

**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. RONALD FRANS PENAS GAMARRA

ASESOR:

MAG. ARMANDO CORAL RODRÍGUEZ

HUARAZ, ANCASH, PERÚ

2021

**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: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

(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:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ 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.



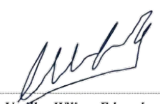

El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

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

Seleccione la
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

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 99 – FDCCPP

MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES

En la ciudad de Huaraz, siendo las diecisiete horas del día viernes doce de marzo 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:

| | |
|--|---------------------|
| Dr. ELMER ROBLES BLACIDO | : PRESIDENTE |
| Abog. PATRICIA AMALIA GAMARRA BENITES | : SECRETARIA |
| Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ | : VOCAL |

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación de los Expedientes Judiciales: **Expediente Civil N° 5243-2010-0-0201-JR-CI-01 - Materia:** Mejor Derecho de Posesión, **Expediente Penal N° 01050-2012-53-1301-JR-PE-01 - Delito:** Robo; del bachiller **PENAS GAMARRA RONALD FRANS**, 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 : CATORCE (14).

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 diecinueve horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Dr. ELMER ROBLES BLACIDO
PRESIDENTE


Abog. PATRICIA AMALIA GAMARRA BENITES
SECRETARIA


Mag. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ
VOCAL

DEDICATORIA

A mis padres



ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN | v |
| ABSTRACT | vi |
| CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO..... | 1 |
| 1.1 La posesión..... | 1 |
| 1.1.1 Servidor de la posesión..... | 2 |
| 1.1.2 Adquisición y conservación de la posesión..... | 3 |
| 1.1.3 Funciones de la posesión | 3 |
| 1.1.4 Estructura de la posesión | 4 |
| 1.1.5 Clases de la posesión | 5 |
| 1.1.6 Adquisición, conservación, pérdida y protección de la posesión | 11 |
| 1.1.7 La posesión en la legislación peruana | 14 |
| 1.1.8 La posesión en el Código de 1984 | 15 |
| 1.1.9 Especies posesorias en el código vigente | 16 |
| 1.1.10 La posesión como derecho | 16 |
| CAPÍTULO II. JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN AL TEMA | 19 |
| CAPÍTULO III. RESUMEN Y ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE..... | 21 |
| 3.1 Etapa postulatoria..... | 21 |
| 3.1.1 De la demanda..... | 21 |
| 3.1.2 Petitorio | 21 |
| 3.1.3 De los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda..... | 22 |
| 3.1.4 De los medios probatorios ofrecidos | 23 |
| 3.1.5 Admisión y emplazamiento..... | 23 |
| 3.1.6 De la admisión de la demanda | 24 |
| 3.1.7 Del saneamiento del proceso..... | 25 |
| 3.2 Etapa probatoria | 26 |
| 3.2.1 De la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y del saneamiento probatorio..... | 26 |
| 3.2.2 De la audiencia de pruebas | 28 |
| 3.2.3 De los alegatos | 30 |
| 3.2.4 De la prueba de oficio..... | 30 |

| | |
|---|----|
| 3.3 Etapa resolutive | 31 |
| 3.3.1 De la sentencia de primera instancia..... | 31 |
| 3.4 Etapa impugnatoria | 33 |
| 3.4.1 Apelación de sentencia | 33 |
| 3.4.2 Concesorio de los recursos de apelación | 34 |
| 3.4.3 Del trámite en segunda instancia | 34 |
| 3.4.4 De la sentencia de segunda instancia..... | 36 |
| 3.5 Del recurso de casación | 38 |
| 3.5.1 De la remisión de los autos a la Corte Suprema | 40 |
| 3.5.2 Calificación del recurso de casación..... | 40 |
| 3.6 Del análisis propiamente dicho | 41 |
| 3.6.1 Sobre la demanda..... | 41 |
| 3.6.2 De la calificación de la demanda | 44 |
| 3.6.3 Sobre el saneamiento del proceso | 45 |
| 3.6.4 De la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio | 46 |
| 3.6.5 Audiencia de pruebas..... | 48 |
| 3.6.6 Del recurso de apelación..... | 53 |
| 3.6.7 Del recurso de casación | 57 |
| CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES | 60 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 63 |

RESUMEN

El expediente judicial civil tiene como materia “el mejor derecho a la posesión”, acción por la cual la posesionaria inicial solicita la restitución de su bien frente al actual poseedor; demanda que es interpuesta por Rosa Isabel Giraldo, Vda. de Villanueva, contra la emplazada Guillermina Quijano, respecto al bien inmueble ubicado en el Calle Juan Velásquez Alvarado N° 580, del distrito de Pativilca, provincia de Barranca, con un área total de 292.89 m², proceso en el cual existen sentencias contradictorias; así, se tiene que el *a quo* desestima la demanda, con el fundamento de que los accionantes no acreditaron su derecho de propiedad, mientras que el *ad quem*, por su parte, es del criterio opuesto. Fundamentos que se analizarán en la secuela respectiva, conforme a los fines del informe, los cuales son sintetizar y analizar el desarrollo del proceso, así como conocer a profundidad cada una de las etapas, observando la existencia de falencias, vacíos, contradicciones y criterios de los magistrados y teniendo en cuenta la normatividad, doctrina y jurisprudencia respectiva. Asimismo, se analiza el debido proceso, concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales.

Palabras clave: Posesión, mejor derecho a la posesión, debido proceso, medios probatorios.

ABSTRACT

The civil judicial file, has as its subject “the best right to possession”, an action by which the initial holder asks for the restitution of her property against the current holder; lawsuit filed by Rosa Isabel Giraldo, Vda de Villanueva, against the Guillermina Quijano site, with respect to the real estate located at Juan Velásquez Alvarado Street No. 580, of the District of Pativilca, Province of Barranca, with a total area of 292.89 m2 Process in which there are contradictory sentences, this is how the A quo dismisses the claim, on the grounds that the shareholders did not accredit their property right, while the Ad qem, on the other hand, is of the opposite criterion. Fundamentals that will be analyzed in the respective sequel, according to the purposes of the report, which is to synthesize and analyze the development of the process and to know in depth each of the stages, observing the existence or not of shortcomings, gaps, contradictions and criteria of the magistrates and taking into account the respective regulations, doctrine and jurisprudence. Likewise, the Due Process will be analyzed, conceived as the fulfillment of all the guarantees, requirements and norms of public order that must be observed in the procedural instances.

Keywords: Possession, better right to possession, Due Process, Evidence.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 La posesión

La posesión es una de las instituciones más importantes de los derechos reales, porque depende de ella en muchos casos la adquisición o pérdida de derechos, especialmente de propiedad que es vital en esta materia y que las personas individuales o colectivas luchan en el transcurso de sus vidas.

Según Gonzales (2003), *posesión* en su primer entendimiento significa ‘acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro; por tal razón, poseer es tener una cosa en su poder, para usarla, gozarla y aprovecharla’ (p. 23).

El Código Civil, art. 896, la define como “el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

En el ordenamiento jurídico nacional, según Avendaño y Avendaño (2017),

Se entiende por posesión la situación fáctica de tenencia de una cosa o disfrute de la misma por una persona con la intención de haber la cosa como propia. La posesión también se ejerce sobre un derecho cuando se disfruta del mismo. (p. 67)

Es una determinada situación de hecho. Significa el control físico o material de una cosa. Es un concepto muy discutido, pero hay dos puntos en los que no existen dudas:

- La posesión es la presunción de la propiedad.
- La base de la posesión es la detentación material

Las dos teorías más importantes son las propuestas y estudiadas por Savigny e Ihering. Según Vásquez (2011),

para entender el concepto de posesión hay que partir de la base de que todo ordenamiento jurídico tiene que reprimir ciertos actos que perturben la disponibilidad de hecho de una cosa. En Roma la tutela de esa disponibilidad se realizaba mediante interdictos. Estos solo miraban a la situación de hecho por esta se conoce como *possessio* que el poder físico sobre una cosa. (p. 345)

El poseedor es la persona que tiene la disposición de la cosa con independencia de que sea propietario o no y la situación del poseedor es protegida por el *ius honorarium*.

1.1.1 Servidor de la posesión

Es la persona que ejerce sobre la cosa poseída las facultades propias de un poseedor, haciéndolo en nombre de otra persona que es el verdadero poseedor. Esta figura jurídica, denominada servicio a la posesión, suele aparecer cuando entre el poseedor y el servidor de la posesión hay una relación de autoridad. Tal es el caso de la persona que, en el negocio o domicilio del poseedor, ejerce por este el poder efectivo sobre una cosa o derecho. El servidor de la posesión está legitimado para defenderse mediante los interdictos. De igual forma, cuando la perturbación del estado posesorio provenga de actos del servidor de la posesión, el poseedor podrá ejercer los interdictos. (Gonzales, 2003)

Coposesión

De acuerdo con Mejorada (2012), “es la concurrencia de más de una persona sobre el mismo bien. Se da en la medida en que se produzcan objetivamente conductas posesorias concurrentes” (p. 2). Es el caso de las personas que habitan un mismo inmueble o usan un mismo vehículo.

