 Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria***

Por estas consideraciones mediante DISPOSICIÓN N°03 se DISPUSO FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN VÍA DEL PROCESO COMÚN POR EL PLAZO DE 120 DÍAS, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de HURTO SIMPLE.

- ✓ Mediante **Resolución N° 01**, de fecha dieciocho de mayo del 2015, se da cuenta de la disposición N° 03, de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

### ***3.1.4 Prórroga de la investigación preparatoria***

Con el oficio N° 476-2015-MP-1°DDT/6°FPPC-HUARAZ se remite la Disposición de prórroga de investigación preparatoria de N° 04-2015-1°DDT/6°FPPC-HUARAZ de fecha 14 de setiembre del año 2015, mediante el cual se dispuso:

1. Ampliar por 60 días de plazo de investigación preparatoria contra Gregoria Dominga Toledo Salazar, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple en agravio de Zenobio Gregorio Toledo Osorio.
- ✓ Mediante Resolución N° 02, de fecha veintitrés de setiembre del 2015, se da cuenta de la disposición N° 04, de prórroga de plazo de la investigación preparatoria.

### ***3.1.5 Conclusión de la investigación preparatoria***

Con el oficio N° 900-2015-MP-1°DDT/6°FPPC-HUARAZ se remite la disposición de conclusión de la investigación preparatoria de N° 05-2015-1°DDT/6°FPPC-HUARAZ de fecha 11 de noviembre del año 2015, mediante el cual se dispuso:

La conclusión de investigación preparatoria seguida contra Gregoria Dominga Toledo Salazar, en agravio de Zenobio Gregorio Toledo Osorio, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de hurto simple.

- ✓ Mediante Resolución N° 03, de fecha treinta y uno de diciembre del 2015, se tiene por comunicado la disposición N° 05, de conclusión de la investigación preparatoria.

## ➤ ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y PREPARATORIA

De acuerdo con el artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concordante con el artículo 334 del Código Procesal Penal, la denuncia formalizada que hace el fiscal provincial debe contener los siguientes tres presupuestos legales: a) que el hecho denunciado constituya delito; b) que se haya identificado plenamente a su presunto autor; y c) que la acción penal no haya prescrito. Presupuestos que han sido considerados para formalizar la denuncia.

El proceso materia de análisis se inicia en el año 2014; responde a los requisitos establecidos en la norma adjetiva penal. Así que el juez de la investigación preparatoria en la resolución emitida considera que el hecho denunciado constituye delito que se ha individualizado al presunto autor y que la acción penal no ha prescrito, asimismo la motivación, fundamentos y la calificación de modo genérico y específico del delito que se le imputa al denunciado. También se hace referencia al art. 339 del Código Procesal Penal que una vez formalizada la investigación se suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, siendo que además el fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

Teniendo en cuenta que la tipicidad es el acto por el cual se adecúa un hecho determinado (una conducta humana) a la descripción de un hecho similar (tipo penal) que se hace en el Código Penal, en este proceso el hecho denunciado fue tipificado por la fiscal en forma correcta, pues en el libro segundo, Título V, Capítulo I, se encuentra previsto el delito contra el patrimonio-hurto simple, prescrito en el art. 185 primer párrafo del Código Penal.

Para determinar qué conductas constituyen delito, se establece la tipicidad objetiva y subjetiva, dentro de esta última se encuentran el dolo y la culpa. Se entiende por dolo al conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal; es decir, el sujeto sabe que ejecuta una acción prohibida y la quiere realizar; mientras que actúa por culpa aquella persona que no observa el cuidado requerido, no cumple con el deber de cuidado, a la vez que no previene el resultado lesivo para el bien jurídico, debiendo hacerlo. En consecuencia, el delito culposo reside en la realización del tipo objetivo de un delito, por causa de haber infringido un deber de cuidado.

En el presente caso, tratándose del delito de hurto simple, tenemos que este tipo penal no admite la culpa, siendo netamente dolosos; por lo que, para que un delito sea culposo el tipo penal tiene que tener el término “el que por culpa”, para que sea admitido como tal.

Dentro de la investigación realizada, el representante del Ministerio Público presento deficiencia al momento de investigar, pues no solo basta con la imputación del agraviado hacia el investigado, sino que se debe de contar con elementos de convicción que acrediten y causen convicción ante el juez, para que este pueda emitir una sentencia condenatoria, pero en este caso los elementos de convicción no fueron los suficientes ni claros para llegar a formar un criterio distinto en el juzgador.

Sobre el cumplimiento de los plazos, podemos señalar que se cumplieron; de esta manera, no se causó perjuicio alguno a los sujetos procesales y se cumplió con el principio de celeridad procesal.

Cumple con los requisitos establecidos en el art. 349 del Código Procesal Penal, en cuanto al escrito de la acusación, la misma que fue presentada al Juzgado de Investigación Preparatoria con fecha diecinueve de enero del año dos mil dieciséis.

## **3.2 Etapa intermedia**

### ***3.2.1 Requerimiento acusatorio***

El día 04 de enero de 2016, el fiscal de la Sexta Fiscalía Penal Corporativa de Huaraz, Distrito Fiscal de Ancash solicita al juez de la investigación preparatoria el requerimiento de acusación contra Gregoria Dominga Toledo Salazar, por el delito contra el **patrimonio en la modalidad de hurto simple**, en agravio de Zenobio Gregorio Toledo Osorio.

- ✓ Mediante Resolución N° 03, de fecha diecisiete de marzo de 2017, se cita a las partes procesales a la AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONTROL DE ACUSACIÓN.

### ***3.2.2 Control de acusación***

Siendo las 12:30 horas del día 09 de setiembre de 2016, se llevó a cabo la **Audiencia preliminar de control de acusación directa**, y en base los fundamentos expuestos por parte del Ministerio Público y el abogado defensor de la acusada **RESOLVIÓ:**

- 1. DECLARAR**, el saneamiento formal del requerimiento acusatorio en los seguidos contra GREGORIA DOMINGA, TOLEDO SALAZAR, por el delito

contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple, en agravio de ZENOBIO GREGORIO TOLEDO OSORIO, siendo la pretensión punitiva del Ministerio Público que se le imponga 01 año de pena privativa de la libertad suspendida a condición de que cumpla con reglas de conducta y un pago de reparación civil en la suma de S/ 3500.00 (tres mil quinientos soles).

2. **DECLARAN INFUNDADA**, el pedido de sobreseimiento para que el juez de oficio lo asuma, instado por la defensa técnica de la acusada en el acto de la diligencia de la presente audiencia.
3. **DICTAR AUTO DE ENJUICIAMIENTO** contra GREGORIA DOMINGA, TOLEDO SALAZAR, como presunta autora del delito contra el patrimonio, hurto simple, en agravio de ZENOBIO GREGORIO TOLEDO OSORIO.

Admitiendo los siguientes medios probatorios:

**Testimoniales:**

- Declaración testimonial de la agraviado ZENOBIO GREGORIO TOLEDO OSORIO. Quien narrara la forma y circunstancias de los hechos materia de acusación.
- Testimonial del SO2 PNP Wilder Carlos Solano. Quien realizo una constatación instantes después de recepcionar la denuncia por parte del agraviado.
- Testigo presencial Asunción Benjamín Rímac Albornoz. Quien fue testigo presencial de los hechos materia de imputación.
- Perito Ingeniero Gerardo Alfonso Zelada Delgado.

**Documentales:**

- Acta de recepción de denuncia verbal, de fecha 07 de abril de 2014 interpuesta por el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio.
- Acta de constatación policial, de fecha 07 de abril de 2014, donde el efectivo policial se constituye hasta el lugar de los hechos y verifica que tres árboles de eucalipto talados y trazados en varias partes.
- Copia certificada de título de propiedad, donde consta que el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio como propietario del predio donde se encontraban las plantaciones de eucalipto.
- Copias certificadas de fotografías en número de 10, donde consta la tala de árboles que se encontraban en el interior del terreno del agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio.
- El Oficio N° 1277-2015-RDJ-CSJAN-PJ, de fecha 27 de marzo de 2015, remitido por el Registro Distrital Judicial de la Corte Superior de Justicia de Ancash. En el cual se muestra que la imputada Gregoria Dominga Toledo Salazar no registra antecedentes penales.
- El oficio N° 921-2015-INPE/18-201-URP-J, de fecha 27 de marzo de 2015, remitido por el Instituto Nacional Penitenciarios de Huaraz mediante el cual pone de conocimiento que Gregoria Dominga Toledo Salazar no registra antecedentes judiciales. SE DEJÓ CONSTANCIA que la parte agraviada y ni la parte imputada han ofrecido medios de prueba y que no se ha llevado convenciones probatorias.



4. **SE INDICÓ**, que las partes constituidas en esta causa son por un lado la acusada Gregoria Dominga Toledo Salazar y por el otro lado el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Salazar, no se ha constituido el actor civil, no se ha planteado tercero civilmente responsable y el proceso no es complejo; siendo la parte acusadora el representante del Ministerio Público, Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz.
5. **SE FIJÓ**, en comparecencia simple la situación jurídica procesal de la acusada Gregoria Dominga Toledo Salazar.
6. **SE ORDENÓ**, que se remitan todo lo judicialmente actuado al Juzgado Unipersonal de la ciudad de Huaraz, incluyendo las dos actas admitidas para su lectura y las que conforman los órganos de prueba con la debida nota de atención. Al tratarse de un caso ordinario. Quedando notificados en este acto los presentes.

➤ **ANÁLISIS DE LA ETAPA INTERMEDIA**

Dentro de la etapa intermedia, es decir en el control de acusación, se llevó bajo los parámetros legales que exige la ley, como es la exigencia de la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa técnica del acusado, cabe resaltar que no era exigible la presencia del acusado ni la del agraviado.

Se realizó el control formal, el control sustancial y la admisión de pruebas, emitiéndose el auto de enjuiciamiento respectivo.

### **3.3 Etapa de juicio oral**

#### ***3.3.1 Auto de citación a juicio oral***

Con resolución número uno, en la ciudad de Huaraz, el 27 de setiembre de 2016, se dictó el **AUTO DE CITACIÓN A JUICIO**, considerando:

Citar a juicio: llevándose a cabo en Audiencia Pública el día 20 de marzo del año 2017 a horas 03:00 p. m., **EMPLAZANDO** a la siguientes personas para que concurren obligatoriamente al juicio oral, a la acusada Gregoria Dominga Toledo Salazar, al abogado defensor Joaquín Huamán Maguiña, al representante del Ministerio Público; a los testigos para su declaración Zenobio Gregorio Toledo Osorio, Wilder Carlos Solano Sánchez, Asunción Benjamín Rímac Albornoz; al perito Gerardo Alfonso Zelada Delgado; **FORME EL CUADERNO DE DEBATE** con el auto de enjuiciamiento y de situación a juicio oral; se **FORME EL EXPEDIENTE JUDICIAL; PRECISANDO** que el desarrollo íntegro de la audiencia del juicio será grabado en audio, **PRECISANDO** que el Ministerio Público debe coadyuvar en la localización y comparecencia de sus testigos y peritos ofrecidos y se **NOTIFIQUE** las presente resolución a las partes procesales.

#### ***3.3.2 Acta de registro de juicio oral instalada***

Con fecha 20 de marzo de 2017, a horas 03:00 p. m. en la provincia y ciudad de Huaraz, en la sala de audiencias del Primer Juzgado Unipersonal de la Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Ancash, dirigido por el juez, la doctora Rosana Violeta Luna León y su especialista, **ACREDITÁNDOSE** las partes como el Ministerio Público, abogado defensor del agraviado, el agraviado, la acusada y la defensa técnica de la acusada.

Donde acto seguido la señora juez **DA POR INSTALADA LA AUDIENCIA.**

Prosigue el representante del Ministerio Público quien formula su requerimiento acusatorio precisando los circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, señala los medios probatorios ofrecidos y admitidos solicita se imponga a la acusada un año de pena privativa de la libertad suspendida por el mismo periodo y una reparación civil de S/ 3500.00 soles.

Continuando con su alegato preliminar el abogado del acusado formula sus alegatos, manifestando que su patrocinada desconocía de los actos de investigación, señala que el finado padre de su patrocinada y el presunto agraviado son parientes, viene ase su tío, que no se ha determinado quien es el propietario de ese terreno, que no ha sido notificada válidamente porque no se ubicó su domicilio por eso no fue citada para su declaración a nivel preliminar y demás argumentos que constan en autos.

Luego el juez pasa a informar a la acusada sobre los principios y garantías del proceso, así como los derechos que les asiste, consagrados en el artículo 371 numeral 3 del NCPP, los cuales son: en principio, de ser, presumirá su inocencia mientras no se determine su responsabilidad en este juicio, el derecho a guardar silencio, no obstante ello, puede romper su silencio y prestar declaración, pudiendo manifestarse libremente respecto de la acusación que se le formula; tiene derecho a la no incriminación, derecho a la defensa, derecho a solicitar a ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o completar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido, comunicarse en todo momento con su abogado defensor, sin perjuicio de la continuación de la audiencia, derecho que no podrá ser ejercido

durante su declaración y al momento de responder a las preguntas que se le formulen.

Consecuentemente la señora juez pregunta a la acusada, si, después de haberles instruido de sus derechos y previa consulta con su abogado defensor admiten ser responsable de los cargos formulados por la representante del Ministerio Público, y le precisa los alcances de la conclusión anticipada, a lo cual el acusado contesto, que si entendió sobre sus derechos y no admite ser responsable de los hechos imputados.

Continuando con la audiencia, la señora juez, da por iniciado el debate probatorio, disponiendo la actuación de las pruebas, previamente consulta a las partes procesales si tienen nuevos medios de prueba que ofrecer; la representante del Ministerio Público refiere que no y de igual manera la defensa técnica de la acusada.

**a) Actuación de los medios probatorios**

- Examen de la acusada Gregoria Dominga Toledo Salazar; quien al ser examinada refirió, sí conoce al agraviado puesto que es su tío hermano de su padre; el día de los hechos ella se encontraba en su casa con sus animales, mas no estaba en el terreno, que su tío miente y que la denunció a ella y a su padre; su padre falleció y solo a ella la denunció, diciendo que era que arreglen con su padre cuando este estaba vivo; ella no sabe si su padre habrá vendido o no, que su finado padre sí tiene terreno que colinda con el de su tío, que ahí tiene árboles que eso se estarán quitando, su tío tiene esa costumbre; el terreno de su padre sí tiene título de propiedad, nunca fue a

cortar árboles a ese lugar, que como no tiene árboles a qué va a ir; su madre le dijo que su papá ha vendido lo que le corresponde a él; son tres hermanos que tienen su parcela dividida en ese lugar; tienen chacras y árboles que están separados para cada uno. Que ella y su hermano han heredado lo que le corresponde a su padre pero que aún no se dividen entre ellos. Ella nunca fue a talar árboles del terreno de su padre; en la actualidad ella se encuentra en Mesapampa, solo visita sus hijos ya que estudian en Huaraz. En cuanto a la delimitación de su terreno, existen piedras que han puesto y es visible; en cuanto a las maderas solo están marcadas que eso le dijo su hermano mayor, aproximadamente hay 7 árboles y no han ido al lugar como 5 meses. Su tío los ha denunciado a ella y a su padre y la notificación le llegó a su abogado Sotelo y él no le avisó tal vez porque ella de tiempo en tiempo viene a Huaraz. El terreno ya se ha dividido, no sabe por qué los denuncia su tío, sus hermanos tampoco van, no sabe quiénes han cortado los árboles de su tío. En abril del 2014, su padre ha vendido sus árboles que le pertenecen y a eso su tío aparece diciendo que eran de su propiedad.

- Examen del agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio; quien manifiesta que, el día 06 de abril del año 2014 en horas de la mañana, su sobrina hasta ahora no ha ido a suplicarle o decirle tío esto me pasa, su sobrina le ha cortado 06 maderas que estaban en su propiedad que esta titulado, la madera es de eucalipto, su sobrina con su esposo, con su hijo han cortado su madera, su terreno está ubicado en Santa Cruz, su hermano si tiene terreno está ubicado en el lado sur, colindaba con el de su otro hermano no con el del terreno ya está dividido entre sus hermanos, el mismo le encontró a su

sobrina, su esposo y su hijo cortando su árboles, el señor Fortunato, su hermano, ya no ha tenido árboles los ha terminado haciendo su casa, siempre va a su terreno de Pishcohuacanca porque más arriba de ese lugar tiene su casa para vivir.

### ***3.3.3 Índice de registro de audiencia de continuación de juicio oral***

La señora juez declara instalada la audiencia y deja constancia de la concurrencia del testigo Rímac Albornoz Asunción Benjamín y Solano Sánchez Wilder Carlos.

#### **a) Examen de los órganos de prueba**

- Examen del testigo Asunción Benjamín Albornoz, quien manifiesta que los conoce desde hace tiempo; no ha tenido problemas con ellos y que es de ese lugar; que el día de los hechos él se encontraba en el centro poblado de Santa Cruz; va siempre a ese lugar con sus animales; es cuando vio en ese lugar a personas desconocidas que no pudo reconocer a ninguno; los vio donde tienen sus árboles a las personas que están en proceso; que él ahora es teniente alcalde, manifiesta que cuando pasaba por el lugar vio a personas talando árboles, no reconoció a ningunos, vio cerca desde una distancia de 10 a 15 metros aproximadamente. Al momento de pasar por el lugar vio al finado Fortunato el papá de la agraviada, que el terreno de Pisho Huacanca pertenece a varios hermanos que se han dividido; no sabe si el terreno corresponde a la agraviada y al acusado, el terreno es bosque en partes y no hay árboles.

- Examen del SO2 PNP Wilder Carlos Solano Sánchez; quien manifiesta que el día 06 de abril del 2014 laboraba en la comisaría de Tacllán, recuerda haber prestado declaración sobre un caso de tala de árboles, una persona se apersono a la Comisaría de Tallan solicitando una constatación, no recordando los datos del denunciante, recepcionó la denuncia y fue a verificar los hechos en el que ya habían talado árboles no recuerda la cantidad y habían personas que estaban trozando los árboles ya talados; se encontraban dos personas de sexo masculino que no quisieron identificarse, fue solo a realizar la constatación, en el terreno habían árboles de eucalipto y que se realizó tomas fotográficas del lugar de los hechos, se le tomó la declaración del agraviado y se trató de ubicar a la acusada sin lograr dicho cometido, no había tránsito de personas; es un lugar alejado, las personas que estaban cortando los árboles caídos se quedaron en el lugar, el agraviado y el regresaron a la comisaría, sí recepcionó la denuncia y se constituyeron al lugar de los hechos.

#### ***3.3.4 Índice de registro de audiencia de continuación de juicio oral***

Debido a la incomparecencia del perito se emitió la resolución N° 2, en el cual se resuelve prescindir como órgano de prueba la declaración del Ing. Zelada Delgado Gerardo Alfonso e incorporar como medio de probatorio documental-informe pericial, debiendo oralizar en la estación que corresponde.

El representante del Ministerio Público oraliza sus medios de probatorios.

### Oralización de medios probatorios documentales

- 1.- Acta de recepción de denuncia verbal, de fecha 07 de abril de 2014 interpuesta por el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio.
- 2.- Acta de constatación policial, de fecha 07 de abril de 2014, donde el efectivo policial se constituye hasta el lugar de los hechos y verifica que tres árboles de eucalipto talados y trozados en varias partes.
- 3.- Copia certificada de título de propiedad, donde consta que el agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio como propietario del predio donde se encontraban las plantaciones de eucalipto.
- 4.- Copias certificadas de fotografías en número de 10, donde consta la tala de árboles que se encontraban en el interior del terreno del agraviado Zenobio Gregorio Toledo Osorio.
- 5.- El Oficio N° 1277-2015-RDJ-CSJAN-PJ, de fecha 27 de marzo de 2015, remitido por el Registro Distrital Judicial de la Corte Superior de Justicia de Ancash. En el cual se muestra que la imputada Gregoria Dominga Toledo Salazar no registra antecedentes penales.
- 6.- El oficio N° 921-2015-INPE/18-201-URP-J, de fecha 27 de marzo de 2015, remitido por el Instituto Nacional Penitenciarios de Huaraz mediante el cual pone de conocimiento que Gregoria Dominga Toledo Salazar, no registra antecedentes judiciales. SE DEJÓ CONSTANCIA que la parte agraviada y ni la parte imputada han ofrecido medios de prueba y que no se ha llevado convenciones probatorias.

El abogado defensor procede a observar las documentales indicando que verificado todas las documentales; considera que es sobreabundante la denuncia



hecha, con respecto a la toma fotográfica no especifica el lugar de los hechos, no habiendo transcripción del lugar de los hechos nada más.

### ***3.3.5 Índice de registro de audiencia de continuación de juicio oral***

Acreditadas las partes como el Ministerio Público, defensa pública del agraviado, el agraviado, la defensa técnica de la acusada y la acusada, se continuó con los alegatos finales:

#### **a) Alegatos finales:**

El representante del Ministerio Público, por lo antes mencionado, solicita 01 año de pena privativa de la libertad suspendida por el mismo periodo y la suma de la reparación civil de S/ 3500.00 soles.

La defensa técnica del acusado manifiesta que su patrocinado es inocente de las acusaciones que le imputa el representante del Ministerio Público.

La acusada manifiesta que es inocente y no sabe nada de lo que paso.

#### **➤ ANÁLISIS DE LA ETAPA DE JUICIO ORAL**

Sobre el auto de enjuiciamiento cumple con los requisitos establecidos en el artículo 353 del Código Procesal Penal, el cual es dictada por el juez de investigación preparatoria, la misma que, luego de emitida dentro de las 48 horas será remitido al Juzgado Unipersonal.

En las audiencias llevadas a cabo, se actuaron los medios probatorios, tales como las testimoniales y documentales, que coadyuvaron a la emisión de la sentencia tanto de primera y segunda instancia.

### **3.3.6 Sentencia**

Con fecha 17 de abril de 2017, a horas 04:30 p. m. en la provincia y ciudad de Huaraz, en la sala de audiencias del Primer Juzgado Unipersonal de la Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Ancash, dirigido por el juez la doctora Rosana Violeta Luna León y su especialista, **ACREDITÁNDOSE** el agraviado y defensa pública del agraviado, se emitió la RESOLUCIÓN N° 04 que RESUELVE:

1.- Declarar: a Gregoria Dominga Toledo Salazar, autora del delito CONTRA EL PATRIMONIO-HURTO SIMPLE, previsto en el art. 185 del Código Penal, en agravio de Zenobio Gregorio Toledo Osorio.

2.- A quien se impone: UN AÑO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, suspendida por el periodo de prueba de UN AÑO, plazo durante el cual la sentencia deberá observar las siguientes reglas de conducta:

- a. No volver a cometer delitos de la misma naturaleza.
- b. No ausentarse del lugar de su residencia, sin previo aviso al juez de ejecución.
- c. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, a fin de informar y justificar sus actividades, suscribiendo el libro de control correspondiente.
- d. Reparar el daño causado por el delito, esto es cancelar la reparación civil ascendiente a la suma de tres mil quinientos soles, en el plazo de seis meses, a partir de que la sentencia adquiera la calidad de firme.

Todo bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de cualquier regla de conducta o el impago de reparación civil, de revocarse la suspensión de la pena y hacerla efectiva conforme lo dispone el artículo N° 59 numeral 3 del Código Penal.

3.- SE FIJÓ: Por concepto de REPARACIÓN CIVIL la suma de TRES MIL QUINIENTOS SOLES (S/ 3500.00 SOLES), que la sentenciada abonará a favor de la parte agraviada bajo las condiciones establecidas como regla de conducta.

4.- EXÍMASE a la sentenciada de pago de costas.

5.- SE ORDENÓ que, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, EXPÍDASE los boletines y testimonios de condena, para su inscripción correspondiente en las entidades respectivas, oficiándose; y cumplido sea, REMÍTASE: los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponda, para la ejecución de la presente sentencia.

➤ **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA:**

Considerando que en el presente proceso en primera instancia se ha condenado a Toledo Salazar Gregoria Dominga por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de hurto simple, establecido en el artículo 185 primer párrafo del Código Penal, donde se establece: “El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años”, habiéndose condenado a la imputada a un año de pena privativa de libertad con el carácter de suspendida en su ejecución por el plazo de un año, sujeto a regla de conducta, encontrándose arreglada dicha sanción a lo dispuesto en el tipo penal.

### **3.4 Etapa impugnatoria**

#### **3.4.1 Recurso de apelación**

Se formuló el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2017-2016, recaído en la resolución N° 17, en base a los siguientes fundamentos de hecho:

**a) Naturaleza del agravio:** Se fundamentó que el agravio a la sentenciada es obvio, pues el haberse expedido sentencia condenatoria, se estaría atentando a su derecho fundamental de libertad, así como también se estaría transgrediendo principios de legalidad, razonabilidad y presunción de inocencia.

**b) Fundamentación de hecho y derecho de la apelación**

- La defensa ha puesto en tela de juicio, la responsabilidad penal de mi patrocinado en el hecho imputado, aunado a ello se ha vulnerado la garantía del derecho a la presunción de inocencia.
- El artículo 2 inciso 24.E) de la Constitución configura la presunción de inocencia. Esta norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción, aunque sea mínima; como una regla directamente referida a juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a lo cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada (como es el presente caso).

- La culpabilidad, en su sentido amplio de responsabilidad penal, solo se declara mediante una sentencia, la cual además se erige como la única forma de imponer una pena a alguien, se asienta en dos ideas: **a) exigencia de actos de prueba; y b) el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración.**
- La exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria contiene, al decir de la jurisprudencia constitucional española, cinco presupuestos: 1. **Suficiente actividad probatoria** (en presente caso no cumple con tal requisito) 2. **Producidas con las garantías procesales** (el presente caso no cumple con tal requisito)
- **Que de alguna manera pueda entenderse de cargo 4. De tal que se pueda deducir la culpabilidad del procesado 5.** que se haya practicado en el juicio.

Respecto al principio de motivación de las resoluciones judiciales.

Que, del examen integral de los actuados se advierten vicios y errores en los cuales la incurrido al A-quo al momento de expedir la sentencia, pues argumenta que la responsabilidad de mi patrocinado se ha acreditado, pero no fundamenta cómo llega a la conclusión con respecto al hecho controvertido de que mi patrocinada se encontraba en el lugar de los hechos y que ordeno talar y trozar las plantas de eucaliptos; pues solo existe la mera sindicación de la parte agraviada aunado a ellos que es contradictoria con la del testigo de cargo: ASUNCION BENJAMIN RIMAC ALBORNOZ, \_teniéndose en cuenta que no existiendo ningún otro testigo de cargo, declaración que no guarda uniformidad ni verosimilitud,

existiendo flagrantes contradicciones; no existiendo fundamentos para ser considerado como prueba válida de cargo y por ende para poder enervar la **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** que ampara a mi patrocinado, no cumpliendo con las garantías de certeza que señala el **ACUERDO PLENARIO N° 02-2005/CJ-116**, señalando que las garantías de certeza de las afirmaciones del agraviado deben ser: ausencia de incredibilidad subjetiva que implica evaluar que en las relaciones entre agraviado e imputado no existan odios, resentimientos, enemistad u otra causa, hecho que existe en el presente caso pues desde que fue sindicado mi patrocinado los supuestos agraviados incriminaron hechos falsos, incluso el supuesto agraviado en su examen refiere que mi patrocinada es su sobrina, refiriendo que existe problemas de terrenos, incluso, incluso indica que al padre de mi patrocinado causante de tales hechos lo que se colige que en la presente causa existen **odios, resentimientos entre familiares**; hechos que determinan que la versión sea poco objetiva, Verosimilitud que implica que debe estar corroborada con otros datos periféricos, no cumpliendo de igual forma es contradictoria con la versión del testigo; **WILMER CARLOS SANCHEZ Y ASUNCION BENJAMIN ALBORNOZ**; en tal sentido, la aplicación de **LA REGLA QUE ES INSUFICIENTE LA SOLA SINDICACIÓN PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, persistencia en la incriminación que significa que el agraviado haya mantenido durante el proceso coherente y solides en si relato hecho que no sucede en el presente caso pues la sindicación no es objetiva, contradictoria, etc., coherente ni persistente; coligiéndose que el *a-quo* ha efectuado **valoraciones meramente subjetivas**, y lo examinado en juicio, haciendo para ello un análisis subjetivo, incurriendo así en una falta de motivación, siendo ello así

estando a lo expuesto, se está afectando gravemente el **principio de la motivación de las resoluciones judiciales** se muestra cuando no existe motivación sobre los hechos o sobre el derecho invocado, se presenta una motivación aparente defectuosa, falta de motivación interna del razonamiento o deficiencias en la motivación, y que por ende el razonamiento utilizado es arbitrario. Es por ello que la inexistencia de una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es aparente, en el sentido de que no fa cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento factico o jurídico; como ocurre en el caso de autos.

En tal sentido se advierte que el *a quo*, ha incurrido en falta de motivación pues debió haber expresado en su sentencia todo lo actuado en el juicio oral, compulsando cada medio de prueba de manera conjunta y adecuadamente todos los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales consecuentemente, se ha vulnerado los principios de congruencia y debida motivación de las resoluciones judiciales.

Mediante escrito presentado por el agraviado, en fecha 09 de mayo de 2017, se solicitó que se declare consentida la sentencia, argumentando que, quien presentó el recurso de apelación fue otro abogado, una tercera persona, y de ninguna manera puede tener fuerza o carácter procesal.

- Mediante la **RESOLUCIÓN N° 07**, el cual **RESUELVE** conceder el Recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución N° 04.

- Mediante escrito presentado por la sentenciada, en fecha 15 de junio de 2017, se ofreció medios probatorios.
- Mediante la **RESOLUCIÓN N° 12**, declararon **INADMISIBLE** los medios probatorios ofrecidos tanto por el agraviado como por parte de la sentenciada, consecuentemente se señaló fecha para la Audiencia de Apelación de Sentencia.

➤ **ANÁLISIS DE LA ETAPA IMPUGANTORIA:**

Mediante oficio correspondiente se remiten los actuados a la Sala Penal de Apelaciones, es así que se sigue la formalidad establecida en el artículo 421 del CPP, iniciando con la resolución N° 07, por la que se confiere por cinco días el traslado los recursos de apelación a los demás sujetos procesales, después de concluido dicho plazo, faculta testar un segundo filtro respecto a las formalidades del recurso de apelación, y cumpliendo los mismos, comunica a los sujetos procesales el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia en el plazo de cinco días, por lo que tanto la sentenciada como el agraviado, ofrecieron medios probatorios, pero fueron declarados inadmisibles, por cuanto el oferente no señala el presupuesto donde se debería enmarcar su pedido según el artículo 422 del CPP (i) no se pudieron proponer in primera instancia por desconocimiento de su existencia; (ii) las propuestas fueron indebidamente denegados, siempre que hubiera formulado en su debido momento la oportuna reserva y iii) las admitidas que no fueron practicadas por causas no imputables al él) por lo que se trata de un groso descuido de parte del letrado, empero ello, por el principio *iurit novit curia*, el presupuesto pudo haber sido despendido del mismo escrito, y que la titulado, realizando lectura, del mismo, solo se desprende que si tenía conocimiento de su



existencia, empero como ya se había mencionado anteriormente, estamos ante una defensa pasiva, que no ofrece medios probatorios de descargo, por lo que es correcto la inadmisibilidad de dichos medios probatorios.

#### ***3.4.2 Inicio de audiencia de apelación de sentencia condenatoria***

Siendo el día dieciséis de agosto de 2017, a horas 09:23 a. m., en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, con la intervención de los señores jueces superiores, Máximo Francisco Maguiña Castro, Silvia Violeta Sánchez Egusquiza y Fernando Javier Espinoza Jacinto, se acreditaron las partes como son el Ministerio Público, defensa técnica de la parte agraviada, parte técnica del sentenciado, agraviado y sentenciada.

El especialista de audiencia procede a dar cuenta de la resolución apelada, así como el recurso de apelación, el abogado defensor del sentenciado procede a fundamentar oralmente su recurso de apelación y la señora fiscal superior realiza sus alegatos, el abogado de la parte agraviada realiza sus alegatos y además el colegiado realiza preguntas aclaratorias.

#### ***3.4.3 Sentencia de vista***

Siendo el día 31 de agosto de 2017, a horas 04:53 p. m., en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, con la intervención de los señores jueces superiores, Máximo Francisco Maguiña Castro, Silvia Violeta Sánchez Egusquiza y Fernando Javier Espinoza Jacinto, se acreditaron las partes como son el Ministerio Público, defensa técnica de la parte agraviada, parte técnica de la sentenciada, agraviado y sentenciada.

Mediante Resolución N° 14, de fecha treinta y uno de agosto de 2017, en audiencia pública se resuelve el recurso de la siguiente manera:

### **Decisión**

Por los fundamentos de hecho y derecho, expuestos los jueces superiores que integran la Sala Penal de Apelaciones, **POR UNANIMIDAD:**

Declararon **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada contra la sentencia materia de grado, y **REVOCARON** la resolución N° 04, que resolvió condenar a Gregoria Dominga Toledo Salazar como autor del delito contra el patrimonio en su modalidad de hurto simple en agravio de Zenobio Gregorio Toledo Osorio, **REFORMÁNDOLA** se resuelve **ABSOLVER** a la sentenciada.

❖ Mediante el escrito de fecha 07 de setiembre, el agraviado solicito que obrando de oficio la Sala rectifique errores sustanciales en que se ha incurrido en la redacción de la Sentencia en cuanto se refiere a las partes litigantes y dejar sin efecto el acto de lectura de sentencia, programando así una nueva fecha para su lectura. Emitiendo así la sala la Resolución N° 15 corrigiendo los errores materiales de la sentencia.

### ➤ **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE VISTA**

Considero que la sentencia de vista emitida por la Sala, es correcta debido a que la presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de derecho, es por ello que,

a toda persona imputada, debe reconocérsele el “derecho subjetivo de ser considerado inocente”.

Asimismo, tal como señala el *ad quem*, es cierto que no concurren los requisitos señalados por el Acuerdo Plenario N°02-2005/CJ116; conforme se ha llegado a determinar que la versión del testigo carece de la concurrencia de las garantías de certeza de verosimilitud, en cuanto no está corroborado con ninguno de los medios probatorios actuados en juicio oral, por tanto no puede considerarse estos como suficiente medio de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia que reviste a la recurrente.

Es cierto también que ninguno de los medios probatorios acredita la autoría o participación de la acusada en los hechos incriminados, sumado a que la citada acusada niega los cargos imputados, existiendo la sola sindicación del agraviado, declaración que ha sido descalificada por no contener los requisitos exigidos por el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ116, por consiguiente, persiste la presunción de inocencia que la Constitución garantiza.

## IV

## CONCLUSIONES

1. La acusación por parte del Ministerio Público no es sólida, su investigación es trivial, y se basa en medios probatorios que no se vincularon periféricamente con las declaraciones testimoniales en el proceso.
2. Las notificaciones no le llegaron a la investigada, ocasionándole indefensión. El Ministerio Público no pudo encontrar la dirección exacta, y se basó en su dirección de Reniec, siendo esta imprecisa, por lo que no se le notificó válidamente.
3. Se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que los medios probatorios y las declaraciones testimoniales no son suficientes para determinar la culpabilidad de la imputada.
4. El juez de la primera instancia argumenta responsabilidad de la imputada, pero no llega a fundamentar cómo llega a la conclusión con respecto al hecho controvertido de que la imputada se encontraba en el lugar de los hechos y que ordenó talar y trozar los árboles de eucalipto, basándose en la sola sindicación del agraviado.
5. Además, en la constatación y la pericia valorativa no vinculan a la sentenciada, ya que no se le encontró en el lugar de los hechos y a la vez no se identificó a las personas que estaban presentes en él, quienes supuestamente cometieron el

ilícito penal, pudiendo ellos involucrar directamente a la sentenciada en el supuesto ilícito penal.

6. Se debe tener en cuenta que el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 señala que en las garantías de certeza de las afirmaciones del agraviado no deben de existir sentimientos de odio, resentimiento, enemistad u otra causa, situaciones que sí se presentan en el presente caso.
7. Las declaraciones del testigo, Asunción Benjamín Rímac Albornoz, no concuerda en las distintas etapas del proceso penal; de esta manera, no cumplen con los presupuestos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, que señala que debe de existir persistencia y solidez en la versión dada en sus declaraciones.
8. Por tales consideraciones, estamos de acuerdo con la sentencia de Sala, que declara a la procesada absuelta del delito imputado.

## V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ambos, Kai. (2005). *Principios del proceso penal europeo*. Universidad Externado de Colombia.
- Academia de la Magistratura. (2007). *Manual de impugnación y recursos en el nuevo modelo procesal penal*. Academia de la Magistratura
- Aroca Pérez, Alex. (2003). *El nuevo sistema procesal penal*. La Ley.
- Asencio Mellado, José M<sup>a</sup>. (2010). *Derecho procesal penal* (5.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Binder, Alberto. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. (2.<sup>a</sup> Ed.). Ad Hoc.
- Bramont Arias, Luis Alberto y Bramont Arias Torres, Luis Alberto. (2001). *Código Penal anotado* (4.<sup>a</sup> ed.). San Marcos.
- Burgos Mariños, Víctor. (2008). *Preguntas y respuestas sobre instituciones del Código Procesal Penal*. BLG.
- Bustos Ramírez, Juan (2004). *Obras completas de derecho penal. Parte general*. ARA Editores.
- Cabanellas, Guillermo. (1968). *Diccionario de derecho usual*. T. III. Bibliográfica OMEBA.
- Calderon Sumarriva, Ana y Águila Grados, Guido (2011). *Balotario desarrollado para el examen del CNM*. Egacal.
- Carocca Pérez, Álex. (2005). *El nuevo sistema procesal penal. Manual* (3.<sup>a</sup> ed.). LexisNexis.
- Claría Olmedo, Jorge. (1960). *Tratado de derecho procesal penal*. EDIAR.
- Código Civil. (1984, 25 de julio). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.