No es necesario que los comportamientos posesorios sean los mismos, por ejemplo:

Un inmueble podría ser usado al mismo tiempo como carpintería por una persona y como taller de soldadura por otra, ambas son poseedoras del mismo bien, pero por actos distintos.

1.1.2 Adquisición y conservación de la posesión

De acuerdo con Mejorada (2012), se considera adquisición originaria de la posesión a

aquella que ocurre como consecuencias de un hecho propio y exclusivo del sujeto (poseedor) por lo que se conoce también como posesión unilateral surge sin la intervención de otro sujeto y da lugar a una nueva posesión.
(p. 252)

1.1.3 Funciones de la posesión

En cuanto a las funciones de la posesión, según Gonzales (2003), es posible señalar tres:

- Protección o defensa de la posesión: con lo que la posesión sería la situación jurídica que permite poner en juego la defensa interdictal, que es el mecanismo

jurídico que el ordenamiento ha establecido para defender al poseedor (no tiene que demostrar que es propietario).

- Legitimadora: con lo que la posesión sería la situación jurídica que legitima a una persona en virtud a la apariencia para ejercitar el derecho que dicha apariencia manifiesta, o permite a los terceros confiar en ella.
- Facilitar o posibilitar el dominio u otros derechos reales: con lo que la posesión sería la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho de que es manifestación exterior mediante usucapión.
- La posesión posibilita que la posesión misma se llegue a convertir en propiedad u otro derecho real. Incluso en los casos en que no hay un derecho o señorío justificado con otro derecho. La propia posesión va a posibilitar que ese derecho que no existía y era una apariencia se convierta en el derecho real de que sea apariencia.

1.1.4 Estructura de la posesión

Hay que señalar que la doctrina polemiza sobre si la posesión es un verdadero derecho real o no es más que una situación fáctica. Al margen de la polémica doctrinal, lo relevante es que la misma es susceptible de producir efectos jurídicos.

– Sujeto

En Argentina, al igual que en el Perú, “la posesión como derecho, la puede adquirir cualquier persona física o jurídica ya que el poseer un derecho es poseer

un poder jurídico, y para tenerlo es suficiente con tener capacidad jurídica para ello”. (Josserand, 1950, p. 45)

Si pensamos en la posesión como hecho, la pueden tener las personas jurídicas (porque la ejercen a través de sus órganos de representación) y las personas físicas, si bien, deben tener capacidad de entender y querer (si no se tienen estas cualidades se puede obtener a través de representante legal).

– **Objeto**

El objeto de la posesión está contemplado en el art. 437 del Código Civil que dispone que “solo pueden ser objeto de posesión las cosas que sean susceptibles de apropiación”. Entonces, “no se pueden poseer aquellas cosas que no puedan ser objeto de dominación jurídica por los particulares: quedan excluidas las cosas públicas o sagradas, y las cosas que no tengan individualidad (que formen parte de un conjunto)” (Avendaño y Avendaño, 2017, p. 34).

1.1.5 Clases de la posesión

Siguiendo con la sistemática del código, Mejorada (2012) sostiene que “corresponde estudiar las clases de posesiones y sus efectos que conllevan. El código actual destaca criterios de la buena y mala fe, la posesión mediata e inmediata y la posesión legítima y la posesión ilegítima”. (p. 5)

– **Posesión inmediata y posesión mediata**

En esta clase hay una relación jurídica entre poseedor inmediato y poseedor mediato. Así plantea Gonzales (2005):

- a) Posesión inmediata: Es aquella que se ejecuta actual y temporalmente mediante un acto derivativo que le atribuye al poseedor una condición jurídica. Se obtiene directamente, sin necesidad de mediador posesorio. Es una posesión de derecho, la que conserva el propietario y no es susceptible de tener varios grados.
- b) Posesión mediata: Es aquella relación que se revela de un acto derivativo que confiere el poseedor mediato al inmediato una condición jurídica expresada en un título, se tiene a través de un mediador posesorio, a través de la posesión de otro. Es susceptible de varios grados.

El art. 905 contempla que es poseedor inmediato el poseedor temporal. En virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confiere el título.

En efecto la norma que contiene el artículo acotado, tipifica la posesión inmediata. El supuesto de una norma jurídica es el concepto de poseedor inmediato que lo distingue como tal por estar premunido de dos requisitos.

La relación entre posesión mediata y posesión inmediata, crea una situación jurídica y tiene ciertos deberes y derechos eventuales, que el título le atribuye, por eso el poseedor mediato tiene la obligación de respetar la posesión del poseedor inmediato, ya que este último tiene la obligación de disolver el bien cedido dentro del plazo convencional o legal. (Mejorada, 2012)

– Posesión legítima y posesión ilegítima

La posesión es legítima cuando existe correspondencia neta entre el poder ejercido y el derecho alegado; es decir, es aquella fundada en derecho: será ilegítima cuando se rompe dicha correspondencia y el poder de hecho se ejerce independientemente. Procede de la ley con abstracción del título.

La posesión es legítima cuando el ejercicio de un derecho real sea de acuerdo a las disposiciones del Código Civil y será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o fuere adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño. La doctrina manifiesta la poca utilidad práctica, porque las que resultan respecto de la posesión legítima serán las que correspondan al derecho real al que se trate. (De Vida, 2016, p. 42)

La posesión ilegítima es aquella que se tiene sin título, por título nulo o cuando fue otorgado por un sujeto que no tenía derechos sobre el bien o no lo tenía para trasmitirlo; en consecuencia, será considerado poseedor ilegítimo. (Gonzales, 2003, p. 23). De la misma manera, la posesión será ilegítima para:

- El que cuente con la posesión sin tener derecho subyacente (sin título).
- El que cuente con la posesión cuando el derecho subyacente se basa en un título nulo o ineficaz.

– **Posesión de buena fe**

Llamada en Roma *bona fides*, según Josserand (1950),

integra un concepto moral de honradez y lealtad en los actos jurídicos y en la vida en general, la buena fe se traduce en la creencia de quien transmite puede hacerlo, también está integrada por la ausencia de dolo o engaño al contratar o establecer el vínculo obligatorio. El poseedor de la buena fe es

aquel que posee porque cree que es titular del derecho como ejerce, ignorando todo acto revocatorio sobre su título. (p. 34)

Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz, de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor. La buena fe, en la posesión, aparece así definida de dos maneras:

Cuando se trata de la posesión en general, se define como un estado de ignorancia y lo que se ignora es la existencia de un vicio en el título o modo de adquirir de quien, a consecuencia de tal efecto que da en condición de poseedor. El poseedor cree que no lesiona un derecho ajeno siempre que esa creencia no se funde en negligencia grave o desconocimiento inexcusable. (Mejorada, 2012)

Cuando se trata de la usucapión, Gonzales (2003) “se define como un estado de creencia de que la cosa ha sido adquirida de quien, por ser dueño de ella, podría transmitir el dominio, con la consecuencia de que el adquirente queda reducido a la condición de poseedor”. (p. 92).

Elementos de la posesión de la buena fe:

Dos son los elementos de la posesión de buena fe:

a) La ignorancia y el error: Estos elementos de la figura que venimos estudiando, contempla la ignorancia y el error como los factores determinantes de la buena fe. En cuanto al error, este puede ser de hecho o de derecho. El primero se realiza cuando el adquirente le da un valor de verdad a una realidad que no es tal. La ignorancia por lo general es desconocimiento. (Gonzales, 2005)

b) La persona de legitimidad: Este elemento de la posesión se revela en la conciencia del poseedor adquiriente como la creencia errónea en el derecho transmitido, sobre el cual tiene una convicción de la legitimidad.

Se tiene buena fe para poseer como propietario, cuando se ignora la exigencia de un vicio que invalida a sus títulos. Incluso podría no existir el título realmente. Existiendo únicamente en la creencia del poseedor adquiriente. En este supuesto de denominar título putativo.

El artículo 906 de nuestro Código Civil dice:” la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

Ahora bien, el art. 201 del código establece que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por otras partes; es decir, como afirma Vidal (2010), “no se protege el errante en cuanto se haya equiparado, sino en cuanto su error haya sido advertido o haya podido serlo por la otra parte”. (p. 23)

– **Posesión de mala fe**

Existe, según Avendaño y Avendaño (2017), cuando el “poseedor consciente de que su posesión es ilegítima, como también cuando el poseedor, no conociendo que su posesión es ilegítima, pero procediera con negligencia culpable. Posee de mala fe el poseedor que cree o sabe que su posesión es injusta”. (p. 25)

La buena o mala fe puede cambiar durante la posesión, esto es posible, pero para que jurídicamente eso tenga un valor, tienen que darse actos que patenten ese

cambio de fe. Interesa analizar la fe de una persona para ver los efectos de esa posesión, los plazos para usucapir, etc.

En relación a los frutos, según Gonzales (2003), “el poseedor de mala fe está obligado a rembolsar aquellos que hubiere percibido y en caso de que ellos no existan debe pagar su valor estimado al tiempo en que los percibió debió percibir” (p. 56).

El art. 909 del Código Civil señala que “el poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se hubiera producido en caso de haber estado en poder de su titular”.