- Cubas Villanueva, Víctor. (2004). *Apuntes sobre el Nuevo Código Procesal Penal. El nuevo proceso penal*. Palestra.
- Cubas Villanueva, Víctor. (2009). *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Ed. Palestra.
- Florian, Eugenio. (2004). *Elementos de derecho procesal penal*. Bosch.
- Gómez Benítez, José Manuel. (1984). *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Civitas.
- Hurtado Pozo, José. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. (3.<sup>a</sup> ed.). Grijley.
- Ibérico Castañeda, Luis Fernando. (2016). *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Instituto Pacífico.
- Jaén Vallejo, Manuel. (2000). *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Universidad Externado de Colombia
- Jerí Cisneros, Julián Género. (2012). El recurso de reposición en el Código Procesal Penal de 2004. En P. Alva Monge. (Ed.). *Estudio sobre los medios impugnatorios en el proceso penal* (pp. 174-175). Gaceta Jurídica.
- Ministerio Público. (2005). *Propuesta para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Diseño del nuevo sistema de gestión fiscal*. Ministerio Público.
- Mir Puig, Santiago. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Reppertor.
- Miranda Estrampes, Manuel. (2005). El juez de garantías vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 17, 456.

- Mixan Mass, Florencio. (2003). *Derecho procesal penal. Juicio oral*. Ediciones BGL.
- Mixan Mass, Florencio. (1996). *Juicio oral*. Marso Perú Editores.
- Montero Aroca, Juan. (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Editorial Estrella.
- Montero Aroca, Juan. (2000). *Derecho jurisdiccional. Parte general* (10.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Montón Redondo, Alberto *et al.* (2003). *Derecho jurisdiccional. Proceso penal* (12.<sup>a</sup> ed.). Tirant Blanch.
- Muñoz Conde, Francisco. (1996). *Derecho penal. Parte especial* (4.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Neyra Flores, José Antonio. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. IDEMSA.
- Nuevo Código Procesal Penal. (2004, 22 de julio). Congreso de la República. Diario Oficial El Peruano.
- Núñez Ojeda, Raúl Eduardo. (2000). La instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España. *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 1, 252.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2009). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Rodhas.
- Reátegui Sánchez, James. (2006). *En busca de la prisión preventiva*. Jurista Editores.
- Reátegui Sánchez, James. (2006). *La garantía del Ne bis in idem en el ordenamiento jurídico penal*. Jurista Editores.



- Reyna Alvaro, Luis Miguel. (2015). *Manual de derecho procesal penal*. Instituto Pacífico.
- Rojas Vargas, Fidel, Infantes Vargas, Alberto y Quispe Peralta, Lester. (2007). *Código Penal. Parte especial*. IDEMSA.
- Rojas Vargas, Fidel. (1999). *Jurisprudencia penal comentada*. Gaceta Jurídica.
- Rosas Yataco, Jorge. (2009). *Manual de derecho procesal penal*. Grijley.
- Salinas Siccha, Ramiro (2006). *Delitos contra el patrimonio* (2.<sup>a</sup> ed.). Jurista Editores.
- San Martín Castro, César. (2009). *Derecho procesal penal*. Editorial Grijley.
- San Martín Castro, César. (2012). *Estudios de derecho procesal penal*. Grijley.
- Sánchez Velarde, Pablo. (2000). *Manual de derecho procesal penal*. IDEMSA.
- Sánchez Velarde, Pablo. (2009). *El nuevo proceso penal*. IDEMSA.
- Serrano Gómez, Alfonso. (2000). *Derecho penal. Parte especial* (5.<sup>a</sup> ed.). Dykinson.
- Villa Stein, Javier. (2001). *Derecho penal. Parte general*. San Marcos.

**EXPEDIENTE**

**CIVIL**

## ÍNDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT .....	v
I MARCO TEÓRICO .....	1
1.1 Los principios del proceso y del procedimiento .....	1
1.1.1 Apuntes sobre los principios generales del derecho.....	1
1.1.2 La importancia de los principios generales del derecho. ....	6
1.1.3 Los principios procesales .....	9
1.1.4 Los principios del proceso .....	10
1.2 La indemnización de daños y perjuicios .....	21
1.2.1 Concepto y elementos .....	21
1.2.2 ¿Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios?.....	23
1.2.3¿En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona?26	
1.2.4 ¿Cómo se determinan los daños y perjuicios? .....	26
1.2.5 Daño emergente y lucro cesante.....	28
1.2.6 Daños compensatorios y moratorias .....	29
1.2.7 Daños patrimoniales y morales .....	31
1.2.8 Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos.....	34
1.2.9 Daños directos e indirectos .....	35
1.2.10 Daños intrínsecos y extrínsecos .....	36
1.2.11 Daños actuales y futuros .....	37
1.2.12 Daños propios y comunes .....	37
1.3 Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios.....	37
1.4 ¿En qué oportunidad puede ejercitarse la acción de daños y perjuicios? .....	39
1.5 La prueba de los daños y perjuicios .....	41
1.6 Responsabilidad contractual y extracontractual.....	42
1.7 La demanda.....	46
1.7.1 Concepto de proceso .....	46
1.7.2 Acción, pretensión y demanda .....	47
1.7.3 Calificación de la demanda .....	48
1.7.4 Auto de inadmisibilidad de la demanda .....	49
1.7.5 Auto de improcedencia de la demanda .....	51

1.7.6 Auto admisorio de la demanda.....	53
1.7.7 Conclusiones .....	54
II JURISPRUDENCIA.....	55
III ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS .....	56
3.1 Etapa postulatoria.....	56
3.1.1 Interposición de la demanda.....	56
3.1.2 Auto que declara inadmisibile la demanda.....	58
3.1.3 Escrito que subsana omisiones.....	59
3.1.4 Auto admisorio.....	59
3.1.5 Contestación de la demanda.....	60
3.1.6 Auto que admite la contestación a los demandados.....	63
3.1.7 Audiencia única.....	63
3.2 Etapa probatoria .....	65
3.3 Etapa decisoria .....	66
3.3.1 Sentencia .....	66
3.4 Etapa impugnatoria .....	70
3.4.1 Apelación de la sentencia.....	70
3.4.2 Sentencia de vista.....	74
IV CONCLUSIONES .....	77
V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	78

## RESUMEN

El presente trabajo trata sobre la demanda de indemnización por daños y perjuicios, la cual consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquel le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. En este sentido, se pronuncia el artículo 1101 del Código Civil: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.” La demanda fue interpuesta por Elías Isaías Paucar Bernuy y Macaria Teófila Chávez De Paucar en contra de Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Rocío Maritza Salazar Egusquiza, acción que deriva de un contrato de préstamo de dinero entre los demandantes y demandados, y, debido a su incumplimiento, se solicita la indemnización por daños y perjuicios a favor de los demandantes. Ya en la primera instancia el juez resuelve declarar fundada la demanda, siendo esta apelada por Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Rocío Maritza Salazar Egusquiza, resolviéndose, así, con base en los argumentos fundamentados por los apelantes, se declaró en la segunda instancia revocar la sentencia de primera instancia y declarar infundada la demanda.

***Palabras clave:*** Indemnización, daño moral, lucro cesante, daño emergente.

## ABSTRACT

This paper deals with the claim for compensation for damages, which consists of the action that the creditor or the injured party has to demand from the debtor or the cause of the damage an amount of money equivalent to the utility or benefit that he had. reported the effective, complete and timely fulfillment of the obligation or the repair of the damage caused. In this sense, article 1101 of the Civil Code is pronounced: "Those who in the fulfillment of their obligations incur fraud, negligence or late payment, and those who in any way contravene the tenor are subject to compensation for damages caused. of those. " The lawsuit was filed by Elías Isaías Paucar Bernuy and Macaria Teófila Chávez De Paucar against Hebel Eduardo Rodríguez Salazar and Rocío Maritza Salazar Egusquiza, an action that derives from a money loan agreement between the plaintiffs and defendants, and, due to their breach, compensation for damages is requested in favor of the plaintiffs. In the first instance, the judge decides to declare the claim founded, being appealed by Hebel Eduardo Rodríguez Salazar and Rocío Maritza Salazar Egusquiza, resolving, thus, based on the arguments supported by the appellants, it was declared in the second instance to revoke the sentence of first instance and declare the claim unfounded.

**Keywords:** Compensation, moral damage, loss of earnings, emerging damage.

## I MARCO TEÓRICO

### 1.1 Los principios del proceso y del procedimiento

#### *1.1.1 Apuntes sobre los principios generales del derecho*

Una manera de idealizar el derecho es decir que es una ciencia de conceptos precisos, estructurados sobre la base de un sistema que los ubica en el ámbito adecuado, situación que a su vez permite utilizarlos para expresar exactamente lo que el emisor desea y comunicar al receptor con fidelidad el mensaje o dato. Esto es, más o menos, lo que cierta concepción del pensamiento jurídico ha pretendido, históricamente, hacer del derecho, esto es, entenderlo como una ciencia formal elaborada sobre la base de abstracciones, cuyo punto de partida ideal son hipótesis, las que posteriormente deben ser verificadas al ser contrastadas con la realidad, a fin de ser asimiladas o descartadas del quehacer científico.

Sin embargo, un hexágono —en tanto cumpla con su hipótesis de creación básica— será siempre un hexágono, con independencia de su tamaño, color, belleza o utilidad. Por eso, la geometría es una ciencia formal. En cambio, un acuerdo de varias personas para concretar un objetivo común es, jurídicamente, la esencia de un contrato de sociedad. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza del acuerdo, considerando si el objetivo común es obtener lucro o no, evaluando si este mismo objetivo es lícito o no, estimando el grado de formalización que el acuerdo alcance, en suma, apreciando estas y otras “pequeñas variantes”, es perfectamente posible que este mismo acuerdo no sea un contrato de sociedad, a pesar de mantener su esencia. Hay un sinnúmero de modificaciones que pueden determinar su transformación a figuras jurídicas distintas sin necesidad de afectar su núcleo.

A pesar de ello, nadie podría asegurar que no se producirá una discusión académica interminable sobre la naturaleza jurídica de la figura que ha aparecido, inclusive si sigue siendo contrato de sociedad o ya no. Lo expresado significa que los temas del derecho son abruptos, complejos, densos y, sobre todo, opinables. Sin embargo, el jurista necesita apoyarse en categorías o conceptos básicos para desarrollar su investigación, para hacerla siquiera verosímil. Para ello parece importante advertirle que sea consciente de que tal construcción se elabora comúnmente sobre bases precarias. Veamos cuáles son.

En algún momento del desarrollo histórico del derecho, se consideró que su estudio no era otra cosa que la búsqueda de las verdades divinas, las que se supone permanecía inmutable en un mundo superior, del cual había que extraerlas por medio de la razón, en tanto fuera posible. San Agustín y después Santo Tomás mejoraron la idea y consideraron que, en efecto, hay tres clases de leyes: una ley eterna que es la que gobierna todo en tanto es voluntad de Dios, una ley natural que reside en la conciencia del hombre en tanto este es partícipe del quehacer divino y una ley humana que está referida a las relaciones terrenas o mundanas.

Esta concepción se completa con otras afirmaciones adscritas al mismo pensamiento. Así, se dice que la ley eterna no es pasible de conocimiento por el hombre, pero este sí puede acceder a la ley natural a través de la razón. Por otro lado, la ley humana es precisamente el producto de la aplicación de la ley natural a la vida en sociedad.

Estas tesis, expresiones de la influencia del derecho romano sobre el pensamiento de los doctores de la Iglesia, ¡constituyen la matriz de la que se nutren los desarrollos posteriores de! derecho occidental europeo. Es aquí donde se aprecia



la búsqueda de métodos tendentes a encontrar cierto número de conceptos o ideas centrales, fijas, inmutables, que sirvan de base para la construcción de un sistema jurídico.

Sin embargo, el hecho de que el fenómeno jurídico no sea otra cosa que una especie del fenómeno social, ha determinado que todos los esfuerzos —inclusive los contemporáneos— por diseñar un sistema jurídico sobre la base de cierto número de categorías básicas de aceptación universal hayan fracasado. Si el fenómeno jurídico es un fenómeno social específico, entonces es natural que la norma jurídica solo sea una especie de la norma social. Siendo así, participa de toda su sensibilidad, por tanto, es variable en el tiempo y en el espacio. Asimismo, su aceptación o reconocimiento en una comunidad admite todos los matices.

Así, los motivos de la elaboración de una norma jurídica son distintos a los motivos que -mucho tiempo después- se tienen para pedir su aplicación. Y, para hacer extremo el ejemplo, no sería de extrañar que fuesen otros los motivos que tuviera el juez para aplicarla o no al caso concreto en otro momento histórico determinado. Tomemos como ejemplo un concepto utilizado en los códigos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico y de cualquiera que reconozca como antecedente al sistema romano-germano-canónico francés: el orden público. Tal vez la idea más exacta que podemos tener de él es aquella que tenemos en nuestra mente cuando el concepto no nos es preguntado. Es decir, sabemos qué es hasta que nos lo preguntan. Sin embargo, cuando queremos perfilar sus elementos básicos o distintivos, empieza la discusión, resultando imposible lograr un acuerdo unánime sobre qué es orden público. Inclusive algunos consideran que es un concepto que debería ser eliminado del derecho. (Nieto Blanco, 1960)

El ejemplo del concepto orden público es de plena aplicación a un importante número de ideas jurídicas prevalecientes en el derecho contemporáneo. Mucho tiempo se ha perdido en buscar proposiciones que constituyan verdades incontrovertibles sobre las que se asiente un determinado desarrollo o concepción del derecho. ¡Inclusive aún se sigue perdiendo tiempo en discusiones originadas en la defensa de una tesis que a su vez se sustenta en un aforismo o principio reconocido y aceptado en la Edad Media —aun cuando jamás ha sido contrastado con la realidad de su época— pero postulado siglos después como verdad definitiva, sin que medie un análisis sobre la diferencia de contextos históricos entre el momento de su génesis y el de su aplicación actual.

Un caso singular está dado por los llamados principios generales del derecho. Se tiene una idea confusa de ellos. Por un lado, suele considerárseles pilares básicos sobre los que se asienta una determinada concepción del Derecho; y por otro, se les considera un desarrollo frustrado de los estudios jurídicos. La discusión se vuelve infinita cuando se quiere identificar cuáles de los postulados tienen la calidad de principios. Aún más, suele no haber el más mínimo consenso cuando se plantea la necesidad de incorporar los principios al ordenamiento positivo o su mantenimiento fuera de él. Refiriéndose a esta complejidad, Peyrano y Chiappini (1985) afirman:

las tesis construidas en derredor de los principios generales del derecho no solo suelen estar impregnadas de un subjetivismo reñido con la investigación científica, sino que además sus mentores están animados de un particular espíritu intransigente, contrario a toda conciliación y renuente

a cualquier raciocinio que no concuerde con la postura sostenida a ultranza.  
(p. 23)

Los principios generales del derecho no son verdades inmutables e incontrovertibles, originadas en un espíritu superior o en un grupo de sabios indiscutidos, capaces de desafiar la fuerza destructiva del tiempo y, por tanto, de ser edificios victoriosos en medio de las ruinas humeantes de una ciencia que cada día renueva sus contenidos para hacer efectiva su utilidad social.

De hecho, los principios apenas son concepciones del derecho que han tenido un importante reconocimiento en un momento histórico determinado, con la suficiente contundencia como para mantener su aceptación relativa en sociedades y tiempos distintos a aquellos en los que tuvieron origen.

Sin embargo, nada de lo dicho garantiza la bondad absoluta de su aplicación y eficacia. Ihering (como se citó en Del Vecchio, 1979) se refería a este rasgo así:

El tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales, y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia. (p. 100)

Por otro lado, la referencia a los principios no tiene antecedentes considerables en el derecho positivo. En opinión de Gardella<sup>1</sup>, el reconocimiento normativo de los principios solo data de 1797.

---

<sup>1</sup> “Esa desconfianza hacia el Poder Judicial se mantuvo aún en estados que hacían continua declamación de los principios democráticos que lo animaban, como así también de la necesidad de defender una división de poderes más existente en los papeles que en la realidad. Merece citarse el caso de Francia, en la cual, en pleno auge del fervor revolucionario, existía un *réferi*

### ***1.1.2 La importancia de los principios generales del derecho.***

En esta discusión académica por darle a los principios generales del derecho una importancia suprema o un rasgo peyorativo, es donde empieza a descubrirse que atrás de la polémica en torno de qué y cuáles son los principios, está guarnecida no solo la importancia teórica de estos, sino una extraordinaria labor de cobertura de las situaciones límites en las que el derecho —fenómeno social al fin— suele ser atrapado por la realidad sin tener una salida coherente.

Así opina sobre el tema Del Vecchio (1979):

Lo mismo en la esfera del Derecho que en todas las ramas del saber, corresponde, pues, a la reflexión crítica y filosófica esa función de reivindicar y aclarar los presupuestos y principios tácitos, los cuales desaparecen fácilmente bajo el peso de la superestructura del mundo empírico, ya veces parecen perdidos casi por completo. Tal función no responde tan solo a una exigencia puramente teórica, que podemos llamar de justicia cognoscitiva, sino que es necesaria también con objeto de suministrar las normas precisas para los casos particulares y los problemas prácticos; en los cuales alguna que otra vez, y cuando menos se piensa, revélase imperiosamente la urgencia de acudir a una noción o a un principio de carácter general, para resolver una dificultad o para desentrañar la verdadera naturaleza de un fenómeno. (p. 104)

---

*legislatif* de actuación facultativa cuando los jueces tenían dudas sobre el alcance de un texto legal y de intervención obligatoria cuando se producían contradicciones judiciales” Peyrano y Chiappini, p. 28)

Un tema inconcluso sobre los principios generales del derecho es su ubicación en el sistema jurídico. Para algunos son categorías abstractas que reposan fuera del derecho positivo, inclusive las califican como expresión trascendente del llamado derecho natural. Otros, manteniéndolos fuera del derecho positivo, consideran que son producto del decantamiento histórico del pensamiento jurídico.