– **La posesión precaria**

Se expresa en el derecho moderno como una modalidad del comodato. La posesión es en sí una institución que tiene carácter precario, pues es vencida por otros derechos reales. Según propone Gonzales (2016), se puede ver desde dos puntos de vista:

- a) Posesión precaria en sentido amplio: la que tiene todo el que posee sin derecho a poseer. Es débil, será vencida por el que tenga derecho a poseer.
- b) Posesión precaria en sentido estricto: la que adquiere un poseedor de uno anterior que se reserva el derecho a recobrarla cuando él mismo decida. Ej.: contrato de comodato o depósito. La posesión del comodatario o depositario es una posesión precaria en sentido estricto. La posesión precaria se adquiere por el poseedor precario cuando la pierde el poseedor anterior, salvo que este conserve la posesión mediata.

El derecho peruano del Código Civil de 1852, en su art. 1834, ya había asimilado al precario como una modalidad de comodato. A su vez, el Código del 36 en su art. 1594 establecía que cuando no se ha determinado el objeto de uso ni su duración ni aquel resulte determinado por la costumbre, puede el comodato, a su arbitrio, pedir se le devuelva la cosa prestada. (Vidal, 2010)

– La posesión civilísima

La posesión de los bienes hereditarios “se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde la muerte del causante, en el caso de que llegue a asirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento” (Gonzales, 2005, p. 45)

1.1.6 Adquisición, conservación, pérdida y protección de la posesión

– Adquisición

Se produce la adquisición de la posesión, de una cosa, desde el momento en que se presenta el corpus y el *animus possidendi*. Juntos estos elementos, determinan el nacimiento de la posesión. Así, según Borda (1996), en las fuentes existen distintos casos donde se observan esa situación y son casos denominados:

- a) *Traditio clavium apud horrea*. Era la entrega de las llaves de un almacén donde se encuentran depositadas unas mercancías; equivaldría a la entrega material de las mismas.
- b) *Signatio mercium* Cuando se marcaban las mercancías con una contraseña por parte de quien las adquiriría se consideraban entregadas.
- c) *Traditio brevi manu*. El que adquiere una cosa la tiene ya en su poder.

- d) *Traditio longa manu*. Se produce la entrega de la posesión con el simple señalamiento a distancia.
- e) *Traditio constitutum possessorium*. Cuando una persona que posee en nombre propio pasa a poseer en nombre ajeno.

En el derecho romano, según Josserand (1950),

también se podía adquirir la posesión por intermediario. El *pater familias* podía adquirir a través de los sometidos a su potestad como el *fili* familia o un tercero, pero en derecho clásico no se podía adquirir en nombre ajeno. Más tarde, este principio perdió su vigencia al admitirse la adquisición por medio del procurador. (p. 33)

En época de Justiniano ya se admite la adquisición por medio de persona libre, pero para ello se exige el mandato especial o la ratificación. En cuanto al *animus*, este se ve en abstracto; para categorías objetivas de relaciones. La ley dice en qué casos hay *animus* y en qué no.

– Conservación

La posesión se conserva mediante el ánimo propio y la tenencia propia o ajena. En general, se considera que no es necesaria una actuación inmediata y constante. Esto se ve en el hecho de que se mantiene la posesión solo con el ánimo en el caso de los fundos que quedan aparte del ánimo. (Avendaño y Avendaño, 2017)

Se puede, según De Vida (2016),

adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno cuando esté vacante por abandono, por muerte sin sucesor o por larga ausencia de su dueño. En el

derecho justinianeo se conserva la posesión en el caso del ausente solo con el ánimo. La posesión se conserva con ánimo propia y tenencia ajena cuando alguien detenta una cosa en nuestro nombre. (p. 56)

– **Pérdida**

Para Borda (1996), en la doctrina se han discutido las siguientes formas de pérdida de la posesión:

- La pérdida de la posesión puede ocurrir de tres maneras: por desaparición simultánea del “animus” y del “corpus”, por pérdida del “corpus” solo o por la pérdida del “animus” solo.
- Casos típicos de la pérdida de la posesión por desaparición de ambos elementos son el abandono de la cosa por el poseedor, su enajenación seguida de la tradición de la cosa y el perecimiento total de la cosa.
- Se pierde la posesión por desaparición del “corpus” cuando la cosa cae en el dominio público o cuando un tercero se apodera de ella.

Mientras que para la legislación nacional (art. 922 CC) se han considerado las formas de pérdida de la posesión a las siguientes: la tradición, el abandono, la ejecución de resolución judicial, destrucción total o pérdida del bien.

– **Protección**

Desde tiempos muy remotos y en los más diversos lugares, dice Gonzales (2005), “el Derecho ha protegido y protege la posesión independientemente de que corresponda o no corresponda al titular del derecho e incluso contra este titular” (p. 56). Este hecho, al parecer tan ilógico, pero al mismo tiempo tan universal, ha

preocupado a los juristas quienes han elaborado numerosas teorías para explicar el fundamento de la protección de la posesión.

1.1.7 La posesión en la legislación peruana

Somos conscientes de las diversas nociones que la doctrina le ha concedido a la institución que estudiamos. Sin embargo, nosotros solo nos ocuparemos de aquella que es compartida por casi todos los países occidentales y que identifica a la posesión como un derecho real autónomo.

En efecto, de acuerdo con Mejorada (2012), la posesión

es un derecho que prescinde de las titularidades que provienen de la propiedad, se configura a partir de un hecho que es el calificado como situación posesoria, al cual el Derecho le otorga una serie de consecuencias jurídicas. Sin duda, se trata de un derecho peculiar, como veremos luego, pero es un derecho al fin y tiene autonomía frente a todos aquellos que provienen de la propiedad. (p. 6)

En la historia de la investigación sobre la posesión, según Gonzales (2016):

Siempre se ha tenido claro que descubrir los alcances de esta institución no tiene sino un carácter instrumental. Conocer cuando estamos en presencia de una situación posesoria solo tiene sentido porque de ese modo podremos saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal ha previsto para dicha situación. Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, las mejoras y la defensa interdictal, son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de

saber qué elementos se deben considerar para calificar una situación como posesoria. En esta aventura académica no podemos perder de vista que en definitiva lo que se pretende con la posesión es dar una respuesta adecuada a una necesidad social concreta. (p. 253)

Para culminar esta parte, debemos advertir que para nuestro país el tema de la posesión tiene singular importancia, pues la propiedad en el Perú, como titularidad protegida por el ordenamiento jurídico, está afectada por una serie de distorsiones que la convierten en un derecho de difícil acceso efectivo para un sector importante de la población.

1.1.8 La posesión en el Código de 1984

La razón por la que nos hemos referido con cierto detalle a la discusión doctrinaria entre Savigny e Ihering es que de esta discusión nace el esquema de posesión por el que ha optado nuestro Código Civil vigente, compartiendo la opinión del legislador del Código de 1936, quien también recogió esta tesis. En el artículo 896 se establece: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Por su parte, el artículo 923 del mismo código dice que los atributos del derecho de propiedad son usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien. Si queremos comprender adecuadamente los alcances que entre nosotros tiene la posesión, debemos tener cuidado al interpretar las normas antes referidas.

Para calificar una situación como posesoria no basta verificar si en determinado caso el sujeto está ejerciendo alguno de los atributos de la propiedad, pues el ejercicio de estos, entendidos con simplicidad e ignorando el fundamento

de la fórmula que ha recogido el Código, puede llevarnos a errores graves. Basta con resumir que nuestra norma quiere decir, al menos así se ha entendido razonablemente, que será poseedor aquel que se comporte respecto del bien como lo haría normalmente un propietario o una persona con derecho sobre el bien. (Gonzales, 2016)

1.1.9 Especies posesorias en el código vigente

Divisamos las siguientes clases de posesión:

- a) Posesión mediata e inmediata, art. 905.
- b) Posesión legítima e ilegítima, art. 906
- c) Posesión de buena fe y de mala fe, art. 906.
- d) Posesión precaria, art. 911.
- e) Posesión *ad usucapionem* de inmuebles, art. 950 y de muebles, art. 951.
- f) Posesión de muebles, art. 948.
- g) Posesión civilísima, art. 660.

1.1.10 La posesión como derecho

La posesión, según Gonzales (2003), es “el exclusivo poder de hecho (o control autónomo) que tiene el sujeto sobre un bien, no requiere contar con algún derecho que lo sustente, pero ello no impide que produzca importantes consecuencias jurídicas” (p. 87).

Las grandes posturas doctrinarias, dice Díez (2019),

que se han debatido la naturaleza jurídica de la posesión son: SAVIGNY, que consideraba que la posesión es un “hecho” por cuanto se basa en

circunstancias puramente materiales, aunque su carácter productor de consecuencias jurídicas le hace ser un “hecho jurídico”, el cual se protege sin consideración a que exista un derecho subjetivo; en cambio, IHERING sostuvo que era un derecho, partiendo de la idea de este es un interés jurídicamente protegido; en consecuencia, la posesión sería un derecho porque reúne las características de este (señorío de la voluntad reconocido por la ley o por un interés protegido por ella), constituyendo una relación tutelada por el ordenamiento jurídico incluso en contra del propietario del bien. (p. 45)

Desde que nuestro sistema jurídico optó por la teoría objetiva de Ihering, no existe duda acerca de que la posesión es un derecho real autónomo. Ciertamente, este derecho nace de un hecho que es el comportamiento respecto de la cosa en la forma como referimos antes. (Vidal, 2010)

Al margen de todo el sustento doctrinario de la posesión como un derecho, en el sistema jurídico peruano bastaría con indicar que la misma ha sido calificada expresamente como tal por el Código Civil. En efecto, entre nosotros la posesión es el primero de los derechos reales principales.