Estiman que se trata de aquellas ideas superiores, inmanentes y más allá del devenir de la dinámica social. Una variante la asumen quienes consideran que son un producto científico del derecho, es decir, es lo que queda de los avances en la doctrina y la jurisprudencia universales. Esta función de los principios como fuente supletoria del derecho, pero sin reconocimiento en el derecho positivo es compartida, entre otros, por Díez Picazo (1975)<sup>2</sup>.

Otro sector considera que los principios están incorporados a la norma positiva, siendo inmanentes al derecho concretizado en la norma objetiva, razón por la cual lo que se requiere es una interpretación de ella para descubrirlos, por lo menos en aquellos casos en que no sean evidentes. La tesis se sustenta en el hecho que un sistema normativo es completo y armónico en sí mismo, por tanto, no es factible considerar que tiene lagunas. Esta concepción privilegia un principio llamado también “norma de clausura”, que tiene como función esencial integrar el sistema. La norma es: “todo lo que no está prohibido, está permitido”.

También es un tema discutido —desde una óptica prospectiva— precisar si los principios deben estar regulados, o simplemente es suficiente que se repite necesario que tengan reconocimiento como ideas jurídicas trascendentes. Nos

---

<sup>2</sup> “Cuando hablamos, pues, de “principios generales del derecho” estamos haciendo referencia a estos criterios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales debemos integrar las lagunas de la ley de los cuales debemos servirnos para llevar a cabo la labor de interpretación de las leyes” (Díez Picazo, 1975, p. 202).

parece que los principios no solo no tienen necesidad de estar incorporados al derecho positivo, sino que además se debilita considerablemente su función integradora y enriquecedora 'del sistema jurídico, si se exige como cuestión previa su reconocimiento en el derecho positivo.

Ahora bien, una última discusión sobre el tema es si solo existen los principios del derecho generales o es posible admitir la existencia de principios específicos orientadores de una determinada disciplina jurídica. Nosotros consideramos que en este tema se ha construido artificialmente una polémica innecesaria. Los principios generales del derecho orientan e informan todo el derecho, sin embargo, tal calidad no obsta para que haya otros de distinto alcance, en tanto son líneas vectoriales y explicativas de las tendencias o posiciones de las diversas disciplinas que conforman el conjunto de las ciencias jurídicas.

Finalmente, los principios generales del derecho pueden ser extralegales, pero en ningún caso son extrajurídicos. Siendo así, se trata de fenómenos jurídicos que tienen como funciones: crear, interpretar e integrar el sistema jurídico. Ahora bien, tales funciones solo se pueden cumplir en tanto los principios sean normas fundamentales, trascendentes, universales, tópicas, sin que esencialmente sean positivas. Estas funciones son tan importantes para el derecho que su ejercicio no puede dejarse al desgobierno y al caos. Es imprescindible que los mecanismos de generación del derecho se sujeten a pautas objetivas, precisamente esas normas orientadoras y autocreativas están expresadas en los principios generales del derecho. Así lo expresa también Valencia Restrepo (1993)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “Las funciones principales persiguen que la creación, interpretación e integración del derecho no se gobierne por los criterios subjetivos -los cuales con demasiada frecuencia pueden ser arbitrarios- del creador, intérprete o integrador sino por patrones objetivos, que son los valores bilaterales vigentes en una sociedad o que deben regir en ella, en los cuales justamente consisten los

### ***1.1.3 Los principios procesales***

Los principios procesales -expresión mono disciplinaria de los principios generales del derecho ya desarrollados- vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Es esta también la razón por la que aparecen en el frontis de un ordenamiento, en su título preliminar. Esta es una opinión que comparte Eisner (1984)<sup>4</sup>. Sin embargo, lo expresado no obsta para reconocer que hay varios principios procesales que podrían no aparecer en un código, pero que sin duda forman parte de la sistemática de este, inclusive de la concepción del proceso que los legisladores han optado.

En definitiva, los principios procesales acogidos en un código son expresiones de una determinada tendencia. A pesar de ello, debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Estamos abogando por la relativización de los conceptos y de los principios procesales. Es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

---

principios. Queda, por tanto, excluida así la posibilidad de que se ejerzan las ramas del poder público (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional) con base en opiniones personales o arbitrarias” (Valencia Restrepo, 1993, p. 87).

<sup>4</sup> “Estos principios formativos o monitores inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de las disposiciones normadas. A veces, esos principios son propuestos por el legislador al comenzar su obra codificadora y entonces los encontramos al frente de los cuerpos legales anunciados como portada donde se anticipa que el cuerpo a reglarse se habrá de inspirar en aquellos y seguirá determinados lineamientos. En tal caso tendremos una ordenación reflexiva, consciente y técnica alrededor de las pautas o sistemas” (Eisner, 1984, p. 48).

Proponemos una interpretación creativa de los principios, que los haga concordar con los valores vigentes en la sociedad y en su dinámica en un momento histórico determinado. Un principio procesal acogido en un código será útil en tanto penetre en la escena misma de la vida, se nutra del drama diario de una comunidad que aspira a ser mejor y, en definitiva, permita al juez decidir en justicia el caso concreto.

Por lo demás, cuando describimos un principio del proceso estamos haciéndolo desde una perspectiva institucional, es el análisis del proceso como fenómeno jurídico. Sin embargo, esta apreciación válida no obsta reconocer que, desde la óptica del sujeto de derecho, los mismos principios del proceso suelen ser a su vez derechos básicos de este, regularmente de naturaleza constitucional.

En las siguientes líneas vamos a desarrollar lo que hemos denominado principios del proceso y principios del procedimiento. Los primeros son aquellos indispensables para la existencia de un proceso, sin ellos este carecería de elementos esenciales para ser admitido como tal. Los segundos, en cambio, son los que caracterizan e identifican la presencia de un determinado sistema procesal, en concordancia con lo expresado en el capítulo anterior a propósito precisamente de los sistemas procesales.

#### ***1.1.4 Los principios del proceso***

Como se expresó en el párrafo anterior, estos principios sustentan la esencia de lo que es un proceso judicial, al extremo que su presencia en un ordenamiento procesal es correspondiente con la naturaleza jurídica de este. Veamos cuáles son y



en qué consisten, no sin antes advertir que la lista podría no estar completa, atendiendo a los distintos tratamientos que el tema suele recibir.

**a) Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional:**

No es más que lo que su mismo nombre indica. Nadie puede irrogarse en un Estado de derecho la función de resolver conflictos de intereses con relevancia jurídica, sea en forma privada o por acto propio. Esta actividad le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, este tiene la exclusividad del encargo. El principio significa, además que, si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso instaurado contra él.

Es más, para cuando el proceso acabe, dicha persona estará también obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formó parte. En cualquiera de ambos casos, ni su actividad ni su omisión podrán liberada de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida. Podrá ser compelida a ello, por medio del uso de la fuerza estatal.

**b) Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales:** La única posibilidad de que un órgano jurisdiccional -un juez pueda cumplir a cabalidad con su función social de resolver conflictos de intereses y procurar la paz social es intentando que su actividad no se vea afectada por ningún otro tipo de poder o elemento extraño que presione o altere su voluntad, es decir, su facultad para decidir. Si un juez no es soberano en la decisión que debe tomar para resolver un caso concreto, significará que. el proceso judicial solo es un pretexto para protocolizar una injusticia, la que habrá sido obtenida por ese factor externo que pervierte la voluntad del Juzgado.

“La independencia judicial claramente se constituye en un derecho fundamental no dirigido únicamente al juez como sujeto de derechos y obligaciones, sino es una garantía para la sociedad democrática que aspira convivir en un Estado de derecho”.<sup>5</sup>

De esta manera se expresa Devis Echandía (1995): “Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos”. (p. 47)

- c) **Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales:** La palabra imparcialidad se origina en el vocablo imparcial que significa “que no es parte”. En realidad, la etimología es útil para identificar la exigencia de que el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado respecto de lo que es materia del conflicto de intereses, y también de cualquier relación con quienes participan en él. Aun cuando desde un punto de vista valorativo esta afirmación puede parecer tautológica, resulta obvio que el juez no puede ser parte en el proceso que va a resolver.

Sin embargo, contra lo que se cree, la imparcialidad no solo es una calidad que debe tener el órgano jurisdiccional, sino también impone un deber a todos los que participan en la actividad judicial de proteger tal estado, compromiso que alcanza a las partes interesadas en el conflicto contenido en el proceso judicial.

---

<sup>5</sup> Sentencia 11288-16

Es jurídicamente punible que alguien intente violentar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, sea con propuestas irregulares o de cualquier otra forma. Precisamente, cuando el principio de imparcialidad se ve afectado luego de iniciado el proceso, las partes o el mismo órgano jurisdiccional pueden resolver el problema pidiendo que el proceso pase a otro órgano o dejando -por decisión propia- de tramitarlo, respectivamente.

**d) Principio de contradicción o audiencia bilateral:** También se le conoce con el nombre de principio de bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aun cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria. Adviértase que lo trascendente es el conocimiento: la actividad que el notificado o informado realice después de producido el acto informativo puede o no presentarse<sup>6</sup>. Este es un tema secundario, lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno. Esta es la razón por la que el principio en estudio está directamente ligado al objeto de la notificación procesal. En los estudios procesales contemporáneos, se considera la existencia de un deber del emplazado de comparecer. Es decir, así como toda persona tiene el derecho de recurrir al Estado pidiendo tutela jurisdiccional, también cualquier persona tiene el deber de comparecer cuando, en ejercicio de dicha tutela, otra persona le pide al Estado lo emplace para el inicio de un proceso.

---

<sup>6</sup> “Lo dicho no quiere significar que haya contradicción actual y presente en absolutamente “todos” los momentos del proceso. Una medida precautoria se ordena “inaudita parte”. Pero el debate solo está postergado, vendrá luego y la medida podrá ser impugnada. Mientras tanto el equilibrio lo mantiene la contra cautela; luego cabe la apelación contra aquella y por último el debate de fondo sobre la cuestión principal” (Eisner, 1984, p. 52).

Ante la imposibilidad de regular una sanción personal contra quien no comparece -dado que tal acto importaría una violación a la libertad individual- la doctrina también ha evolucionado, por eso ahora los ordenamientos procesales modernos han optado porque los mecanismos de sanción de la rebeldía o contumacia sean más enérgicos y, sobre todo, referidos a la situación procesal del emplazado, la que sufre un disvalor cuando este no comparece, a tal extremo que bien puede significar que pierda el proceso. Este principio es tan esencial al concepto del proceso que prácticamente lo identifica.

Así se expresa también Eisner (1984)<sup>7</sup>. No hay posibilidad de tramitar válidamente un proceso si es que este no consiste en un intercambio de posiciones, fundamentos, medios probatorios, alegatos de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelva al final de este. Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto.

Como resultado directo de este principio, podemos decir que en una sociedad civilizada una sentencia —la decisión que regularmente se expide al final de un proceso judicial— solo produce efecto respecto de las personas que han participado en él ejerciendo sus derechos o pudiendo haberlos ejercido.

En concreto, este principio significa que un proceso solo será válido desde su inicio, en tanto el demandado sea emplazado correctamente y se le conceda el tiempo necesario para que conteste la demanda, pruebe, impugne y alegue al igual que el demandante, durante el transcurso de todo el proceso.

---

<sup>7</sup> “Es decir, que este principio de bilateralidad es quizás el más característico de todo régimen procesal en los países de filiación individualista, democrática y republicana” (Eisner, 1984, p. 52)

Afirmamos que —salvo situaciones excepcionales previstas por la norma procesal— en un proceso un juez no expedirá decisión que afecte a las partes sin antes conocer cuál es la posición de estas al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla.

- e) **Principio de publicidad:** Esta vez el concepto público no está tomado en el sentido de difusión, sino simplemente en un sentido contrario a reservado. La actividad procesal es una función pública, en virtud de lo cual, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos.

El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, no hay mejor medio que convertir en actos públicos todas sus actuaciones.

Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la seguridad de que el servicio se brinda correctamente. Conviene recordar que esta publicidad no estuvo siempre presente en el proceso civil. Al contrario, se trata de una conquista política respecto del proceso secreto e impositivo que estuvo vigente en la legislación europea de hace algunos siglos. Ciertamente es también que a la fecha su reconocimiento es casi unánime. El principio de publicidad admite excepciones, las que van a depender menos del proceso y más de la naturaleza de la pretensión que se discute. Así lo expresa Wyness Millar (1945) quien siguiendo el criterio germánico encuentra tres clases de publicidad: una general, una mediata y una inmediata. Es decir, una publicidad para todos, otra para algunos y otra exclusivamente para las partes. (p. 186)

Esta última se presenta, por ejemplo, en los casos de divorcio por causal, filiación y en aquellos en los que el juez considere necesaria tal restricción. El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad. Qué se hace para que se resuelvan los conflictos —es decir, cómo se tramiten los procesos— es una información que debe ser conocida por la comunidad. Con tales datos, podrá establecerse una relación de confianza entre los órganos jurisdiccionales y su comunidad. Precisamente uno de los más graves defectos del servicio de justicia es que su actividad suele ser un rito ininteligible y oscuro para el ciudadano común.

De allí a la desconfianza en su funcionamiento solo hay un paso. Por cierto, la publicidad anotada no significa que todos los actos procesales deben estar a disposición del universo de la comunidad, aquella solo debe alcanzar a aquellos aspectos que garantizan la idoneidad de su desarrollo. Lo expresado tampoco descarta que en sede civil y solo por excepción haya actividades que deban realizarse en privado para garantizar esta vez el honor, el decoro o la intimidad de algunas personas. En estos casos, es pertinente la cita de Wyness Millar (1945) para diferenciar los grados de manifestación del principio de publicidad.

El principio de publicidad comporta la posibilidad de que los actos procesales sean presenciados o conocidos incluso por quienes no participan en el proceso como partes, funcionarios o auxiliares. Ha sido adoptado por la mayor parte de las leyes procesales civiles modernas, y reconoce

su fundamento en la conveniencia de acordar a la opinión pública un medio de fiscalizar la conducta de magistrados y litigantes.

- f) **Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley. La norma procesal —expresión concreta del derecho procesal— es de derecho público:** Esta afirmación nos conduce a otra que suele ser repetida en los considerandos (fundamentos) de las decisiones judiciales, según la cual las normas procesales son de orden público. Sin embargo, tal aseveración no es rigurosamente exacta. Casi todas las normas procesales contienen prescripciones de obligatorio cumplimiento, pero este rasgo no es absoluto. (Wyness Millar, 1945)

Hay algunas normas procesales que regulan opciones a efectos de que los interesados decidan la actuación más pertinente a sus intereses, en tal condición no pueden ser de orden público, sin embargo, por tal hecho no dejan de ser normas procesales, es decir, de derecho público. Entre las normas procesales son ejemplos típicos de aquellas de obligatorio cumplimiento, es decir, imperativas, las que proveen la regulación del procedimiento que se debe seguir para conducir la solución judicial del conflicto a su fin natural o la decisión del juez.

Las partes, en el primer caso, no pueden convenir una tramitación —una vía procedimental— distinta a la prevista en la ley procesal, salvo que expresamente y de manera excepcional la misma norma conceda vías alternativas.

**g) Principio de la motivación de las resoluciones judiciales:** La función jurisdiccional como actividad exclusiva del Estado —específicamente de sus órganos judiciales— es un instrumento de paz y de seguridad social.

Sin embargo, una buena parte de sus instituciones judiciales están diseñadas para impedir que la autoridad del Estado se convierta en dictadura, es decir, para que los derechos del ciudadano no sean burlados por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial. No hace más de dos siglos, los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, es decir, ejercían su función y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su *sindéresis*.

Sin embargo, una de las conquistas más importantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquellas que, por su propia naturaleza, son simplemente impulsivas del tránsito procesal. Una exigencia de este tipo impone a los otros protagonistas del proceso una serie de deberes. Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional.

Devis Echandía (1985) refiriéndose a este principio afirma: “De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda



instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ellas se explican” (p. 66). En el caso peruano, la Constitución Política de 1993<sup>8</sup> regula este principio.

**h) Principio de la cosa juzgada:** Si el fin abstracto del proceso es la paz social en justicia, tal encargo solo va a poder ser cumplido cuando las decisiones judiciales no admitan ningún cuestionamiento, es decir, cuando los obligados con ellas las cumplan, sea espontáneamente o a través del uso de la facultad coercitiva del Estado. Para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en este sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales y recibe el nombre de cosa juzgada.

Por cierto, no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo, es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso. Sin embargo, es importante hacer una precisión a lo expresado en el párrafo anterior.

Hay algunas resoluciones que excepcionalmente adquieren la autoridad de la cosa juzgada, a pesar de no referirse al conflicto de fondo, es decir a la fundabilidad de la pretensión. Nos estamos refiriendo a aquellas decisiones que

---

<sup>8</sup> “Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: “5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

declaran la improcedencia de la demanda, sustentadas en una infracción procesal (regularmente conectada con la pretensión) que ya no puede ser resarcida por el demandante. Son los casos, por ejemplo, de las resoluciones que declaran fundadas una excepción de prescripción o de cosa juzgada.

Un requisito adicional para que la autoridad de la cosa juzgada acompañe a una resolución es que se presente alguna de estas situaciones: sea que se hayan agotado todos los medios impugnatorios pasibles de ser deducidos contra ella, sea que se trate de una resolución inimpugnable o que haya transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta. Es decir, es un requisito que la resolución sea última, a pesar de lo cual, anotamos que doctrina reciente no descarta, en determinadas circunstancias, su revisión judicial. (Hitters, 1977, p. 138)

Reiteramos lo expresado a propósito del principio de contradicción, la decisión judicial sobre el fondo solo afecta a quienes han participado en el proceso; solo en casos excepcionales tiene un alcance erga omnes (para todos), como en los procesos sobre patrocinio de intereses difusos, siempre que la decisión sea sobre el fondo y favorable a los demandantes. Esta es la opción tomada por el Código Procesal Civil peruano<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> “Artículo 82. Patrocinio de intereses difusos. (...) “La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado en el proceso”.

## 1.2 La indemnización de daños y perjuicios

### 1.2.1 Concepto y elementos

Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo. y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido. (Planiol y Ripert, 1945, p. 132)

Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos:

**a) La inexecución de la obligación:** El primer elemento, la inexecución de la obligación, no requiere mayores comentarios. El deudor, simplemente, incumple la obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión.

Corresponde al juez apreciar, en cada caso, la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Toca al acreedor, sin embargo, demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y de hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil, y es por ello que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente.

**b) La imputabilidad del deudor:** La conexión entre el dolo o la culpa y el daño exige mayores comentarios. Para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación. Solo interesa, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar.

Advertimos que ha merecido escaso interés la elaboración de una teoría orgánica del nexo entre el hecho o la omisión por dolo o por culpa del deudor y el daño que origina y que da lugar a la indemnización.