La persona que es calificada como poseedora de un bien tiene a su favor una serie de instrumentos legales. Entre estos los más importantes son los que tienen que ver con la protección o la defensa del derecho. “Así, los artículos 920 y 921 del Código Civil se ocupan de describir de manera genérica estos instrumentos: la defensa posesoria directa o privada y la judicial”. (Gonzales, 2003, p. 56)

Solo de los 27 artículos con los que cuenta el Título I (la posesión) de la Sección Tercera del Libro de Derechos Reales Principales del Código Civil, se

desprenden una serie de consecuencias importantes que afectan a quien sea calificado como poseedor de un bien.

Ahora bien, dice Puig (1994):

Este derecho con toda su importancia tiene características particulares que deben ser consideradas en todo momento de su estudio. Las características generales no admiten mayor cuestionamiento; se trata de un derecho real, es un derecho autónomo, tiene carácter patrimonial, recae sobre bienes. La discusión de si la posesión es un hecho o un derecho debe quedar superada. Es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión. (p. 6)

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN AL TEMA

- En los procesos sobre mejor derecho a la posesión resulta necesario evaluar los títulos de los que nace el derecho de posesión a fin de determinar la existencia de un derecho preferente y oponible. (Corte Suprema, Cas. 2566-2015-Ucayali)
- El mejor derecho a la posesión es en doctrina la recuperación de lo propio, luego el despojo o de la indebida posesión o tendencia por quien carecía de derecho de propiedad sobre la cosa (...) (Corte Suprema, Cas. N° 655-2005-Lima)
- Concepto de acción reivindicatoria. La acción reivindicatoria es la que tiene el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario; (...) en consecuencia, un extremo de la acción exige la probanza plena del derecho de propiedad de la cosa reclamada, y el otro que quien posee lo haga sin título alguno, (...) el propietario tiene derecho a poseer y este derecho que es exclusivo y excluyente, constituye el sustento real de la acción real reivindicatoria (...). (Corte Suprema, Exp. N° 1322-90-Lima)
- Derecho de reivindicar el bien o *iusvindicandi*. Cuarto. (...) El derecho de reivindicar el bien o *iusvindicandi* es el conferido al propietario quien recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno a derecho (verbigracia: recuperación de un bien o reconocimiento de derecho de propiedad). (Corte Suprema, Cas. N° 874-2006-Lima)
- Para vencer en la acción reivindicatoria, el demandante debe probar su derecho de propiedad. Sexto. Se sostiene que el derecho de propiedad, como cualquier otro derecho, está protegido por una acción judicial, que le permite al

propietario hacer que se le reconozca y sancionar su derecho. La acción que sanciona el derecho de propiedad es la acción reivindicatoria (del latín *reivindicatio*, reclamación de la cosa). Para vencer en la acción reivindicatoria, el demandante debe probar su derecho de propiedad (Mazeaud). Al respecto, el artículo 927 del Código Civil, al tiempo que fija una clara excepción a lo regulado en el artículo 2001 del mismo texto legal, establece que la acción reivindicatoria es imprescriptible. (Corte Suprema, Cas. N.º 1211-2006-Ica)

CAPÍTULO III

RESUMEN Y ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

3.1 Etapa postulatoria

3.1.1 De la demanda

La demandante Rosa Isabel Giraldo, Vda. de Villanueva, mediante escrito de fecha 10 de diciembre del 2010, recurre ante el Juzgado Civil de Barranca para interponer demanda de mejor derecho a la posesión, solicitando que se tramite en la vía del proceso sumarísimo, y demandando la siguiente pretensión.

3.1.2 Petitorio

– Pretensión principal

Se demanda mejor derecho a la posesión, a fin de que se declare el mejor derecho a la posesión del inmueble, sito en Calle Juan Velásquez Alvarado N° 580, del distrito de Pativilca, provincia de Barranca, de una extensión de 292 m², más las costas y costos que se regulen a consecuencia del presente proceso judicial.

– Pretensión accesoria

La restitución del inmueble que la demandada se encuentra ocupando en forma indebida.

– Partes procesales

- Parte demandante: Rosa Isabel Giraldo, Vda. de Villanueva.
- Parte demandada: Guillermina Quijano.

3.1.3 De los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda

En cuanto a sus fundamentos fácticos, tenemos los siguientes:

- La demandante señala que ha sido poseedora del inmueble sito en Calle Juan Velásquez Alvarado N° 580, del distrito de Pativilca, provincia de Barranca, de una extensión de 292.89 m².
- Que, por razones de salud, la recurrente, tuvo que irse a radicar a Lima, razón por la cual, a inicios del año 2002, accedió a que la demandada ocupara el inmueble, pero comprometiéndose a su devolución al solo requerimiento de la recurrente.
- Que, así, ocurre que, en el mes de mayo de 2010, la recurrente solicitó a la demandada que procediera a desocupar el predio, a lo que la demandada se negó. No obstante, a ello, la demandante y la demandada ante el juez de paz de primera nominación de Pativilca, arribaron a una conciliación mediante la cual la demandada reconoce el derecho de propiedad de la demandante sobre el predio y se comprometió a desocupar el mismo el 30 de julio de 2010.
- Que, en este caso conforme es de verse de autos, la demandada, entró en posesión del predio sub litis, por intermedio de la recurrente y se encontraba en situación de dependencia, habida cuenta que existía un compromiso de desocupar el predio al solo requerimiento, situación ante la cual su despacho debe reconocer mi mejor derecho a la posesión y ordenar que la demandada restituya el predio.
- En cuanto a la fundamentación jurídica, sustenta su pretensión en lo dispuesto por los artículos 890, 897, 898, 899 y 905 del Código Civil.

3.1.4 De los medios probatorios ofrecidos

Como medios probatorios de la demanda se ofrece lo siguiente:

- Copia certificada de Acta de conciliación, de fecha 4 de junio del 2010.
- Copia fedateada de Certificado de posesión, expedido por la Municipalidad Distrital de Pativilca.
- Copia de recibo de pago de autoevaluó del predio sub litis.
- Copia de recibo de pago de agua del predio sub litis.
- Copia de plano de ubicación y memoria descriptiva del predio sub litis.
- El mérito de las declaraciones juradas de los siguientes testigos: Rosario Guadalupe Noel Tapia, Macario Capa Espinoza, Lucila Giraldo de Caballero, Estela Cerna Prudencio, Abel Eduardo Meléndez Cerna.

3.1.5 Admisión y emplazamiento

Mediante Resolución N.º 01, de fecha 20 de diciembre del 2010, se advirtió que la demandante solo había impreso su huella dactilar en la demanda, por lo que, se presume que no sabe firmar; consecuentemente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Procesal Civil, debería certificar su huella ante el secretario judicial; asimismo, en el punto 06 del ofertorio de pruebas, se ofreció declaraciones juradas de los testigos; sin embargo, no precisó si está ofreciendo las declaraciones testimoniales o solo una de carácter documental, si fuese el primero, tendría que adjuntar los pliegos interrogatorios correspondientes y señalar el (los) punto(s) controvertido(s) sobre el (los) cual(e) declararían los mismos, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del Código Procesal Civil. Por lo que, se resolvió: Declarar inadmisibile la demanda, concediéndose el plazo de tres

días, para su subsanación, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y ordenar el archivamiento definitivo del expediente.

Así, mediante escrito de fecha 28 de diciembre de 2010, la demandante subsana las omisiones advertidas, y, asimismo, al amparo del artículo 428 del Código Procesal Civil, modificó su demanda y ofreció las declaraciones de los testigos señalados en la demanda, adjuntando los respectivos pliegos interrogatorios.

En atención a los escritos de subsanación, mediante Resolución N.º 02 de fecha 07 de enero del 2011, se advirtió otra omisión, esto es, que los datos personales de la demandada son incompletos puesto que solo se menciona un nombre y un solo apellido, por lo que a efectos de identificar correctamente a la demandada correspondía que se precise los datos personales completos de la demandada, En consecuencia, nuevamente se declara inadmisibile la demanda, otorgándose el plazo de dos días a la demandante para que cumpla subsanar la omisión advertida, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y darse por concluido el proceso, al no haberse determinado contra quien se planteó la demanda.

Así, mediante escrito, de fecha 10 de febrero de 2011, la demandante subsana la omisión advertida, señalando que la demandada solo cuenta con un solo apellido, conforme con la ficha RENIEC que se adjuntó.

3.1.6 De la admisión de la demanda

Subsanadas las omisiones advertidas, la demanda fue admitida mediante Resolución N° 03, de fecha 21 de marzo del 2011, resolviéndose: Admitir a trámite

la demanda instaurada por Giraldo, Vda. de Villanueva, Rosa Isabel, contra Quijano Guillermina, sobre mejor derecho a la posesión, y en forma acumulativa originaria la restitución del inmueble, debiendo sustanciarse en la vía procedimental que corresponde al proceso de conocimiento; en consecuencia: córrase traslado a la demandada a efectos de que dentro del plazo de 30 días cumpla con contestar la demanda, bajo apercibimiento de seguirse el proceso en su rebeldía; teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se precisan, reservándose su admisión en la audiencia respectiva, agregándose a los autos los anexos que se adjuntan.

3.1.7 Del saneamiento del proceso

Mediante escrito de fecha 10 de junio de 2011, la demandante solicitó la declaración de rebeldía de la demandada, se sanee el proceso y se señale fecha para la audiencia de conciliación.

En atención a ello, mediante Resolución N° 05, de fecha 5 de junio del 2011, se advirtió que la demandada había sido notificado válidamente con la demanda, anexos y auto admisorio, y siendo que a la fecha no había procedido a contestar la demanda dentro del plazo de ley, se resolvió: Declarar rebelde a la demandada, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 465 del Código adjetivo, se declaró saneado el proceso y se señaló fecha para la realización de la audiencia de conciliación el día 05 del año dos mil once, a horas 11:00 de la mañana, en el local del Juzgado.

Sin embargo, mediante escrito de fecha 02 de setiembre de 2011, la demandada se apersona al proceso, solicitando se le notifique de la demanda y anexos, sustentado su pedido en que no había sido notificada debidamente, ya que

otra persona recepcionó las notificaciones, y no se registra nombres completos, ni la identificación y no existe la publicación y ubicación del aviso judicial en la dirección domiciliaria. Asimismo, al amparo del artículo 171 y 176 del Código adjetivo, solicitó la nulidad del acto procesal de la notificación de fecha 14 de abril de 2011, al no haber sido notificada debidamente.

En atención a ello, mediante Resolución N° 06 de fecha 5 de setiembre del 2011, el Juzgado, indicó que revisado de autos se tiene que la demandada fue válidamente notificada con el auto admisorio de la demanda, como se aprecia del cargo de notificación, la que fue recepcionado por doña Zoila Emperatriz Quijano, donde se aprecia claramente el número de DNI de la recepcionante como su nombre; así mismo se advierte que la demandada fue notificada válidamente con la resolución número cinco, como se advierte del cargo de notificación; por lo que se rechaza de plano el pedido de que se le notifique la demanda, por haber sido válidamente notificada en su domicilio real. Asimismo, declara inadmisibile la solicitud de nulidad de actos procesales al no haberse adjuntado el pago por derecho de nulidad, otorgando el plazo de dos días para que se subsane la omisión, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado dicha nulidad.

3.2 Etapa probatoria

3.2.1 De la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y del saneamiento probatorio

Con fecha 05 de junio de 2011, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, luego del llamado de ley, se dejó constancia de la incomparecencia de la demandada Guillermina Quijano. Luego, se pasó a la etapa procesal de conciliación; sin

embargo, en este estado el señor juez se vio imposibilitado de propiciar fórmula conciliatoria debido a la incomparecencia de la demandada y a la naturaleza de la acción.

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

- Determinar si a la demandante Rosa Giraldo, Vda. de Villanueva, le asiste un mejor derecho a la posesión de propiedad y la restitución del inmueble en relación a la demandada, Quijano Guillermina, respecto al inmueble ubicado en el Juan Velasco N° 580 El Porvenir, Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima, de una extensión de 292 m².

Luego de ello, se procedió a la etapa de admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

De la demandante

- Documentos: Se dispuso Admítase los medios probatorios señalados en los ítems 1 al 5 de autos.
- Declaración testimonial: Se dispuso, Al ítems 6, Admítase la declaración de Rosario Guadalupe Noel Tapia, Macario Capa Espinoza, Lucia Giraldo de Caballero, Estela Cerna Prudencio y Abel Eduardo Meléndez Cerna, a quienes se les deberá de notificar válidamente para la audiencia de pruebas a señalarse.

De la demandada

- Encontrándose en estado de rebeldía no existe medio probatorio que admitir o actuar.

Seguidamente, se señaló fecha para la audiencia de pruebas, para el día 04 de octubre del 2011, a horas 11:00 h de la mañana.

3.2.2 De la audiencia de pruebas

Con fecha 04 de octubre del 2011, se inició la audiencia de pruebas, dejándose constancia de la concurrencia de las partes, así como de los testigos ofrecidos.

Sin embargo, de manera preliminar el Juzgado en ejercicio de sus atribuciones, de oficio y a petición de parte, corrigió algunos errores advertidos en el decurso procesal, emitiendo diversas resoluciones en la audiencia. Así, mediante Resolución N° 08, resolvió: 01) Corregir el error material contenido en la fijación de puntos controvertidos que dice: “Determinar si a la demandante Rosa Giraldo, Vda. de Villanueva, le asiste un mejor derecho a la posesión de propiedad y la restitución del inmueble en relación a la demandada Quijano Guillermina, respecto al inmueble ubicado en Juan Velasco N° 580 El Porvenir, Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima, de una extensión de 292 m²”, debiendo decir: “Determinar si a la demandante Rosa Giraldo Vda. de Villanueva, le asiste un mejor derecho a la posesión y la restitución del inmueble en relación a la demandada Quijano Guillermina, respecto al inmueble ubicado en el Juan Velasco N° 580, El porvenir, Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima, de una extensión de 292 m²”. 02) Corregir el error material del acta de audiencia de conciliación obrante a fojas 90-91, que dice: “05 de junio de 2011” debiendo decir: “05 de setiembre de 2011”.

Así, también, mediante Resolución N° 09, resolvió: Aclarar el petitorio de la demanda contenida en la demanda, debiendo entenderse que la petición del mejor derecho a la posesión es sobre el bien inmueble ubicado en Calle Juan Velasco Alvarado N° 580, del distrito de Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima, de una extensión de 292 m²’.

Seguidamente, se llevó en estricto, la etapa de actuación de los medios probatorios.

De la demandante

- Documentos: Se dispuso Téngase presente los medios Probatorios ofrecidos en los ítems uno al cinco de autos.
- Declaración testimonial: Se dispuso Actúese la declaración de los testigos Rosario Guadalupe Noel Tapia, Macario Capa Espinoza, Lucila Giraldo de Caballero, Estela Cerna Prudencio y Abel Eduardo Meléndez Cerna.

Sin embargo, en algunos casos, debido a la incomparecencia de algunos testigos y otros casos debido a que no se adjuntó el pliego interrogatorio, solo se tomó la declaración testimonial de los testigos Lucila Giraldo de Caballero, Estela Cerna Prudencio y Abel Eduardo Meléndez Cerna.

De la demandada

- Encontrándose en estado de rebeldía no se admitió medio probatorio alguno para efectos de su actuación.

Con lo que concluyó la presente audiencia.

3.2.3 De los alegatos

Por un lado, mediante escrito de fecha 11 de octubre del 2011, el abogado de la demandada presenta sus alegatos, a efectos de que se los tenga en cuenta al momento de emitir la sentencia.

Por otro lado, mediante escrito de fecha 11 de noviembre del 2011, el abogado de la demandada presentó alegatos, a efectos de que se los tenga en cuenta al momento de emitir la sentencia.

Por lo que, el proceso quedó expedito para la expedición de la sentencia conforme a Ley.

3.2.4 De la prueba de oficio

Mediante escrito de fecha 28 de setiembre del 2012, el abogado de la demandada, en atención a que el predio, a la fecha, se había regularizado otorgándosele un certificado de numeración expedido por la Municipalidad Distrital de Pativilca, en la que se actualiza que el predio ubicado en jr. Juan Velasco Alvarado mz. 15, lt. 06, distrito de Pativilca, provincia de Barranca, tiene asignado la siguiente numeración jr. Juan Velasco Alvarado N° 580, distrito de Pativilca, provincia de Barranca; solicitó se tenga presente dicha certificación al momento de sentenciar.

En atención a ello, mediante Resolución N° 11 de fecha 09 de octubre de 2012, el Juzgado sustentó que el certificado de numeración del bien inmueble materia de litis es relevante para establecer la identificación del mismo, de modo que, a mérito de la facultad conferida por el artículo 194 del Código Procesal Civil, correspondía incorporarlos como medios probatorios de oficio.

3.3 Etapa resolutive

3.3.1 De la sentencia de primera instancia

Tras el trámite citado líneas arriba, el juez del Primer Juzgado Civil de Barranca, mediante Resolución N° 12 de fecha 31 de octubre del 2012, emitió sentencia, mediante la cual resolvió declarar: Fundada la demanda interpuesta por doña Rosa Isabel Giraldo, Vda. de Villanueva contra doña Guillermina Quijano sobre mejor derecho a la posesión; en consecuencia: 01) Se declara que la demandante doña Rosa Isabel Giraldo, Vda. de Villanueva tiene mejor derecho a la posesión sobre el bien inmueble ubicado en jr. Juan Velasco Alvarado N° 580, distrito de Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima. 02) Se ordena que la demandada, doña Guillermina Quijano, desocupe y restituya la posesión a la demandante del inmueble antes mencionado en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de lanzamiento, consentida o ejecutoriada sea la presente. 03) Se condena el pago de costas y costos a la demandada.