Ello obedece, por cierto, a que se trata de un problema muy complejo que puede superar todos los cálculos o previsiones. La difícil cuestión del nexo causal no puede recogerse en normas abstractas. El juez, en caso de duda, deberá apreciar todas las circunstancias, y su poder para hacerlo es soberano.

La situación de imputabilidad del deudor está vinculada, en realidad, a los factores siguientes. Así como el dolo o la culpa determinan responsabilidad, la ausencia de culpa exonera de ella; el deudor en mora es responsable de los daños y perjuicios que ocasiona el retardo, mientras que el deudor no constituido en mora no incurre en responsabilidad; el deudor exonerado, por pacto, de responsabilidad, en los casos que la ley lo admite, no está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento, mientras que en ausencia de este convenio sí lo está. Solo cabe observar que la prueba de la exoneración de responsabilidad corresponde al deudor. La inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

c) **El daño:** El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil peruano (arts. 1317, 1321 y 1331).

### ***1.2.2 ¿Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios?***

Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia.

Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, establece el artículo 1331 del Código Civil que “la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva. Así, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización; por ejemplo, cuando el mandatario no adquiere las acciones que le encomendó comprar su mandante y estas bajan de valor en el mercado, siendo posible obtenerlas por un precio inferior. En este caso, ¿qué se

indemnizaría? El principio general admite, sin embargo, excepciones. Las excepciones más frecuentes se presentan en las obligaciones con cláusula penal y en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Cuando se ha estipulado la obligación con cláusula penal, el acreedor, al menos teóricamente, no tiene que probar el monto de los daños y perjuicios que le ha irrogado el incumplimiento (artículo 1343 del Código Civil).

Pero en la legislación peruana deberá hacerlo, cuando el deudor solicita la reducción de la pena, en el caso previsto por el artículo 1346 del Código Civil. Esta regla autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva, y ello obliga a que usualmente ambas partes, tanto el acreedor como el deudor, se pronuncien sobre el monto de los daños y perjuicios. El primero, el acreedor, tratando de demostrar su existencia y su cuantía para evitar que sea reducida la cláusula penal. El segundo, el deudor, tratando de probar su inexistencia, para obtener la reducción. Y es lógico que así sea; si no, ¿cómo podría el juez decidir, prima facie, que la pena es manifiestamente excesiva, desconociendo los daños y perjuicios que causa la inejecución? Anotamos, sin embargo, que en estos casos el juez está facultado a reducir equitativamente la pena, pero que no está ni obligado ni facultado para suprimirla.

La indemnización pactada por la cláusula penal, aunque en algunos casos pueda convertirse en simbólica, siempre subsiste. En las obligaciones de dar sumas de dinero sucede algo similar respecto a la prueba de los daños y perjuicios.

Cuando no existe pacto entre las partes, la demora en entregar una suma de dinero se repara con el interés legal; aquí el acreedor no tiene que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios. Así lo establece el artículo 1324 del

Código Civil. Igual solución prevalece cuando las partes han estipulado un interés convencional moratoria, dentro de los límites autorizados por el legislador, para los mismos casos de demora en la entrega de una suma de dinero.

Aquí el acreedor tampoco tendrá que probar la existencia o cuantía de los daños y perjuicios (artículo 1324 del Código Civil). En otros casos la regla es distinta en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios: cuando el legislador ha fijado un límite al monto de la indemnización, el acreedor no tendrá el derecho de exigir la reparación sino hasta ese límite. En estos supuestos, si bien subsiste para el acreedor la obligación de probar los daños y perjuicios sufridos, su cuantía está limitada por la ley.

Toda relación jurídica tiene por objeto a la prestación que consiste en la conducta o comportamiento que debe observar el sujeto del deber frente al sujeto de derecho. El derecho de obligaciones, tiene como objeto asegurar el cumplimiento de las relaciones obligatorias, puesto de lo contrario se estaría disuadiendo el intercambio. La dinámica de la relación obligatoria comienza con su nacimiento (fuentes) termina con el cumplimiento, que es el efecto principal y final de la obligación.

Tradicionalmente se ha adoptado una clasificación tripartita de la prestación, clasificación que es adoptada por el Código Civil peruano, en tal sentido la prestación puede ser de dar, hacer y no hacer. Actualmente, sin, embargo esta clasificación es discutida en la doctrina, pues la prestación entendida como obtención de un resultado no encuentra dentro de este esquema.

En tal sentido tenemos que el pago y cumplimiento son sinónimos, tanto en el lenguaje técnico como en el lenguaje vulgar suelen ser usados indistintamente, y

a menudo el pago suele ser definido apelando al cumplimiento, y este, a su turno es definido como la ejecución de la prestación.

### ***1.2.3 ¿En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona?***

La indemnización de daños y perjuicios en el Código Civil peruano siempre se traduce en el pago de una suma de dinero, pues es el dinero el denominador común de cualquier valor económico. Advertimos, sin embargo, que esta solución no se acepta unánimemente, pues algunos tratadistas piensan que puede condenarse, a veces, a reparaciones más adecuadas al perjuicio causado. (Planiol y Ripert, 1945, p. 133)

Además, la indemnización de daños y perjuicios, como equivalente, es concedida por el Código Civil peruano solo en la forma de un capital y no de una renta vitalicia, como sucede, en algunos casos, en la legislación francesa. El juez no tiene en el Perú la libertad para ordenar el pago de la reparación más apta.

La regla de que la indemnización siempre se traduce en el pago de una suma de dinero tiene una excepción: en el caso de la cláusula penal es posible que el acreedor y el deudor estipulen que, por la inexecución, mora o violación de un pacto determinado, la reparación esté constituida por una prestación distinta al dinero. La reparación, en estos casos, puede consistir en cualquier obligación de dar o en una obligación de hacer o de no hacer.

### ***1.2.4 ¿Cómo se determinan los daños y perjuicios?***

El problema de los daños y perjuicios por la inexecución de las obligaciones emanadas del contrato conduce a decidir si ellos deben determinarse según el día



en que se produjo la inejecución o según el día en que se dicta la sentencia condenatoria.

El tema es de singular importancia, pues estando constituida la indemnización generalmente por una suma de dinero, ella puede ser insuficiente, si se calcula su cuantía al día en que se produjo el daño, para reparar los perjuicios el día de la sentencia. El problema está vinculado a la devaluación monetaria y al alza de los materiales, mano de obra y, en general, de los bienes objeto de la obligación.

La indemnización, en nuestro concepto, debe ser igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas al estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación. De lo contrario, no se resarciría íntegramente el daño.

Y no se diga que el mayor valor de los materiales y mano de obra obedece a la devaluación monetaria. No puede aducirse que el aumento del perjuicio no es causado por la culpa del responsable, sino por la baja del poder adquisitivo de la moneda. El deudor que incumplió su obligación pudo proveerse, en la época del incumplimiento, usando la moneda más sólida que no entregó a su acreedor, de bienes que, justamente por la devaluación, han aumentado de valor.

La indemnización, si apreciamos pecuniariamente el monto de los perjuicios al día del incumplimiento y no del pago, conduciría a permitir que el deudor, aquel que no ejecutó la obligación por dolo o por culpa, se enriqueciera a costa del acreedor, que solo ejercitó un legítimo derecho: exigir en su oportunidad el cumplimiento de una obligación válidamente contraída.

Carece de sustento, por último, la argumentación de que el perjuicio resultante de la devaluación monetaria ordinaria es imprevisible. En primer término, porque la devaluación monetaria es un fenómeno generalizado y, por tanto, perfectamente previsible. Y, en segundo lugar, porque si el deudor hubiera indemnizado de inmediato al acreedor, sin esperar la expedición de una sentencia condenatoria, no habría sufrido esos efectos.

### ***1.2.5 Daño emergente y lucro cesante***

La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas.

Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil).

Planteemos como ejemplo el caso del constructor que no ejecuta la obra que se le encomendó. En este supuesto, el constructor responde por el mayor valor de la mano de obra, materiales y honorarios (daño emergente) y por las ganancias frustradas por no haber concluido la obra en el plazo estipulado (lucro cesante).

La doctrina cita con frecuencia el caso de “un contrato celebrado entre un empresario de conciertos y un artista de fama, para dar un concierto en una fecha

determinada: si el artista no cumple lo convenido, la obligación de pagar daños e intereses comprenderá los dos elementos siguientes: 1) los gastos hechos por el empresario, por ejemplo: gastos de publicación y anuncio del concierto, alquiler y arreglo del local, etc., todos los cuales implican una disminución de su patrimonio y, por consiguiente, pérdidas sufridas por él (*damnum emergens*); 2) las utilidades que hubiera podido obtener por la venta de localidades (*lucrum cessans*)". (Josserand, 1959, p. 507)

La prueba del daño emergente es relativamente sencilla. La prueba del lucro cesante es más compleja. El lucro cesante no puede acreditarse generalmente en forma directa. Entonces, cuando la ganancia podía esperarse con probabilidad, debe suponerse que esa ganancia se hubiera hecho, ya que todo hombre común suele hacerla. Por eso el lucro cesante es aquello que según las circunstancias pudiera haberse esperado con probabilidad.

### ***1.2.6 Daños compensatorios y moratorias***

Los daños y perjuicios revisten dos formas: compensatorios y moratorias. En rigor ambos, los daños y perjuicios moratorias y los daños y perjuicios compensatorios, son compensatorios, pues los primeros, simplemente, están destinados a resarcir el retraso que se produce en el cumplimiento de la obligación. Pero, por comodidad de expresión, se utilizan ambas palabras.

Los daños y perjuicios compensatorios son los que se acuerdan al acreedor por la inejecución de la obligación. Se trata de una ejecución por equivalente; los daños y perjuicios entran en lugar de la prestación prometida y compensan la falta de cumplimiento. Los daños y perjuicios moratorias son los que el deudor está

obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Después de algún retardo el deudor ejecuta su obligación; pero debe indemnizar al acreedor por este retardo.

Los daños y perjuicios compensatorios y moratorias se rigen por las mismas reglas. Sin embargo, para que el acreedor exija daños y perjuicios moratorias es siempre necesario que el deudor sea constituido en mora, salvo las excepciones previstas por la ley (Código Civil, art. 1333); mientras que para exigir daños y perjuicios compensatorios no siempre es necesaria la constitución en mora del deudor y generalmente los determina el juez, soberanamente, en razón de los perjuicios sufridos por el acreedor.

Por ejemplo, para exigir daños y perjuicios moratorias en las obligaciones de dar sumas de dinero es necesario, salvo que la ley, el pacto o la naturaleza y circunstancias de la obligación indiquen lo contrario, que el deudor sea constituido en mora.

Para exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios no siempre se requiere la constitución en mora del deudor. Así, si el deudor se obliga a no actuar en un teatro y lo hace, la obligación ya habría sido infringida y el acreedor, simplemente, tendría el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios.

Advertimos, por último, que los daños y perjuicios moratorias se exigen siempre conjuntamente con la ejecución directa, en especie, de la prestación, mientras que los daños y perjuicios compensatorios son incompatibles con la ejecución en especie, pues importarían un doble pago.

### ***1.2.7 Daños patrimoniales y morales***

Daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad, y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales “strictu sensu”, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Las contradicciones de los textos romanos no permiten expresar con claridad si se permitía o no la reparación del daño moral.

Sin embargo, los tribunales franceses hoy admiten la reparación del daño moral, contractual o extracontractual, interpretando el artículo 1382 del Código Napoleón que se refiere únicamente al daño, sin distinción de ninguna clase. La misma doctrina inspira a los tribunales belgas por la interpretación de un texto idéntico al artículo 1382 del Código francés. El Código Civil alemán (artículo 823, primer párrafo), el Código suizo de las obligaciones de 1911 (artículo 99), el Código Civil brasileño (artículo 76) y el Código helénico (artículo 299), también permiten la reparación del daño moral en las relaciones contractuales y extracontractuales. El Código Civil italiano de 1942 limita el principio en su artículo 2059, al establecer que el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados en la ley, no refiriéndose ningún otro precepto del Código, sin embargo, a esa obligación.

Distinguidos tratadistas extranjeros (Giorgi, 1909) y la mayoría de los comentaristas del Código Civil peruano de 1936 (León Barandiarán, 1956; Cornejo,

1938; Castañeda, 1963), expresan que no está autorizada la reparación del daño moral por la inejecución de las obligaciones contractuales cuando este daño moral no engendra, a su vez, un daño material.

Se aduce, en apoyo de esta tesis, que los contratos solo tienen por objeto intereses pecuniarios y no de afección; que la reparación del daño moral constituiría, para el acreedor, un aumento patrimonial sin causa legítima y, por tanto, inmoral e ilícito; y que sería imposible determinar el monto del perjuicio.

Estamos de acuerdo, sin embargo, con algunos autores (Josserand, 1959; Planiol y Ripert, 1945) que se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inejecución de las obligaciones emanadas del contrato.

Dice Alfredo Colmo (1944), refiriéndose al daño moral, “que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables”.

Y Héctor Lafaille agrega que “el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos”. Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Trátese de daños exclusivamente patrimoniales, trátese de daños morales que engendren perjuicios económicos o no.

Porque si es claro que, en el ejemplo de Laurent, del banquero que deja protestar una letra de cambio para cuyo pago había sido provisto de fondos por el

aceptante y desacredita la firma de este, procede el resarcimiento; también parece claro que debe indemnizarse la destrucción, por el depositario, de un retrato familiar, sin valor económico, pero de gran valor moral; o la cancelación por el empresario de un teatro, sin motivo legítimo, de la reservación.

Es cierto que la inconducta contractual, en estos dos últimos casos, no se traduce en un daño pecuniario, pero el incumplimiento, si no se admite la reparación del daño moral, quedaría sin sanción. Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Un derecho sin protección es un absurdo conceptual. Las objeciones a la reparación de los daños y perjuicios morales carecen, en nuestra opinión, de fundamento.

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia.

La reparación del daño moral, en este orden de ideas, no constituye un enriquecimiento ilícito del acreedor, sino una reparación del daño causado. Porque ese mismo enriquecimiento a que se refieren sus detractores podría aplicarse, sin duda, a la reparación del daño moral por acto ilícito: donde existe la misma razón existe el mismo derecho.

Y, además, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta, la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado.

En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza.

Sustentado en estas consideraciones, el nuevo Código Civil, en su artículo 1322, ha incorporado la regla según la cual “el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

### ***1.2.8 Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos***

De acuerdo con el Código Civil peruano (artículo 1321), en el caso de culpa leve el deudor solo responde de los daños que podían preverse al tiempo de constituirse la obligación. Y, en aplicación de la misma regla, en caso de que se inejecute la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, este responderá de los daños previstos e imprevistos.

Cuando se trata de los daños y perjuicios previstos, los alcances del precepto son muy simples: él se refiere a aquellos que, según se deriva del contrato, las partes tuvieron en cuenta al contraer la obligación.

Las dificultades se presentan al tratarse de determinar cuáles son los daños y perjuicios que se pudieron prever y cuáles los que no se pudieron prever.

Esto explica que Giorgi (1909), citando a Paulo, se preguntara ¿por qué el vendedor moroso en la entrega del grano vendido no está obligado a pagar al comprador el precio de los esclavos muertos de hambre?, y respondiera diciendo que era racional presumir que el comprador podía haber evitado la pérdida de los esclavos si se hubiera cuidado de buscar en otro sitio el grano que debía entregarse por el vendedor. Y el mismo Giorgi, citando a Ulpiano, se preguntará ¿por qué, al contrario, se pone a cargo del locador que arrendó unos pastos sabiendo que nacían yerbas venenosas, la muerte de las bestias? Y expresara que la presunción natural inducía a considerar que el propietario de las bestias no podía impedir la muerte.



Por ello, también Pothier (2018) ilustraba la distinción con los ejemplos clásicos de la venta de ganado, considerando daños y perjuicios previstos a aquellos que el acreedor sufría en el bien objeto de la obligación e imprevistos a aquellos que el acreedor sufría en sus otros bienes.

La apreciación de los daños y perjuicios que se pudieron prever o que no se pudieron prever, depende de la naturaleza de la obligación y, en definitiva, del criterio soberano del juez. Una observación sí es necesario formular. Lo previsible o imprevisible no puede considerarse en sentido absoluto sino relativo. En sentido absoluto todo hecho sería previsible y, por tanto, el deudor culpable tendría responsabilidad por todos los acontecimientos derivados de la inejecución de la obligación. En sentido relativo, lo previsible es aquello que las partes, razonablemente, pudieron y debieron tener en cuenta, al territorio de contratar; lo previsible es un factor que se aprecia considerando la naturaleza y circunstancia de la obligación.

### ***1.2.9 Daños directos e indirectos***

El daño llamado indirecto o mediato, o sea aquel que es reflejo lejano del incumplimiento, no es resarcible, según el mismo artículo 1321 del Código Civil. Solo es susceptible de indemnizarse el daño directo e inmediato. Este principio de causalidad jurídica supone un nexo, también inmediato, de causa a efecto, de manera que se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que dio origen el deudor. En el caso del daño indirecto, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño desaparece, en el sentido de que entre uno y otro se introducen factores extraños.

Explicaba Pothier a título de ejemplo que, si el deudor no entregaba el caballo objeto de la obligación de dar, en tiempo oportuno, por culpa, era responsable por el mayor precio que debía pagar el acreedor por otro caballo. Pero si a causa de la demora el acreedor no cobraba cierta suma de dinero en el lugar donde debía haberse trasladado con el caballo objeto de la obligación, el deudor no respondía de este perjuicio. El primero era directo; el segundo indirecto. Excepcionalmente, agrega Pothier (2018), el deudor respondía de este último perjuicio cuando había sido previsto al contraerse la obligación. Si el deudor entregaba al acreedor, dolosamente, una vaca infectada, respondía no solo por el daño en la vaca misma, sino por el resto del ganado que sufría el contagio.

#### ***1.2.10 Daños intrínsecos y extrínsecos***

La clasificación pertenece a Pothier (2018). Daños intrínsecos son los que afectan al bien objeto de la obligación. Daños extrínsecos los que afectan a los demás bienes del acreedor, aun cuando ellos también obedezcan a la inejecución de la obligación.

Pothier decía que en caso de culpa el deudor respondía únicamente de los daños intrínsecos, que eran los previstos o los que se podían haber previsto al tiempo de concertar la obligación.

Y en el caso de dolo, además, de los daños extrínsecos, o sea de aquellos imprevistos, que eran los que el deudor sufría en sus otros bienes. Pensamos, sin embargo, que esta clasificación ha sido desterrada del derecho moderno.

### ***1.2.11 Daños actuales y futuros***

Tiene singular importancia decidir si el juez, al fijar la indemnización, debe tener en cuenta solo los daños actuales que sufre el acreedor por la inejecución de la obligación, o también los daños futuros.