En atención a las siguientes principales consideraciones:

- En cuanto a la posesión de la demandante, el juzgador señala que, según el certificado de posesión de fecha 21 de noviembre de 2001, expedido por la Municipalidad Distrital de Pativilca, la demandante estuvo conduciéndose como posesionaria del inmueble ubicado en la av. Juan Velasco, mz. 15 lt. 06, El Porvenir, distrito de Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima; asimismo, se aprecia que hizo sus declaraciones juradas de autoavalúo desde el año 2001 al 2010 pagando sus impuestos prediales, como el servicio de agua conforme se aprecia en los recibos del mes de abril y mayo 2010.

- En cuanto a la posesión de la demandada, el juzgador señala que la parte demandada no ha acreditado que su permanencia en el inmueble haya sido como poseedora a título exclusivo, puesto que, no exterioriza comportamientos propios que conduzcan a establecer que conducía su posesión a nombre propio, muy por el contrario, los impuestos prediales han sido pagados a nombre de la demandante, tanto es así que el servicio de agua en los meses de abril y mayo 2010 continuaba a nombre de la actora. Asimismo, se desprende del acta de audiencia de conciliación efectuada ante el juez de paz de El Porvenir, Pativilca, que la demandada se comprometió a desocupar la vivienda el 30 de julio de 2010, precisándose que si bien en el acta el juez consigna “el presente año” ambas partes reconocen que comparecieron ante dicha autoridad el año 2010. Así, también, los testigos doña Lucila Emilia Giraldo, Vda. de Caballero, Estefa Cerna Prudencio y don Abel Eduardo Meléndez Cerna declararon que la actora era poseedora aproximadamente desde 1978 o 1970.
- Por lo expuesto, resultaría cierto que la demandada ingresó al inmueble con la condición de entregarla a solo requerimiento de la demandante, hecho que la convierte en poseedora inmediata, dado que reconocía a una titular superior de la posesión que venía a ser poseedora mediata (demandante); en consecuencia, se concluye que la demandante tiene mejor derecho a la posesión por ser poseedora mediata. Refuerza lo anterior, la presunción legal relativa de verdad por la declaración de rebeldía, dando por cierto que la demandada al momento de ingresar al predio se comprometió a desocupar solo a requerimiento de la actora, es decir, subordinada a la decisión de esta. Como consecuencia de ello, la demandada está obligada a restituir la posesión a la actora el bien inmueble,

dado que la demandada no tiene título posesorio a plazo indefinido sino que estuvo supeditada a la decisión de la actora.

3.4 Etapa impugnatoria

3.4.1 Apelación de sentencia

La sentencia que se emitió en primera instancia, al ser una que declaró fundada la demanda, fue impugnada por la demandada Guillermina Quijano. Así, mediante escrito de fecha 06 de diciembre del 2012, interpuso recurso de apelación con efecto suspensivo contra la sentencia, solicitando la revocatoria de la impugnada, en atención a los siguientes fundamentos impugnatorios:

- Que el *a quo* erróneamente ha sostenido que el hecho que la demandante haya pagado los impuestos prediales, así como el servicio de agua, le otorgan título de poseedora, cuando el pago de los impuestos solo basta una declaración jurada del declarante sin que haga falta la constatación por parte de la municipalidad, sobre la titularidad como propietario o poseedor del inmueble.
- Que, de las declaraciones testimoniales actuadas, ninguna de ellas es colindante con el bien sub litis, por lo que sus testimonios no guardan verosimilitud, y solo son vagas al mencionar que la demandante era poseedora aproximadamente desde 1970 o 1978, lo que evidencia que los testimonios son imprecisos. Asimismo, de manera errónea se sustenta en que el acta de audiencia de conciliación la demandada se comprometió a desocupar el bien, pero debe advertirse que la demandada nunca llegó a un acuerdo conciliatorio respecto a retirarse o entregar la posesión o reconocer una supuesta posesión inmediata.

- Que la demandante en ninguna parte del proceso ha demostrado que hizo entrega del inmueble a la demandada, y tampoco ha demostrado que hayan convenido que a su solo requerimiento es suficiente para que la demandada entregue la posesión, ni mucho menos ha demostrado que a la demandante le corresponde el derecho a poseer.
- Asimismo, es de señalar que el recurso de apelación estuvo acompañado de los aranceles judiciales correspondientes, así también se cumplió con señalar la naturaleza del agravio.

3.4.2 Concesorio de los recursos de apelación

Mediante Resolución N° 13, de fecha 13 de diciembre del 2012, estando a que el recurso ha sido presentados dentro del plazo de ley, se ha indicado el supuesto error de hecho y de derecho en que incurre la sentencia, precisando además la naturaleza del agravio que les produce, el juzgador resolvió: Conceder el recurso impugnatorio de apelación con efecto suspensivo, interpuesto por la demandada Quijano Guillermina Representada por José Alfredo Reyes Tello, contra la sentencia contenida en la resolución número doce; en consecuencia, se dispuso: Remitir los actuados al superior jerárquico.

3.4.3 Del trámite en segunda instancia

Llegado que fuera el expediente a la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en vía de apelación, mediante Resolución N° 14 de fecha 01 de febrero del 2013, se dispuso correr traslado del recurso de apelación a la parte demandante por el término de 10 días.

Mediante escrito de fecha 13 de marzo del 2013, la demandante apelante, se apersonó a la instancia, y reitero a su abogado patrocinante. Asimismo, solicitó el uso de la palabra para el abogado para efectos de que pueda realizar el informe oral en la respectiva vista de la causa.

Mediante Resolución N° 15, de fecha 18 de marzo del 2013, la Sala Civil, dispuso tener por apersonada a la apelante, y estando a que la parte demandante no absolvió el traslado conferido, se señaló fecha para la vista de la causa para el 15 de mayo de 2013 a horas 9:00 a. m.

Ahora bien, sin embargo, mediante escrito de fecha 17 de abril de 2013, el abogado de la parte demandante solicita la corrección de la Resolución N° 15, en razón de que por error involuntario en el escrito de fecha 13 de marzo se consignó erróneamente como su patrocinada a la demandada, cuando lo correcto debió ser por la demandante. Asimismo, solicitó el uso de la palabra para el abogado para efectos de que pueda realizar el informe oral en la respectiva vista de la causa.

En atención a ello, mediante Resolución N° 16 de fecha 24 de abril del 2013, la Sala Civil, resolvió: Declarar nula la Resolución N° 15, tener por apersonada a esa parte procesal, y se señaló fecha para la vista de la causa para el 19 de junio de 2013 a horas 9:00 a.m.

En la fecha y hora señalada se llevó a cabo la vista de la causa, sin la realización del informe oral de los abogados de las partes, quedando los autos expeditos para ser resueltos.

3.4.4 De la sentencia de segunda instancia

La Sala Civil, tras el trámite de ley y habiéndose llevado a cabo la vista de la causa, mediante Resolución N° 18 de fecha 25 de junio del 2013, resolvió: REVOCAR la sentencia contenida en la resolución número doce, que declara: fundada la demanda interpuesta por doña Rosa Isabel Giraldo, Vda. de Villanueva contra doña Guillermina Quijano sobre mejor derecho a la posesión; y REFORMÁNDOLA se declara infundada la demanda en todos sus extremos, sin costas ni costos.

Siendo las principales consideraciones, las siguientes:

- Que, de lo actuado en el proceso, no se puede determinar con certeza la afirmación de la demandante en el sentido de que ella ostenta la posesión mediata del inmueble materia de la litis y que la demandada es una simple servidora de la posesión o poseedora inmediata como lo ha establecido la juez inferior en grado en la sentencia apelada, dado que no existe medio probatorio alguno que acredite dicha afirmación, y si bien la demandante ha acreditado que estaba en posesión del inmueble en el año dos mil uno según la constancia de posesión, ella misma señala que en el año dos mil dos cedió la posesión del inmueble materia de la litis a la demandada, y si bien con las instrumentales, la actora acredita que ha venido pagando el impuesto predial desde el año dos mil cuatro hasta el año dos mil diez, y que los recibos de agua se hallan a su nombre, ese solo hecho de por sí no acredita la condición de poseedora mediata, si de por medio no existe un título por el cual se otorgó la posesión inmediata a la demandada.

- De otro lado, de las testimoniales de Lucila Emilia Giraldo viuda de Caballero, Estefa Cerna Prudencio y Abel Eduardo Meléndez Cerna, se puede desprender que los testigos afirman que la demandante cedió la posesión temporal a la demandada en el año dos mil y la actora en su demanda señala que dicha cesión temporal ocurrió en el año dos mil dos, lo que resulta contradictorio, y los tres testigos no están en posibilidad de descartar que la actora haya transferido el inmueble a la demandada, de modo que dichos testimonios no pueden causar certeza respecto a la existencia de una cesión temporal y con la obligación de devolución del inmueble, pues para ello tendrían que haber estado presentes en el momento en que la demandante y la demandada acordaron la cesión temporal y la posterior devolución del bien, lo que no está determinado, pues ni la propia demandante ha señalado la fecha exacta en que se produjo dicho acuerdo y la entrega del inmueble.
- En cuanto al acta de conciliación, de su contenido literal no se aprecia que la demandada haya reconocido que la demandante es la propietaria del inmueble materia de la litis, pues no se aprecia que las partes hayan llegado a algún acuerdo conciliatorio, no existe en dicha acta conciliatoria un reconocimiento expreso de la demandada en que reconoce que la demandante sea la propietaria o poseedora mediata del bien materia de la litis. En todo caso, si la demandante considera que ya hubo un reconocimiento de su mejor derecho de posesión respecto del inmueble materia de la litis en mérito a dicha acta conciliatoria, ya no correspondería ejercitar la presente acción, sino que debería solicitar la ejecución del acta conciliatoria.

- En el orden de ideas expuestos anteriormente, en la medida que no se ha podido probar de modo indubitable las afirmaciones de la demandante, la demanda resulta infundada con arreglo a lo previsto en el artículo 200 del Código Procesal Civil, debiendo revocarse la apelada, y en la medida que la demandante tuvo razones para litigar, debe exonerársele del pago de costas y costos.

3.5 Del recurso de casación

La sentencia que se emitió en segunda instancia, al ser una que resolvió revocar la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2010, que declara fundada la demanda, y reformándola declaró infundada la demanda, fue impugnada por la demandante. Así, dentro del plazo de ley, mediante escrito de fecha 06 de agosto del 2013, la demandante interpuso recurso de casación contra la Resolución de Vista N° 18 de fecha 25 de junio de 2013, ante la Sala Civil de Huaura, sustentado en la causal de infracción normativa por inaplicación del artículo 461 y el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil; solicitando la revocatoria de la impugnada y reformándola se declare fundada la demanda, en atención a los siguientes fundamentos impugnatorios:

- En cuanto a la infracción del artículo 461 del Código Procesal Civil, señala la impugnante que este ha sido inaplicado, ya que la sala civil con un razonamiento sesgado ha desconocido la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, la misma que ha operado al haber sido declarada rebelde la demandada mediante Resolución N° 05.
- Asimismo, de manera errónea se ha concluido que no existe medio probatorio sobre la posesión de la demandante, ya que no existiría título por el cual se

otorgó la posesión inmediata a la demanda, lo cual resulta erróneo, pues sí existe medio probatorio en ese sentido, sí existe título, el cual no necesariamente debe constar en documento, por cuanto este (el título) únicamente constituye la causa u origen del derecho, el cual en este proceso ha sido demostrado con las declaraciones de los testigos.

- Así también, la Sala Civil, de manera errónea se permite hacer valoraciones de las testimoniales, negándoles veracidad, sin tener en cuenta que si bien existe una diferencia entre las fechas señaladas, las declaraciones tienen como finalidad acreditar la entrega de la posesión y la obligación de devolver la posesión al requerimiento de la actora, lo cual demostraría el mejor derecho de posesión; más aún si no ha sido fijado como punto controvertido, determinar la fecha exacta en la cual se efectuó la entrega de la posesión con la obligación de devolver, sino únicamente si efectivamente se entregó la posesión temporalmente con la obligación de devolver al solo requerimiento de su otorgante; lo que constituiría una infracción al artículo 197 del Código Procesal Civil.
- De ello tenemos que tanto el acta de conciliación, la declaración de los testigos, los recibos de pago de servicios y el impuesto predial, refuerzan la presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda, que ha operado al haber sido declarada rebelde la demandada, y sobre el cual, la sala civil no ha emitido pronunciamiento alguno sobre los efectos de la rebeldía.
- En consecuencia, resulta evidente que desconociéndose indebidamente la presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda (artículo 461 del CPC), desconociéndose el carácter probatorio de las testimoniales, se

ha infringido disposiciones legales de imperativo cumplimiento, cuanto más si a partir de dicho desconocimiento es que se ha construido indebidamente las razones para declarar infundada la demanda, es por ello que la infracción normativa tiene incidencia directa sobre la decisión.

3.5.1 De la remisión de los autos a la Corte Suprema

En atención al escrito de recurso de casación interpuesto por la demandante, la Sala Civil de Huaura, mediante Resolución N° 19 de fecha 14 de agosto de 2013, dispuso la remisión de los autos a la Corte Suprema de Justicia de la República.

3.5.2 Calificación del recurso de casación

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en atención al recurso de casación interpuesto por la demandante, mediante Auto Calificatorio de la Casación N° 3668-2013 de fecha 28 de octubre de 2013, procedió a la calificación de los requisitos de admisibilidad y procedencia del medio impugnatorio, y declaró improcedente, de manera liminar, el recurso de casación interpuesto por la demandante.

En atención a las siguientes consideraciones:

- Que, el recurso de casación, en primer lugar, no cumple con el numeral 2) del artículo 388 del Código Procesal Civil, esto es, no describe con claridad y precisión en qué consistiría la referida infracción normativa.
- Que, el recurso de casación, en segundo lugar, no cumple con el numeral 2) del artículo 388 del Código Procesal Civil, esto es, esta causal exige que la

infracción normativa incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, pues se advierte que el recurso solo tiene una mera mención de artículos del ordenamiento jurídico sin demostrar ni sustentar de forma puntual, precisa, concreta y sin vaguedad, en qué consistiría la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, y por el contrario solo se dirigen a cuestionar la actuación y/o valoración de los medios probatorios, lo cual implicaría una revaloración de dichos medios probatorios, lo que resulta impropio a los fines de la casación.

- Que es de precisar que respecto a las denuncias del acápite a) y b), se verifica que la instancia de mérito ha aplicado de forma correcta las normas (artículo 896 y 897 del Código Civil), y no se ha equivocado en su significado, al determinar con nitidez y exactitud que la recurrente no acreditó su dicho sobre la posesión mediata del inmueble sub litis, toda vez que no presentó medio probatorio alguno que pruebe su afirmación.

3.6 Del análisis propiamente dicho

3.6.1 Sobre la demanda

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

Del análisis formal y sustancial de la demanda, se advierte que si bien se ha cumplido con la forma (artículo 130 CPC), se observa algunas deficiencias y errores en cuanto al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad (artículos 424 del CPC), referidos principalmente a la exposición del petitorio, los fundamentos fácticos y jurídicos, el ofrecimiento de los medios probatorios, y la vía procedimental, conforme pasará a desarrollar:

- En cuanto al petitorio, se advierte que ha sido deficientemente estructurado, esto es, no se ha separado debidamente la pretensión principal y la pretensión accesoria. Sumado a ello, no existe una plena identificación de la demandada, ni su dirección domiciliaria, y tampoco una precisión del área del inmueble (292 m²) que difiere de lo señalado en los fundamentos fácticos (292.89 m²).
- En cuanto a la fundamentación fáctica, se advierte deficiencias en la construcción de los hechos constitutivos esenciales y secundarios, ya que de la narración fáctica no se advierte la relación hecho-prueba, indispensable para conectar el tema *probandum* y el tema *decidendum*.
- En cuanto a la fundamentación jurídica, se advierte por un lado, que solo se ha enumerado y transcrito literalmente los dispositivos normativos en los que sustentan la demanda, y no se ha tenido en cuenta que la sola exposición de las normas que sustentan la pretensión no es suficiente pues la fundamentación jurídica debe contener una explicación sucinta, razonada de su aplicación al caso submateria para efectos de establecerse de qué manera las situaciones fácticas expuestas, encuentran correlato en los presupuestos contenidos en las normas respectivas. De ello, tenemos que la fundamentación jurídica no es tan solo la remisión o explicación de los dispositivos normativos, sino que implica

fundamentar y sustentar jurídicamente con fuentes jurisprudenciales, principios del derecho y estudios doctrinarios. Por otro lado, se advierte, que de manera poco diligente se han señalado normas (artículo 898 y 899 del Código Civil) que no solo no resultan aplicables al caso en concreto, sino que contradicen los hechos expuestos.

- En cuanto a la vía procedimental, de manera errada, se consigna como vía procedimental la vía sumarísima. Dicho error implicaría incurrir en vicio de inadmisibilidad, ya que la vía correspondiente es la de conocimiento. Ahora bien, es de señalar que con la modificación del Código Procesal Civil acaecía en el año 2014 (Ley N° 30293), dicho error u omisión, no constituye vicio de inadmisibilidad.

Con respecto del ofrecimiento de los medios probatorios se advierte que:

- Los medios probatorios ofrecidos del numeral 1) al 6) no expresan la finalidad que busca acreditar dichos medios probatorios, esto es, no señala qué hechos esenciales o secundarios busca acreditar.
- Así también, en cuanto a los medios probatorios ofrecidos del numeral 2) al 5), son documentos que al parecer se refieren a un inmueble distinto al bien sub litis, lo que bien pudo ser cuestionado mediante las cuestiones probatorias, por tener la calidad de impertinentes.
- Asimismo, de manera ambigua ofrece declaraciones juradas de testigos, no precisando si está ofreciendo solo las declaraciones juradas como prueba documental o si ofrece a los testigos como prueba testimonial.