Es evidente que el juez no puede considerar los daños eventuales o hipotéticos. Pero sí está autorizado a tener en consideración los daños y perjuicios futuros, cuando su realización sea cierta y cuando el juez posea elementos que le permitan fijar su cuantía. Lo contrario significaría obligar al deudor a renovar su acción. Y esta solución no solo sería absurda, sino además injusta, pues el acreedor podría verse confrontado con la cosa juzgada.

### ***1.2.12 Daños propios y comunes***

Los daños propios son aquellos que afectan al acreedor por las especiales circunstancias en que se encuentra; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero, indispensable para que el acreedor pueda abonar una deuda y evitar el embargo de sus bienes. Los daños comunes son aquellos que afectan al acreedor en la misma medida en que usualmente afectaría a otras personas; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero que el acreedor desea invertir.

## **1.3 Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios**

La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden de ideas, llenas una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego. Por eso, los daños y perjuicios no constituyen una

nueva obligación, sustitutoria de la obligación original. Ellos se deben en virtud de la obligación inicial, de la que son un objeto secundario.

El fundamento de la indemnización de daños y perjuicios no se encuentra en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, como afirma Alfredo Colmo (1944, p. 106). Si esto fuera exacto el resarcimiento del daño solo tendría lugar en las obligaciones contractuales.

Por otra parte, el acreedor no puede renunciar previamente a la acción derivada de la inejecución de la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, siendo nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por esas causas (artículo 1328 del Código Civil). Esto demuestra, justamente, que el fundamento jurídico de la obligación de resarcir no depende de la libre voluntad de las partes, sino que se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes. El incumplimiento contractual infringe un derecho preconstituido que la ley garantiza. El acreedor, en la misma medida en que tiene el derecho de exigir la ejecución en especie, puede, en caso de inejecución, exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

Y no se diga que el derecho del acreedor a renunciar a la acción derivada de la inejecución de la obligación por culpa leve del deudor desvirtúa esta tesis, porque ello, simplemente, cae en la esfera de autonomía de la voluntad. En la misma medida en que opera la autonomía de la voluntad cuando el deudor, por pacto, se obliga a responder de la inejecución de la obligación por causas no imputables (artículo 1317 del Código Civil). O en la misma medida en que las partes pueden estipular una cláusula penal para el caso de inejecución, mora o incumplimiento de algún pacto determinado.

#### **1.4 ¿En qué oportunidad puede ejercitarse la acción de daños y perjuicios?**

Ha suscitado dudas decidir si el acreedor tiene el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios solo cuando el incumplimiento de la obligación en especie es ya imposible, o si, por el contrario, puede hacerlo, aunque la obligación sea aún posible.

Expresa el doctor Ángel Gustavo Cornejo (1938) que solo se apela a la indemnización de daños y perjuicios cuando no fueran factibles los medios o formas de cumplimiento específico. (p. 227)

Discrepamos de esta opinión en la medida en que ella es considerada como una regla general. En nuestro derecho no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero.

La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero (Giorgi, 1909, p. 157). Y esta doctrina la comparte el doctor Castañeda (1963), cuando expresa que el acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios. (p. 75)

Si el deudor inexecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil.

Esta norma significa que el deudor doloso o culpable no tiene por qué ser compelido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie. El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a este la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219 del Código Civil.

Sería injusto, por decir lo menos, que el incumplimiento de la obligación exigiera al acreedor proseguir una larga controversia destinada a obtener la reparación en especie. Bien puede el acreedor proveerse, por su parte, de la prestación, y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha irrogado su incumplimiento.

El artículo 1337 del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, este podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el acreedor, este no puede rehusar su ejecución. Solo podrá, en estos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias.

El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que el deudor rehúsa cumplir. Si transcurre un tiempo prudencial desde que el deudor es constituido en mora y no cumple la obligación, entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie. Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.

## **1.5 La prueba de los daños y perjuicios**

Hemos dicho que el Código Civil peruano presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329). Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar que la prestación llegó a ser imposible sin su culpa, y que, por tanto, la obligación se ha extinguido. Si el acreedor, por su parte, pretende que el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa inexcusable del deudor y, por consiguiente, que este también responde de los daños y perjuicios imprevistos, deberá demostrarlo (artículo 1330).

Pero sea cual fuere la situación, y no obstante la presunción de culpa leve, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al acreedor (artículo 1331).

La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar: precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc.

La prueba es en algunos casos sencilla y en otros muy compleja. Si el incumplimiento de la obligación origina la quiebra del acreedor, su arresto por no haber prestado alimentos o un incumplimiento contractual, entonces los hechos no serán de difícil probanza; siempre y cuando se demuestre, por cierto, el nexo de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el subsiguiente incumplimiento del acreedor frente a un tercero. En otros casos la prueba del daño no es tan sencilla.

Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa por parte del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una

indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir, porque la prueba directa se hace más difícil; tratándose de hechos futuros el juez, muchas veces, deberá contentarse con presunciones.

Aquí insistimos una vez más en que el acreedor queda relevado de la prueba de los daños y perjuicios cuando se trata de los intereses moratorias por el retraso en dar una suma de dinero. Si no hay pacto, el retraso se repara con el interés legal. Y si hay pacto, con el interés convencional moratoria. Pero ninguno de estos dos casos obliga al acreedor a demostrar los daños y perjuicios que ha sufrido por la inejecución (artículo 1324).

Y la misma regla prevalece tratándose de las obligaciones con cláusula penal. Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor también queda relevado de la obligación de probar los daños y perjuicios, con la limitación, en el caso singular de la legislación peruana, del artículo 1346 del Código Civil, que autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

## **1.6 Responsabilidad contractual y extracontractual**

Muchas veces hay dificultad en apreciar si el agente ha incurrido en responsabilidad contractual o extracontractual, o sea si tiene la condición jurídica de deudor o de victimario. Frecuentemente los linderos entre ambas clases de responsabilidad son borrosos. Es el caso, por ejemplo, del cirujano contratado para ejecutar una operación que, por negligencia, origina el fallecimiento del paciente; o el caso, tan usual, del transportador de personas.



Para superar el problema se ha propuesto, a veces, utilizar la llamada “acumulación” de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Corte de Casación francesa ha descartado el principio de la “acumulación” de responsabilidades, término además impropio por dejar la impresión de que la víctima o, en su caso, sus herederos, pudieran ejercitar dos acciones distintas, una para la reparación de los daños y perjuicios contractuales y la otra para la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales.

Ese Tribunal ha establecido que “cuando se hayan llenado los requisitos que le otorgan una naturaleza contractual a la responsabilidad, la víctima no puede invocar, aun cuando tuviera interés en ella, las reglas de la responsabilidad delictual” (Mazeaud, 1960, p. 46). Esta jurisprudencia, criticada por algunos, es aceptada, aunque tímidamente, por los tribunales belgas.

Ha sido frecuente, en el caso del transporte de personas, que el pasajero, si sobrevivía, o sus parientes, si el accidente había sido mortal, atribuyeran al transportador, a diferencia del portador de mercaderías, una responsabilidad extracontractual. La Corte de Casación francesa ha resuelto, sin embargo, que el transportador de personas estaba ligado contractualmente por una obligación de seguridad y que esta era determinada: conducir al pasajero, con toda seguridad, a su destino. Se ha asimilado el transportador de personas al portador de mercaderías. Y el mismo principio de seguridad enunciado se aplicaría al caso del cirujano negligente.

Reviste particular importancia distinguir entre la inexecución de una obligación contractual y la inexecución de una obligación extracontractual, pues sus consecuencias jurídicas son muy diferentes.

En esencia, en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, mientras que en la responsabilidad delictual no. La responsabilidad contractual se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad.

La responsabilidad delictual se presenta por el ataque injustificado a un derecho que la Ley cautela y que, por consiguiente, se obliga a reparar.

De esa distinción se desprenden importantes consecuencias

- a) El deudor, en la responsabilidad contractual, solo está obligado a indemnizar cuando incumple la obligación por dolo o por culpa, salvo que haya asumido las consecuencias de la ausencia de culpa.

En la responsabilidad delictual existe un criterio distinto. En los actos ilícitos se toma en cuenta la existencia del daño, el desequilibrio con virtualidad jurídica suficiente para imponer al agente el deber de la reparación.

- b) En la responsabilidad contractual el deudor que incurre en culpa leve solo responde de los daños y perjuicios que podían preverse al constituirse la obligación; el deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

En la responsabilidad delictual el victimario responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos y está obligado, por tanto, a la reparación integral.

La ley peruana, como la mayoría de las legislaciones, no distingue, en la responsabilidad por acto ilícito, entre la indemnización de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

- c) Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, son nulas tanto en las obligaciones contractuales, como en la responsabilidad delictual (artículos 1328 y 1986).
- d) La indemnización de daños y perjuicios por inejecución de las obligaciones contractuales consiste usualmente en una suma de dinero, pero nada se opone a que en la cláusula penal se pacte cualquier otra obligación de dar o una obligación de hacer o de no hacer. La reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.
- e) El daño moral es susceptible de ser reparado tanto por inejecución de las obligaciones emaradas del contrato, como en las obligaciones extracontractuales (artículos 1322 y 1984).
- f) La solidaridad en las obligaciones contractuales, al menos como regla general, nunca se presume (artículo 1183).

En la responsabilidad delictual, si varios son los causantes del daño quedan obligados solidariamente por mandato de la ley (artículo 1983 del Código Civil).

- g) La acción de daños y perjuicios derivados de la inejecución de un contrato prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1), mientras que la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años (artículo 2001, inciso 4).

## **1.7 La demanda**

### ***1.7.1 Concepto de proceso***

Conforme señala Juan Monroy, la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes es decir, que para que nazca o exista un proceso debemos entender previamente la existencia de un acto de iniciación del mismo (la demanda) un acto que permite dar la apertura al mismo (auto admisorio) y por consiguiente un acto mediante el cual quien ha sido emplazado con la demanda la absuelve, la contradice, la contesta; es a partir de allí, que podemos advertir la existencia de un proceso.

Sin perjuicio de ello, en la doctrina se señala que “el proceso” transcurre por cinco etapas claramente definidas, así, existe una etapa postulatoria, una probatoria, una decisoria, una impugnatoria y finalmente una ejecutoria. (Alvarado Velloso, 2004, p. 243)

La primera implica el inicio del proceso a través de distintos actos procesales tanto de las partes como del juez, siendo el primero de ellos la presentación de la demanda, que viene a ser el ejercicio de la *acción procesal* es decir aquel escrito mediante el cual el demandado acude al Estado en busca de tutela jurisdiccional.

En tal sentido, conforme lo señala Alvarado, es a partir de este acto procesal ante la autoridad competente, que surge para ella un claro deber procesal de proveer a su objeto: iniciar un proceso. En un futuro trabajo académico que publicará Adrus Editores, desarrollaremos in extenso todo lo vinculado a la demanda, requisitos, su calificación, modificación ampliación, y otros temas, esperando sea del beneplácito de todos mis colegas abogados, y alumnos.

### ***1.7.2 Acción, pretensión y demanda:***

Corresponde previamente señalar, acorde a la doctrina, la definición del derecho de acción, pretensión y demanda. Si bien acción, pretensión y demanda son conceptos distintos como veremos, tiene una indudable relación. “(...) adviértase que la demanda consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) exterioriza el ejercicio del derecho de acción (instar a la autoridad) y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la pretensión.” (Alvarado Velloso, 1992, p. 98)

El derecho de acción es concebido como aquel derecho que tiene todo sujeto de derecho a solicitar tutela jurisdiccional al Estado, para la solución de una controversia o incertidumbre jurídica. Para Monroy Gálvez (2004), por el derecho de acción: “toda persona —y por ello sujeta de derechos— se encuentra en aptitud de exigir del Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto; sea conflicto de intereses o incertidumbre jurídica” (p. 58). La pretensión, desde un punto de vista amplio la precisa, Devis Echandía (1995) para quien la pretensión es “el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales y contenciosos administrativo) o el querellante o denunciante y el estado a través del juez o de fiscal, según el sistema vigente (en los procesos penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado.”

Finalmente, “la demanda, al igual que cualquier acto procesal que efectúe alguna de las partes o terceros legitimados en el proceso, tiene por objeto la constitución o extinción de derechos y cargas procesales que deben de realizarse de

acuerdo con las normas procesales vigentes. Como todo acto procesal que se introduce al proceso, estos deben contar con determinadas características y requisitos para su confección, caso contrario será objeto de rechazo por parte del juez, por ello se debe tener en consideración determinados requerimientos que debe contener antes de evitar que el órgano jurisdiccional pueda desecharlos sin tomar en cuenta nuestra pretensión por el incumplimiento de un deber de parte” (Rioja Bermúdez, 2009, pp. 77-78). Este primer acto procesal que realiza el demandante viene a ser el punto de partida para el inicio o no de un proceso judicial, es decir, que constituye aquel acto por el cual pueda tener conocimiento, el órgano jurisdiccional, de la necesidad de satisfacer un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

### ***1.7.3 Calificación de la demanda:***

Ahora, al calificar la demanda, el juez efectuará una primera apreciación de los presupuestos procesales de orden formal y de orden material, presupuestos necesarios para que nazca, se desarrolle y concluya un proceso con una sentencia de mérito; de lo contrario, el Juzgado emitirá una sentencia inhibitoria.

Para dar inicio al proceso judicial, el abogado deberá cumplir de manera diligente con presentar su demanda teniendo en cuenta los requisitos legales que establece de manera clara y precisa los artículos 130, 424 y 425 de la norma procesal civil, sin perjuicio de algunos requisitos especiales para determinados procesos. Esta constituye la primera garantía que estatuye la norma procesal para los sujetos

intervinientes en el proceso, ya que todos ellos se deberán adecuar a lo allí prescrito, respetando y haciendo respetar el cumplimiento de la misma.

Sin embargo, y como es lógico, la presentación de la demanda conlleva a que el juez responda de esta actividad mediante el acto de calificación de la misma, el cual se materializa mediante un auto a través del cual el juez se encuentra facultado a decidir sobre ella teniendo hasta tres posibilidades o actos procesales en la que se manifiesta su actuar, de esta manera el magistrado puede, en los actos postulatorios del proceso: a) Declarar improcedente la demanda; b) declarar inadmisibile la misma o; c) admitir a trámite la demanda.

Respecto de la calificación de la demanda podríamos traer a colación lo señalado por Quintero, Beatriz y Pietro, Eugenio (1995) para quienes “la finalidad primordial que debe perseguirse con este estudio para evitar el nefasto suceso que en buena parte ha contribuido al descrédito de la justicia y que se constituye por un pronunciamiento inhibitorio después de un largo, demasiado largo, periodo en que se ha desarrollado el inútil y anormal proceso con elevados costos y desperdiciada actividad procesal.” (p. 10)

Por ello, con el fin de que el juez pueda resolver la pretensión propuesta, aplicando el derecho sustancial, es necesario que de manera previa haya verificado que estén presentes todos los elementos necesarios que la norma procesal establece y por tanto o permitir la admisión de la demanda y en su caso la resulta del proceso.

#### ***1.7.4 Auto de inadmisibilidad de la demanda***

En el caso que el juez advierta que la demanda no satisface las exigencias de orden formal el juez la declara así mediante auto, indicando en él la omisión u

omisiones existentes que han impedido sea admitida a trámite. Esta resolución tiene un carácter temporal en tanto y en cuanto concede un plazo a fin de que subsane las deficiencias que señala el magistrado, vencido el mismo y no habiendo cumplido con el mandato contenido se dispone el rechazo de la misma.

Al respecto nuestra jurisprudencia ha establecido: “No puede ampararse la improcedencia de la demanda si el recurrente omite adjuntar a su demanda el instrumento con el que acredita haber efectuado el requerimiento para el nombramiento del árbitro. Ello configura un supuesto de inadmisibilidad por cuanto está referido a una omisión de naturaleza formal, que puede y debe ser subsanada dentro de un plazo prudencial.

En tal sentido, el juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales (señalados en su artículo 424 los cuales permiten saber quién demanda, cuál es su domicilio real y procesal (correo electrónico), a quien se demanda y donde debe notificársele, cual es la pretensión propuesta, los hechos que sustentan la misma, la fundamentación jurídica (que como ya hemos señalado no es la simple mención de los artículos de la norma), el monto del petitorio, si lo hubiera, los medios probatorios, la firma del demandante o de su representante o de su apoderado y finalmente los anexos correspondientes, pues en su caso se debe acreditar determinadas condiciones de los actores en el proceso y sustentar su pretensión adjuntando para ello las documentales correspondientes.);
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.



Es decir, que se sanciona al litigante que ha incumplido con subsanar la omisión decretada por el magistrado, también en el caso que lo ha hecho parcialmente, que implica un incumplimiento o lo ha realizado fuera del plazo concedido por el órgano jurisdiccional.

Por ello, se ha precisado que “se inadmite la demanda cuando le falta algún requisito o un anexo o tenga algún defecto subsanable y con el fin de que sea subsanado en el término que la ley procesal señale; por lo tanto, la inadmisión es una medida transitoria” (Devis Echandía, 1985, p. 480). Pero, si no logra subsanarse la demanda dentro del plazo legal, la declaración de inadmisibilidad traerá como consecuencia el archivamiento del expediente. Asimismo, en sede judicial se ha precisado que: “Conforme a la ley y a la doctrina una demanda resulta inadmisibile, cuando ella no satisface las exigencias de orden formal que condicionan su admisión a trámite”<sup>10</sup>.

#### ***1.7.5 Auto de improcedencia de la demanda***

En este caso, el juez advierte que la demanda no cumple con un requisito de fondo establecido expresamente por la norma procesal y por ende el proceso no puede dar inicio o prosperar ante el surgimiento de una de las casuales previstas en la norma, lo que no le impide plantearla nuevamente ante el mismo juzgado o ante otro que sea competente, por ello se ha establecido que: “La declaración de improcedencia al ser inhibitoria no afecta el derecho del recurrente a solicitar nuevamente tutela jurisdiccional respecto a las mismas peticiones de su demanda.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> CAS N° 1076-96-Cusco, El Peruano 09-09-1998, pág. 1567.

<sup>11</sup> CAS. N° 1520-99-Junín. *El Peruano*, 30-11-1999. p. 4196-4197.

Igualmente ha precisado que: “Al declarar improcedente la demanda el *a quo* invocó el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil, considerando que no se habían cumplido los requisitos de la demanda: consecuentemente, al haberse advertido la ausencia de los presupuestos procesales, se ha verificado el incumplimiento de los requisitos para que pueda emitirse una sentencia válida sobre el fondo del asunto. (...) el artículo tercero del código adjetivo, dispone que el ejercicio del derecho de acción es sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos procesales, dentro de los cuales se encuentran los presupuestos procesales; en ese sentido, al no haberse verificado el cumplimiento de dichos requisitos, el agravio referido a la vulneración del derecho de acción carece de base legal.”<sup>12</sup>

Conforme lo señala el artículo 427 de la norma procesal el juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible;

También en el caso que el juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, declarándola así de plano expresando los fundamentos de su decisión, es decir motivando dicha decisión y devolviendo los anexos.

---

<sup>12</sup> CAS. N° 1169-99 Lima. *El Peruano*, 20-01-2000. p. 4608.

En reiterada doctrina se ha precisado que “La improcedencia de la demanda se da en el caso de que falle algún requisito de fondo o cuando este apareciera defectuoso, razón por la cual el juez rechaza la demanda”<sup>13</sup>.

#### **1.7.6 Auto admisorio de la demanda**

Mediante este primer acto jurídico procesal el juez da trámite a la demanda interpuesta dando por ofrecidos los medios probatorios y confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso. La admisión de la demanda o la expedición del auto de admisión a trámite del mismo nace en virtud de que la demanda ha reunido todos y cada uno de los requisitos que la ley exige califique el juez para dar inicio al proceso.

En el auto admisorio el juez ha de tomar las providencias necesarias del caso para poder encaminar el nuevo proceso que tiene en sus manos, constituye el primer acto de saneamiento del proceso toda vez que ha de verificar la existencia y cumplimiento de determinados requisitos para adecuar el proceso.

Conforme reiterada jurisprudencia, “el auto admisorio tiene como característica principal que promueve o inicia un proceso y fija el canal procesal que se inicia cuando la parte demandante, conocida como parte activa en el proceso, interpone su demanda contra la parte demandada, conocida como parte pasiva, trayendo como consecuencia una controversia jurídica cuya resolución es la finalidad inmediata del órgano jurisdiccional”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CAS N° 1076-1996-Cusco, *El Peruano* 09-09-1998, p. 1567.

<sup>14</sup> CAS. N° 1561-98-Lima, *El Peruano*, 30-04-2001. p.7143.

### ***1.7.7 Conclusiones***

La demanda, debemos de entenderla no solamente como la materialización del derecho de acción sino también como aquel acto jurídico procesal mediante el cual un sujeto introduce una o más pretensiones concretas ante el órgano jurisdiccional, es decir solicitando tutela respecto de un derecho, el cual será manifestado en la sentencia.

La calificación de la demanda constituye el inicio o no del proceso, es un acto meramente formal ya que el magistrado se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos que señala la norma procesal para que el demandante pueda acceder al órgano jurisdiccional. Cuando el juez advierte que la demanda no satisface las exigencias de orden formal el juez la declara así mediante auto, indicando en él la omisión u omisiones existentes que han impedido sea admitida a trámite.

En el caso que el juez advierte que la demanda no cumple con un requisito de fondo establecido expresamente por la norma procesal y por ende el proceso no puede dar inicio o prosperar ante el surgimiento de una de las casuales previstas en la norma por lo que declarar su improcedencia.

Mediante el auto admisorio el juez da trámite a la demanda interpuesta dando por ofrecidos los medios probatorios y confiriendo traslado al demandado para que comparezca al proceso.

## **II JURISPRUDENCIA**

### **❖ RECURSO DE NULIDAD 1487-2018, LIMA NORTE**

El daño en la reparación civil abarca dos supuestos: i) el daño evento —que se subdivide en a) extrapatrimonial, que incluye el daño a la persona y el daño moral; y b) patrimonial—; y ii) el daño consecuencia, que abarca el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. En el presente caso, el daño generado por la conducta del agente fue un daño consecuencia-daño moral que, en principio, no es cuantificable, pero cuyo monto se establece sobre la base de una función afflictivo-consolatoria, que se concretiza a partir de las circunstancias particulares del caso.

### **❖ CAS.4844-2013- LAMBAYEQUE**

#### **SUMILLA: INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL**

El daño moral es cualquier lesión a los sentimientos de la víctima considerado socialmente legítimo es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos valores. Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo inclusive, fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos ocurre que los sentimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

### III ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

#### 3.1 Etapa postulatoria

##### 3.1.1 Interposición de la demanda<sup>15</sup>

###### a) Petitorio

Mediante escrito N° 01, de fecha 12 de octubre del año 2012, ELIAS ISAIAS PAUCAR BERNUY y MACARIA TEOFILA CHAVEZ DE PAUCAR, interponen Demanda de INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS contra HEBEL EDUARDO RODRIGUEZ SALAZAR y ROCIO MARITZA SALAZAR EGUSQUIZA, a fin de que nos indemnicen con una suma no menor de S/ 250 000.00 (DOSCIENTOS CINCUENTA MIL y 00/100 SOLES) más sus intereses legales, costas y costos.

###### b) Fundamentos fácticos

- Que, los recurrentes otorgamos un préstamo de dinero a los demandados por un monto ascendiente a S/ 90 00.00 soles con una garantía hipotecaria sujeta a plazo (06 meses), mediante Testimonio de la escritura pública de constitución de hipoteca suscrita entre las partes con fecha 12 de abril del 2010 por ante el Notario Público Regulo Victorino Valerio Sanabria; sin embargo a la fecha los mismos han incumplido con el pago de dicha deuda, pese de haber vencido son suma anterioridad el plazo acordado entre las partes.
- Que, por otro lado, con este incumplimiento los demandados nos causaron y siguen causando graves y notorios daños, desde que los recurrentes para concedérsele el préstamo indicado precedentemente tuvimos que restar de nuestro negocio al que nos dedicamos (Ferretería “SOL”), ubicado en el Jr.

---

<sup>15</sup> Folio 26.

Simón Bolívar N° 540 de la ciudad de Huaraz. Además tuvimos que prestarnos de una entidad financiera Mibanco conforme se refiere de los documentos adjuntados al presente, en razón de que los emplazados se ofrecieron a cumplir el compromiso oportunamente, sin embargo, en lugar de cumplir esta obligación se niegan a devolver la suma entregada, así mismo el pago de los intereses pactados, por lo que es evidente que el daño económico y moral que nos han y nos vienen causando deben ser resarcidos, ya que nosotros hemos cubierto la deuda con los intereses correspondiente perjudicándonos gravemente.

- Que, para el cumplimiento de la obligación contraída de parte de los demandados, procedimos a ejercitar la acción judicial sobre obligación de dar suma de dinero y al tener conocimiento de la acción ejercitada los demandados procedieron a enajenar el bien hipotecado así como todos y cada uno de sus bienes con el que contaban, haciendo inejecutable aquella obligación, obligándonos a ejercitar diversas acciones legales pertinentes únicamente por la negativa de los demandados con respecto a la obligación contraída por parte de los demandados.

**c) Fundamentos jurídicos:**

Lo fundamenta en el artículo 1984 del Código Civil.

**d) Monto del petitorio:**

Asciende a la suma de doscientos cincuenta mil soles (S/ 250 000.00).

**e) Vía procedimental:**

Indica como vía procesal, la del proceso abreviado.

**f) Medios probatorios:**

Ofrecemos como medios probatorios:

- El mérito del testimonio de la escritura pública de constitución de hipoteca, para acreditar los fundamentos de hechos.
- El mérito de la copia legalizada del Testimonio de la escritura pública de constitución de hipoteca, para acreditar los fundamentos de hechos.
- El mérito de la sentencia expedida en el proceso de obligación de dar suma de dinero seguida entre las partes, el mismo que gira ante el Primer Juzgado Mixto, signado con el expediente N°-01205-2011, para acreditar los fundamentos de hechos.
- El mérito de la copia de la demanda de la Acción Revocatoria o Pauliana interpuesta por los recurrentes contra los demandados y otros, el mismo que gira por ante el Segundo Juzgado Mixto, signado con el N° 1442-2012, para acreditar los fundamentos de hechos.
- En mérito de los *voucher* de pago.

**3.1.2 Auto que declara inadmisibile la demanda<sup>16</sup>:**

El Primer Juzgado Mixto, Sede Central, se avoca al conocimiento de la demanda, y resuelve **DECLARAR INADMISIBLE** la demanda de indemnización, debido a no haber cumplido con la integridad del pago del arancel correspondiente la suma demandada (tasa judicial por ofrecimiento probatorio), otorgándoseles un plazo de 3 días para subsanar dicha observación.

---

<sup>16</sup> Folio 30.



Asimismo, se advierte que los demandantes han señalado sus domicilio real y procesal, sin indicar el distrito y provincia al que corresponden.

### ***3.1.3 Escrito que subsana omisiones***

Mediante escrito N° 02, ELIAS ISAIAS PAUCAR BERNUY, subsana las omisiones anotadas, adjuntando el reintegro de la tasa judicial por ofrecimiento probatorio, y señalando el distrito y provincia al que corresponde las direcciones consignadas en la demanda.

### ***3.1.4 Auto admisorio***

Mediante Resolución N° 02, de fecha 12 de noviembre del año 2012, se ADMITE a trámite la demanda interpuesta por CHAVEZ DE PAUCAR MACARIA TEOFILA Y PAUCAR BERNUY ELIAS ISAIAS contra RODRIGUEZ SALAZAR HEBEL Y SALAZAR EGUSQUIZA ROCIO MARITZA sobre INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS por responsabilidad extracontractual.

### **➤ ANÁLISIS SOBRE LA DEMANDA**

Señalo que la demanda debe de contener lo prescrito en el art. 424 del Código Procesal Civil, la misma que guarda estrecha concordancia con lo establecido en el art. 130 del citado código que prevé la forma del escrito.

En el expediente civil materia de análisis, se tiene que el escrito de demanda no cumple en su mayoría con todos los requisitos prescritos en su totalidad, no habiendo los demandantes realizado el pago de la tasa judicial que realmente

corresponde, asimismo, no señalaron de forma específica y clara su dirección domiciliaria (obviando señalar el distrito y provincia al que corresponde dicha dirección indicada en la demanda), por lo cual el juzgado resuelve declarar inadmisibles dichas demandas.

Por lo que el juez advirtió que la demanda no satisface las exigencias de orden formal mediante auto, indicando en él las omisiones existentes que han impedido sea admitida a trámite. Esta resolución tiene un carácter temporal en tanto y en cuanto concede un plazo a fin de que subsane las deficiencias que señaló el magistrado, vencido el mismo y no habiendo cumplido con el mandato contenido si se podría disponer el rechazo de la demanda.

Cabe señalar que dichas omisiones fueron subsanadas posteriormente por los demandantes. Realizando un análisis de fondo, la demanda no se encuentra debidamente sustentada en referencia al daño moral ocasionado por parte de los demandados a los demandantes, es más, los medios probatorios ofrecidos no acreditan de manera fehaciente el daño moral señalado en la demanda.

### ***3.1.5 Contestación de la demanda***

Mediante escrito N° 01, de fecha 20 de diciembre del año 2012, HEBEL EDUARDO RODRIGUEZ SALAZAR Y ROCIO MARITZA SALAZAR EGUSQUIZA contestan la demanda interpuesta por CHAVEZ DE PAUCAR MACARIA TEOFILA Y PAUCAR BERNUY ELIAS ISAIAS, sobre INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS, fundamentándola en lo siguiente:

- a) Que, los demandantes Elías Isaias Paucar Bernuy y Macaria Teófila Chávez de Paucar, formulan en nuestra contra demanda sobre indemnización por daños y perjuicios (daño moral) por la suma de S/ 250 000.00 soles, más intereses costas y costos del proceso, manifestando en el primer fundamento de su demanda que esta indemnización está motivada en el incumplimiento de un contrato de préstamo de dinero por la suma de noventa mil soles (S/ 90 000.00); sin embargo, esta afirmación no se ajusta a la verdad de los hechos ya que entregaron únicamente la suma de sesenta mil soles (S/ 60 000.00), al día siguiente de suscrito el contrato, contrato que se nos ha corrido traslado de manera incompleta y duplicándose una de las hojas, y que adjuntamos en copia simple.
- b) Es necesario precisar que, en el extremo de lo manifestado por los demandantes, con los medios probatorios adjuntados en la presente demanda, no han acreditado la pre existencia de los noventa mil soles (S/ 90 000.00), con *voucher* de retiro o transferencia de algún banco, ya que únicamente se nos ha entregado la suma de sesenta mil soles (S/ 60 000.00).
- c) En la parte final de este primer fundamento hace referencia la cláusula séptima del testimonio de la escritura pública de constitución de la hipoteca en mención, al respecto debemos manifestar que esta cláusula no versa sobre el reconocimiento de indemnización alguno, únicamente se establece que en el contrato se ha pactado un interés del 4 % mensual, interés que estamos dispuesto a asumir desde la fecha de celebrado el contrato, conforme hemos manifestado reiteradamente en forma verbal y mediante carta notarial expresando nuestra

voluntad de pago y explicándoles las dificultades de pago y honrar la deuda contraída con los demandantes.

- d) En el segundo fundamento de la demanda, los demandados manifiestan que nuestro incumplimiento les ha venido causando notorios y graves daños, sin embargo, no acreditan de manera documental la magnitud y menoscabo producidos a su persona, únicamente presentan *voucher* de un préstamo con el que no acreditan fehacientemente la afectación (daño moral), que pretenden que se les sea resarcido con la suma de S/ 250 000.00 soles por daños y perjuicios.
- e) La responsabilidad del perjuicio causado por las anteriores acciones judiciales incoadas en nuestra contra por los demandantes, no puede ser atribuida a nosotros, en razón que en todo momento estuvimos de acuerdo en pagar la deuda, pese a que en la presente demanda nos han acreditado nuestra supuesta negativa reiterada, con requerimientos de pago previo a las acciones judiciales incoadas; por el contrario nosotros en un inicio de manera verbal y luego con carta notarial de fecha 23 de julio del presente año, de la cual no hemos recibido respuesta de parte de los demandantes, solicitando a los demandantes llegar a un acuerdo armonioso respecto a la deuda contraída; por lo que nos parece injustificada la acción de los demandantes de exigirnos una indemnización por daños y perjuicios de una situación que ellos mismos no han querido solucionar y lo que es más grave sorprendiéndonos al entregarnos una suma menor a la que se pactó, ya que es sospechoso que el monto del préstamo y el monto por el que se grava la hipoteca sea el mismo monto (S/ 90,000.00).

### ***3.1.6 Auto que admite la contestación a los demandados***

Mediante Resolución N° 03<sup>17</sup>, el Juzgado Mixto resuelve tener por absuelta la demanda por parte de Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Roció Maritza Salazar Egusquiza; asimismo se les tiene por apersonados al proceso.

#### **➤ ANÁLISIS SOBRE LA CONTESTACIÓN**

De la lectura de contestación a la demanda, la cual se realizó dentro del plazo legal establecido, se observa que esta cumple en su mayoría con los requisitos exigidos con el artículo 442 del Código Procesal Civil, por lo que mediante la resolución N° tres, se resuelve tener por absuelta la demanda.

Realizando asimismo la contestación de manera ordenada y correlativa según los hechos señalados por los demandantes, aceptando y contradiciendo los fundamentos facticos de la demanda.

### ***3.1.7 Audiencia única***

A fojas 63 y 65 de autos corre la audiencia de saneamiento y conciliación, de fecha 10 de junio del año 2013, con el siguiente resultado:

**a) Saneamiento procesal:** Mediante resolución N° 05, se indica que se cumple los requisitos de los presupuestos procesales y condiciones de la acción; no se han deducido excepciones y defensas previas, y no se ha cuestionado la existencia de una relación jurídico procesal válida entre las partes; se ha verificado la inexistencia de vicios o nulidades que puedan afectar al proceso, por lo que de conformidad con el inciso primero del artículo 465 del Código Procesal Civil se

---

<sup>17</sup> Folio 53.

resuelve declarar saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida entre las partes en el proceso seguido por los demandantes Elías Isaías Paucar Bernuy y Macaria Teófila Chávez de Paucar contra Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Roció Maritza Salazar Egusquiza, sobre indemnización por daños y perjuicios.

- b) Conciliación:** No se puede llevar a cabo la misma por incomparecencia de la parte demandada.
- c) Fijación de puntos controvertidos:** Primero: Determinar si corresponde condenarse a los demandados al pago de una indemnización de doscientos cincuenta mil con 00/100 soles (S/ 250 000.00) por concepto de daño moral a favor de los demandantes.
- d) Admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes:** De la parte demandante: Se dan por admitidos los medios probatorios siguientes: Testimonio de escritura pública de Constitución de Hipoteca, resolución N° 06 expedida en el proceso de obligación de dar suma de dinero seguida entre las partes, el que gira ante el Primer Juzgado Mixto signado con el numero 01205-2011; copia de la demanda de acción reivindicatoria o pauliana interpuesta por los recurrentes contra los demandados y otros, el mismo que gira ante el Segundo Juzgado Mixto signado con el numero 1442-2012 y el *voucher* de pago.

De parte de los demandados se admitió los siguientes medios probatorios: contrato de garantía hipotecaria y carta notarial dirigida a los demandantes.

### ➤ **ANÁLISIS SOBRE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL**

Para establecer la existencia de una relación procesal válida es necesario revisar los elementos que lo conforman, básicamente los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

Los elementos que son encontrados en este proceso, por lo que se puede decir que existe una relación procesal válida, siendo que en el presente caso se advierte que dichos elementos concurren, resaltando el hecho de que los intervinientes en el acto materia de indemnización por daños y perjuicios, han sido debidamente emplazados, estableciéndose así una relación jurídico procesal válido entre los demandantes y los demandados.

### ➤ **ANÁLISIS SOBRE EL PLAZO DE OFRECIMIENTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS**

El artículo 189 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorio (es decir los demandantes en la demanda y los demandados en la contestación), en el caso materia de análisis, los demandantes y los demandados presentan medios probatorios dentro de los plazos.

### **3.2 Etapa probatoria**

El juez declara innecesario citar a las partes para la realización de una audiencia de pruebas, asimismo dispuso tener presente el mérito de los medios probatorios mencionados al momento de resolver, quedando la presente causa expedita para ser sentenciada.

## ➤ ANÁLISIS SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Con respecto a la actuación probatoria, concuerdo con lo dispuesto con el juez de la causa al considerar innecesario realizar este acto procesal, debido a que los medios probatorios ofrecidos son todos documentales, los cuales pueden ser valorados solo por el A quo.

### **3.3 Etapa decisoria**

#### **3.3.1 Sentencia**

Mediante resolución N° 06 de fecha 11 de setiembre del 2013, el Juzgado emite sentencia la misma que corre a fojas 66 a fojas 70 de autos, declarando fundada la demanda impuesta por Elías Isaías Paucar Bernuy y Macaria Teófila Chávez De Paucar contra Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Rocío Maritza Salazar Egusquiza, sobre indemnización por daños y perjuicios; y ordena que la demandada cumpla con pagar a la parte actora la suma de S/ 20 000.00 (veinte mil con 00/100 soles) y el pago de los costos y costas procesales. Entre los fundamentos de la sentencia se encuentra:

- Que de la revisión de los presentes actuados se pueden colegir que los emplazados, al contestar la demanda, han reconocido expresamente la existencia de la deuda impaga en que se sustenta la pretensión de indemnización de autos, aunque afirmando que el monto de la deuda es menor. Que lo anterior, a criterio de este Juzgado, pone en evidencia que los demandantes tienen expedidas las acciones legales para obtener la satisfacción de la mencionada



acreencia y si, por cualquier motivo, los demandantes considerasen que las acciones que tenían a su disposición se han perjudicado, aun así podrían interponer la acción de enriquecimiento sin causa contra los demandados, que tiene como presupuesto, precisamente, la inexistencia de otra acción para obtener la respectiva satisfacción, como lo señala el artículo 1955 del Código Civil.

- Al mismo tiempo, debe advertirse que la subsistencia de acciones para obtener la satisfacción de la acreencia aún impaga hace inviable que el monto de dicha acreencia sea subsumido en una indemnización, pues ello implicaría del duplicar artificialmente el monto de las obligaciones a cargo de los demandados, lo que carece de todo sustento legal y de sustento común. En virtud de lo señalado, es claro que la solución del litigio de autos debe restringirse a determinar si los demandantes han acreditado haber sufrido daños de índole moral (lo que no comprende el daño emergente ni el lucro cesante) y, de ser así, determinar la cuantía de la indemnización que corresponda para reparar en lo posible en perjuicio moral sufrido.
- Que el artículo 1322 del Código Civil prescribe, en el marco de la normatividad sobre inejecución de las obligaciones, que “el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. A este respecto cabe precisar que la jurisprudencia nacional ha determinado que “el daño moral consiste en el dolor y sufrimiento causado que debe ser apreciado teniendo en cuenta la magnitud o menoscabo producido a la víctima o a su familia de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso, así como la situación económica de las partes”.

- Que en el caso de autos los argumentos esgrimidos por los accionantes en el escrito de demanda han sido contradichos por los demandados solamente de manera parcial, pues como ya se ha señalado antes los demandados reconocen la existencia de la deuda en el que se sustenta la demanda, aunque cuestionan el monto de la deuda mencionada por los actores.
- Por otro lado, los demandados no han contradicho en modo alguno las afirmaciones de los accionantes respecto a haber vendido el inmueble que previamente habían ofrecido en garantía a sus acreedores. En opinión de este Juzgado, la conducta mostrada por los demandados, particularmente al disponer del bien ofrecido en garantía, demuestra con toda claridad un orientado a sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones mediante la desaparición de las garantías ofrecidas y, luego, a obtener una reducción en el monto de las obligaciones que en su oportunidad se comprometieron a cancelar. Tal conducta, no puede ser considerada sino como actuar desleal y fraudulento que persigue con toda notoriedad el obtener ventajas económicas a costa del patrimonio de los accionantes, siendo totalmente razonable considerar que esa conducta haya inferido gran sufrimiento emocional y decepción en quienes les tuvieron la confianza suficiente para otorgarles un crédito por una suma considerable, bajo la expectativa de que tal crédito les sería devuelto en las condiciones pactadas.
- Que el artículo 1332 del Código Civil establece que “si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su momento preciso, debería fijarlo el juez con valoración equitativa”. En el caso de autos, este Juzgado no alberga duda alguna que la conducta mostrada por los demandados, rebasa el simple incumplimiento

contractual configurad, con toda claridad, un actuar defraudatorio lesivo de los intereses y bienestar psicológico de la parte defraudada. Sim embargo, es claro también que la cuantía de la indemnización respectiva no puede ser calculada de una manera científica o exacta, pues no hay forma objetiva de cuantificar el sufrimiento emocional; por tal motivo y teniéndose en consideración que el monto de la indemnización no ha de sustituir o subsumir la cuantía de la obligación incumplida, como ha sido señalado en líneas previas, este Juzgado considera que el monto de la indemnización a ser pagada por los demandados debe ser fijada equitativamente en el monto de veinte mil y 00/100 soles, que corresponde razonablemente al nivel del sufrimiento inferido a los demandantes; Décimo: Que, teniéndose en consideración lo expuesto en líneas previas, debe concluirse que los fundamentos de la demandada de autos acreditan la existencia de daño moral, el cual deberá ajustarse al perjuicio moral ocasionado ante el incumplimiento de la deuda, ello en la pena, la angustia el menoscabo personal sufrido. Por los fundamentos precedentes y estando a lo que los demás medios probatorios actuados en autos pero glosados han sido debidamente analizado por este Juzgado, sin que su mérito desvirtúe las condiciones antes, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1318 y siguientes, 1322 y 1332 del Código Civil, concordante con los artículos I del título preliminar, 188 y 546 inciso cuarto del Código Procesal Civil, así como los dispositivos legales antes invocados, el juez de Primer Juzgado Mixto de Huaraz, administrado justicia a nombre del pueblo.

## ➤ **SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Para la jueza, le han merecido convicción sobre la existencia de un incumplimiento de contrato el cual ha generado daño moral en los demandantes quienes en su condición de acreedores de vieron perjudicados, por la conducta que mostraron los deudores, conducta que el A quo considero un actuar defraudatorio lesivo de los intereses y bienestar psicológico.

Señala asimismo, el A quo, que el monto indemnizatorio no puede sustituir o subsumir la cuantía de la obligación incumplida, y solo se consideró el monto de veinte mil soles (S/ 20 00.00), monto que considero no fue el adecuado debido a que los demandantes desde el incumplimiento del contrato hasta la emisión de la sentencia de primer grado ha transcurrido aproximada cerca de dos años, en los cuales la situación emocional, moral, sentimental de los demandantes se debe de haber vulnerado constantemente, por lo que considero que la indemnización es insuficiente.

### **3.4 Etapa impugnatoria**

#### ***3.4.1 Apelación de la sentencia***

Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Rocío Maritza Salazar Egusquiza interponen recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución N° 06, sustentando los siguientes errores de hecho u derecho en que incurren la sentencia

- La sentencia incurre en varios errores de hecho y derecho a partir del octavo considerando que determina su invalidez e ilegalidad, precisando que dichos

errores constituyen contradicciones con lo discernido en los primeros considerandos de la sentencia.

- En efecto, como fundamento de su decisión, afirma el Juzgado que el no haber contradicho expresamente parte de los argumentos de la demanda, implican necesariamente una aceptación de los mismos, lo que no es cierto ni válido. En efecto, el no contradecir un hecho no significa, necesariamente, aceptar pues en primer lugar si la actora no cumple con el requisito que le impone a toda parte procesal el artículo 196 del Código Civil, esto es con probar fehacientemente lo que alega, la contraparte no tiene siquiera pronunciarse al respecto, máxime si en aplicación de normas jurídicas vigentes, lo pretendido por la demandante es inadmisibile. En consecuencia, la inferencia del Juzgado nos parece incorrecto y jurídicamente inválida.
- En tal sentido, respecto a que el hecho de haber dispuesto del bien ofrecido en garantía a los demandantes “demuestra con claridad un orientado ... (sic) ... a sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones mediante la desaparición de las garantías ofrecidas” no es válido ni cierto puesto que LA TRANSFERENCIA DE UN BIEN SOBRE EL CUAL SE ENCUENTRA INSCRITO UNA GARANTÍA, EN ESTE CASO HIPOTECARIA, NO IMPLICA LA DESAPARICIÓN DE LA GARANTÍA, LO QUE SE TRASLADA AL ADQUIRIENTE, lo que deja expedito el derecho del acreedor para ejecutar dicha garantía. En consecuencia, la conclusión o inferencia judicial es incorrecta porque parte de una premisa falsa.
- En consecuencia, por aplicación del artículo 1097 del Código Civil, que prescribe que la hipoteca afecta un inmueble en garantía del incumplimiento de

cualquier obligación, no es cierto ni válido lo discernido en la sentencia siendo, por tanto, incorrecto que nuestra conducta deba ser considerada como desleal y fraudulenta y que persigue con toda notoriedad el obtener ventajas económicas a costas del patrimonio de los accionantes, constituyendo dicha afirmación una manera subjetiva por parte del Juzgado pues implica desconocer la normatividad vigente. ¿acaso la transferencia de la propiedad de un bien sobre el cual se constituyó una garantía hipotecaria, la misma que se encuentra vigente, deja sin efecto la misma? La respuesta es obvia.

- Entonces, es evidente que tampoco consideremos válidas las siguientes conclusiones de la sentencia: "... siendo totalmente razonable considerar que esa conducta haya inferido gran sufrimiento emocional y decepción en quienes les tuvieron la confianza suficiente para otorgarles un crédito por una suma considerable, bajo la expectativa de que tal crédito les sería devuelto en las condiciones pactadas." y "... este Juzgado no alberga duda alguna que la conducta mostrada por los demandados, rebasa el simple incumplimiento contractual configurado, con toda claridad, un actuar defraudatorio lesivo de los intereses y bienestar psicológico de la parte defraudada" por lo que no ha existido daño alguno, menos de índole moral que deba ser indemnizado.
- A mayor abundamiento, si los acreedores no ejecutan la garantía o lo hicieron de manera errada, de modo tal que por pronunciamiento jurisdiccional su pretensión haya sido desestimada, no existe responsabilidad alguna en los deudores.
- Por otro lado, como lo reconoce la propia sentencia, a la fecha se encuentra en trámite una acción paulina, proceso judicial en el cual se determinaría si la

conducta de los recurrentes incurrimos en un actuar defraudatorio o no, por lo que consideramos ilegal e inválido que en el presente proceso pretenda definirse dicha cuestión cuando, a instancia e iniciativa de los demandantes, existe otra acción judicial en ese sentido. Ello nos lleva a preguntarnos: ¿Cómo quedaría la indemnización si la acción paulatina en trámite desestima la pretensión de los accionantes? La respuesta es obvia y nos grafica claramente la ilegalidad de la sentencia dictada.

- Mediante la resolución N° 07, se resuelve conceder el recurso de apelación con efecto suspensivo.

➤ **ANÁLISIS SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN:**

El recurso se interpuso dentro del plazo legal establecido según el artículo 376, inciso 1 del CPC, asimismo cumplió con expresar los agravios previstos en el artículo 366, pero no reunió los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 367 del CPC.

Debemos señalar que en esta Resolución N° 07, existió un error por parte del Juzgado al no haber advertido que el apelante no realizó el pago de arancel judicial correcto, dicha observación se realizó en la corrección de la resolución mediante otra Resolución con N° 08, la cual, si considera que se tiene que subsanar reintegrando el monto restante por concepto de arancel judicial por apelación, denotando así la inobservancia por parte de los órganos jurisdiccionales.

### ***3.4.2 Sentencia de vista***

A fojas 107 a 111 de autos corre la sentencia de vista pronunciada por el juez de la Primera Sala Civil, por la que resuelve revocar la sentencia contenida en la resolución N° 06, que declara fundada la demanda y, reformulando la misma, se declaró INFUNDADA la demanda. Los fundamentos de la sentencia de vista fueron:

- Que, se tiene que aun cuando los accionantes señalan que pretenden se les otorgue una indemnización por daño moral debido al incumplimiento del mutuo con garantía hipotecaria celebrado con los demandados; empero, de la lectura de la demanda, se colige que lo que en realidad buscan es que los demandados cumplan con su obligación pendiente de pago; razón por la cual estando a que los hechos del petitorio de la demanda resulte ser distinto a los de una indemnización por daño moral la recurrida debe ser revocada. Además, debe precisarse que la copia legalizada del testimonio de Escritura Pública de constitución de hipoteca otorgado por Hebel Eduardo Rodríguez Salazar a favor de Elías Isaías Paúcar Bernuy y Macaria Teófila Chávez de Paúcar, con fecha doce de abril del dos mil diez, siendo esto así es evidente que a los demandantes, el artículo 1117 del Código Civil les faculta ejercitar contra el deudor la acción personal o contra el tercero adquirente del bien hipotecado la acción real; por ello dentro del marco legal citado, se aprecia que los demandantes han iniciado un proceso de acción pauliana o revocatoria contra Hebel Eduardo Rodríguez Salazar y Rocío Maritza Salazar Egusquiza, las Praderas Constructora y Negocios Inmobiliarios S.A.C. y Misael Diógenes Cárdenas Muñoz expediente 1442-2012 que se tramita entre el Segundo Juzgado Mixto de Huaraz y se



verifica la existencia del expediente 12015-2011 seguido por el Primer Juzgado Mixto de Huaraz; es decir, los demandantes han hecho valer su derecho de cobro de la deuda a través de los mecanismos legales distintos al proceso de indemnización de daños y perjuicios.

- Que, de otro lado, no resulta razonable que vía indemnización de daños y perjuicios se pretenda ejercitar el pago de una obligación de dar suma de dinero; también es verdad que, en el presente caso los medios probatorios aportados por los demandantes que corre a fojas dos a veintiuno como son: a) Copia legalizada del testimonio de escritura pública de constitución de hipoteca; b) Copia simple de la sentencia recaída en el expediente 01205-2011 sobre obligación de dar suma de dinero; c) Copia simple de la demanda de acción paulatina o revocatoria expediente 1442-2012; y, *voucher* de pago originales realizados a Mibanco de fojas dieciocho a veintiuno; no son pruebas idóneas que demuestren aflicción a los sentimientos o daños psicosomáticos de los demandantes que derive en daño moral de los mismos y se produzca el derecho de indemnización. En consecuencia, por las razones expuestas este Colegiado, estima que la recurrida debe ser revocada y reformándola se declare infundada la demanda.

➤ **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:**

La sala realiza una valoración de las pruebas presentadas, en las cuales concluye que no son la idóneas para demostrar la afectación de tipo moral en los demandantes, pues en este punto concuerdo con lo vertido por el *ad quem*, pues las pruebas dentro del proceso solo demostraron que existe una obligación por parte de los demandados a favor de los demandantes, y que los demandados están actuando

con dolo para no cumplir con dicha obligación, pero, las pruebas idóneas deberías demostrar la afectación emocional, el sufrimiento ocasionado, la aflicción y entre otros factores de índole inmaterial que padecen los demandantes, como por ejemplo: un certificado psicológico, previa evaluación por el profesional correspondiente, que denoten estas afectaciones a los accionantes, pero en el caso en concreto no existe prueba concreta que pueda evidenciar y/o crear certeza del daño moral existente.

#### IV CONCLUSIONES

1. El daño moral se origina cuando existe una lesión en una persona, pero estimado de forma espiritual, psicológica, inmaterial, este daño se define como las ansias, la angustia, los sufrimientos físicos y psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen un carácter efímero y duradero; pero que son controversiales al momento de valorarlos económicamente para su resarcimiento,
2. Además, el daño moral no puede generarse de las controversias judiciales a las cuales se sometan las partes, esto debido a que constituye un ejercicio regular de los derechos que poseen las personas, siendo que el daño moral es considerado como uno de los múltiples daños psicosomáticos que afectan la esfera sentimental del sujeto o víctima.
3. También, se debió tener en cuenta que la carga probatoria está a cargo de las partes, y en ese sentido existió una deficiente labor del abogado de los demandantes, pues debió acreditar sus hechos (daño moral ocasionado); de esta manera, quizá hubieran podido probar que realmente existió un daño moral, pero no fue el caso en el presente expediente por lo que se resolvió de manera correcta en la Sala Civil.
4. Finalmente, no se puede desamparar el derecho de exigir una indemnización por daño moral, porque, aunque no se llegó a demostrar concretamente la existencia de daño moral, debe considerarse que, por lo actuado dentro del presente caso, sí existió una afectación emocional, sentimental y demás a los demandantes.

## V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alessandri, A. y Somarriva, M. (1941). *Curso de derecho civil. De las obligaciones.*  
Nascimento.
- Alvarado Velloso, Adolfo. (1992). *Introducción al estudio del derecho procesal.*  
Rubinzal Culzoni.
- Alvarado Velloso, Adolfo. (2004) *Debido proceso versus pruebas de oficio.* Temis.
- CAS N° 1076-96-Cusco (1998, 9 de setiembre). Diario Oficial El Peruano.
- CAS. N° 1169-99 Lima. (2000, 20 de enero). Diario Oficial El Peruano.
- CAS. N° 1520-99-Junín. (1999, 30 de noviembre). Diario Oficial El Peruano.
- CAS. N° 1561-98-Lima. (2001, 30 de abril). Diario Oficial El Peruano.
- Castañeda, Eugenio. (1963). *El derecho de las obligaciones. Efecto de las obligaciones.* Talleres Gráficos Villanueva.
- Colmo, Alfredo. (1944). *De las obligaciones en general.* Editorial Guillermo Kraft.
- Cornejo, Angel. (1938). *Código Civil. Exposición sistemática y comentario.*  
*Derecho de obligaciones.* s/e
- Del Vecchio, Giorgio. (1979). *Los principios generales del derecho.* Bosch.
- Devis Echandía, Hernando. (1985). *Compendio de derecho procesal* (10.<sup>a</sup> ed.).  
Editorial ABC.
- Devis Echandia, Hernando. (1995). *Teoría general del proceso.* Universidad,  
Buenos Aires.
- Diez Picazo, Luis. (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho.* Ariel.
- Eisner, Isidoro. (1984). *Planteos procesales.* Editorial La Ley.
- Giorgi, Jorge. (1909). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno.* Reus.

- Hitters, Juan Carlos. (1977). *Revisión de la cosa juzgada, doctrina y jurisprudencia*. Platense.
- Josserand, Louis. (1959). *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*. Bosch y Cía Editores.
- León Barandiarán, José. (1956). *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones, modalidades y efectos*. Ediar.
- Mazeaud, Henry. (1960). *Lecciones de derecho civil. Parte segunda*. EJEA.
- Monroy Gálvez, Juan. (2004). *La formación del proceso civil peruano* (2.ª ed.). Palestra Editores.
- Nieto Blanco, Ernesto. (1960). *Teoría de la interpretación de normas*. Abeledo-Perrot.
- Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio. (1985). *Instituciones atípicas en derecho privado*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Planiol, M. y Ripert, J. (1945) *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones*. El Cultural.
- Pothier, Roberth. (2018). *Tratado de las obligaciones*. Editorial ABC.
- Quintero, Beatriz y Pietro, Eugenio. (1995). *Teoría general del proceso*. Temis.
- Rioja Bermúdez, Alexander. (2009). *El proceso civil*. Editorial Adrus.
- Salvat, Raymundo. (1952) *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*. La Ley.
- Valencia Restrepo, Hernán. (1993). *Monárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Editorial Temis.
- Wyness Millar, Robert. (1945). *Los principios formativos del procedimiento civil*. Ediar.