Finalmente es de señalar que si bien, se expresa que la demandante ostenta la posesión del bien y que la demandada tendría solo la calidad de servidora de la posesión, se advierte que existen deficiencias en la construcción de los hechos constitutivos esenciales y secundarios, ya que de la narración fáctica no se advierte la relación hecho-prueba, que darían más solidez a los argumentos.

3.6.2 De la calificación de la demanda

Que de la calificación liminar de la demanda, tenemos que si bien mediante Resolución N° 01 se observó vicios de inadmisibilidad, como son, por un lado, que la demandante solo ha impreso su huella dactilar en la demanda, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Procesal Civil, deberá certificar su huella ante el secretario judicial; asimismo, por otro lado, se observó que no se precisó si está ofreciendo las declaraciones testimoniales o solo una de carácter documental, por lo que, si fuese el primero, debería adjuntar los pliegos interrogatorios correspondientes y señalar el (los) punto(s) controvertido(s) sobre el cual(es) declararían los mismos.

Del último punto, consideramos que dicha observación era innecesaria, ya que si bien, en nuestro diseño procesal de gran inclinación publicista, el juez es el director del proceso, resulta una intromisión en la actividad de las partes (carga de alegación, producción y prueba), el exigir se precise los medios probatorios ofrecidos, cuando del numeral 6) se advierte que estos fueron ofrecidos como declaraciones juradas y por su naturaleza constituirían solo prueba documental.

Así también, en el presente caso es de observar que mediante Resolución N° 02 de fecha 07 de enero del 2011, si bien se advirtió otra omisión, esto es, que los

datos personales de la demandada son incompletos; consideramos que no hubo una debida diligencia en la calificación, en razón de que esa omisión de los datos personales, pudo ser advertida en la primera calificación de la demanda, y no afectar la tutela procesal efectiva de la demandante y el principio de concentración, por sucesivas observaciones.

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

3.6.3 Sobre el saneamiento del proceso

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

Así, tenemos que, del análisis del estado del proceso, mediante Resolución N° 05, se examinó que no concurren vicios o defectos que obstan un pronunciamiento de fondo, por lo que resulta correcto que el juzgador haya aplicado al presente caso lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 465 del Código Procesal Civil, esto es, declarar saneado el proceso y válida la relación procesal entre las partes, y se haya señalado fecha para la audiencia de conciliación.

Ahora bien, en esta etapa, si bien la demandada se apersonó al proceso, solicitando se le notifique de la demanda y anexos, sustentado su pedido en que no había sido notificada debidamente, y pretende la nulidad del acto procesal de la notificación. Es de señalar que, de dicho acto procesal, si bien es realizado en ejercicio válido de sus derechos, este resultó genérico, vago y sin sustento probatorio. Sumado a ello, sin la debida diligencia no se cumplió con anexar el arancel judicial por nulidad de actos procesales.

En atención a ello, consideramos correcto la decisión del juzgador, quien mediante Resolución N° 06, rechazó de plano el pedido de la demandada, por haber sido válidamente notificada en su domicilio real. Asimismo, es correcta la declaración de inadmisibile de la solicitud de nulidad de actos procesales al no haberse adjuntado el pago por derecho de nulidad.

3.6.4 De la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio

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

Así, en el presente caso, resultó correcta la actuación del juzgador, quien decidió que en atención a la incomparecencia de la demandada y a la naturaleza de la acción, resultaba imposible propiciar fórmula conciliatoria. Pero, es de señalar que de manera errónea se consignó como fecha de la audiencia el día 05 de junio de

2011, cuando de la Resolución N° 11 se señaló como fecha de la audiencia el 05 de setiembre de 2012. Situación que tuvo que ser corregida en la audiencia de pruebas.

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

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

Determinar si a la demandante Rosa Giraldo, Vda. de Villanueva, le asiste un mejor derecho a la posesión de propiedad y la restitución del inmueble en relación a la demandada Quijano Guillermina, respecto al inmueble ubicado en el Juan Velasco N° 580, El Porvenir, Pativilca, provincia de Barranca, departamento de Lima, de una extensión de 292 m².

Sin embargo, por un lado, consideramos que hubo una mala redacción, en el sentido que se consignó *mejor derecho a la posesión “de propiedad”*, siendo lo correcto solo *mejor derecho a la posesión*. Situación que igualmente fue corregida en la audiencia de pruebas. Por otro lado, consideramos que no se precisó el nombre

correcto de la dirección del inmueble, ya que se consignó solo como “Juan Velasco N° 580”, cuando lo correcto es “Juan Velasco Alvarado N° 580”.

Seguidamente, la última etapa de la audiencia llevada a cabo, fue el saneamiento probatorio, el cual consiste en examinar si los medios probatorios tienen eficacia para probar la materia controvertida, por lo cual también el juez dispondrá qué medios probatorios se van a actuar, declarando en algunos casos su calidad de impertinentes. Así, del análisis del caso, si bien, por un lado, consideramos correcta la admisión de los medios probatorios de la demandante (numerales 1 al 5), no resulta correcto que se haya admitido declaraciones juradas (numeral 6) como testimoniales. Por otro lado, sí resulta correcto que en cuanto a la demandada, en razón de su calidad de rebelde, no se admitiera medio probatorio alguno para efectos de su actuación.

3.6.5 Audiencia de pruebas

En cuanto a esta etapa procesal, fue realizada de manera correcta, respetando las garantías procesales fundamentales, y sobre todo se procedió a efectuar las correcciones pertinentes de los errores advertidos, mediante la expedición de la Resolución N° 8 y la Resolución N° 9, a fin de evitar nulidades posteriores.

– De los alegatos

Que, conforme a nuestro diseño procesal, y en atención al tipo de proceso (conocimiento), tenemos que, concluida la audiencia, los autos se encuentran expeditos para sentenciarse, y los abogados pueden presentar sus alegatos escritos, dentro del plazo que no excederá de 5 días de concluida la audiencia (artículo 212

del CPC). En cuanto a los alegatos de la parte demandada, se advierte que fueron presentados dentro del plazo de ley. En cuanto a los alegatos de la parte demandante, se advierte que fueron presentados fuera del plazo de ley.

De ello, es de advertir que el juzgador, de manera errónea y sin observar lo prescrito por el artículo 212 del CPC, mediante Resolución N° 10 dispuso tener por presentados los alegatos de la parte demandante para efectos de tenerlos presente en el momento de sentenciar. En ese sentido, consideramos que el juzgador debió rechazar los alegatos por haber sido presentados fuera del plazo de ley.

– **De la prueba de oficio**

En el presente caso, a portas de la emisión de la sentencia, se tiene que el abogado de la demandada, debido a que supuestamente el predio se había regularizado otorgándosele un Certificado de numeración, en la que se actualiza que el predio ubicado en jr. Juan Velasco Alvarado mz. 15, lt. 06, distrito de Pativilca, provincia de Barranca, tiene asignado la siguiente numeración jr. Juan Velasco Alvarado N° 580, distrito de Pativilca, provincia de Barranca; solicitó se tenga presente dicha certificación al momento de sentenciar. En atención a ello, mediante Resolución N° 11 de fecha 09 de octubre de 2012, el Juzgado sustentó que el certificado de numeración del bien inmueble materia de litis es relevante para establecer la identificación del mismo, de modo que, a mérito de la facultad conferida por el artículo 194 del Código Procesal Civil, correspondía incorporarlos como medio probatorio de oficio.

Sin embargo, consideramos que la facultad del Juzgador de hacer uso de la prueba de oficio, resulta en mérito a que los medios probatorios sean insuficientes

para formar su convicción, mas no para subsanar errores de las partes y/o reemplazarlas en su carga probatoria, esto es, subsanar la poca diligencia de la demandante para la correcta identificación del bien sub litis, que debió ser fijada en la etapa postulatoria; por lo que consideramos erróneo el uso de esa potestad por parte del Juzgador.

– **De la sentencia de primera instancia**

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

Asimismo, por otro lado, tenemos que según el artículo 119 del CPC señala que “en las resoluciones y actuaciones judiciales no se emplean abreviaturas. Las fechas y las cantidades se escriben con letras”. Sin embargo, en la presente sentencia, si bien no se emplearon abreviaturas en su redacción, tenemos que las fechas sí han sido escritas en números; por tanto, la redacción de la sentencia en este punto, no cumplió cabalmente con lo que establece el citado artículo 119 del CPC.

Finalmente, en general consideramos erróneos los criterios y la valoración de la prueba asumidos por el juzgador en el presente caso, por las siguientes consideraciones:

- De lo desarrollado en la sentencia se puede advertir que, para el juzgador, se presentan las figuras de posesión mediata/inmediata y el servidor de la posesión, considerándose que la demandada tendría la calidad de servidor de la posesión y estaría como poseedora inmediata, y por otro lado la demandante tiene la condición de poseedora mediata.

Sin embargo, consideramos que dicho criterio es erróneo por cuanto las instituciones de posesión mediata/inmediata no deben ser confundidas con la figura del servidor de la posesión. Dicha observación, también es advertida por la doctrina nacional autorizada, así tenemos que si bien, el servidor de la posesión y el poseedor inmediato coinciden en que ambas detentan físicamente el bien, pero se diferencian en las diversas funciones atribuidas a cada uno. En la posesión inmediata, hay cierta autonomía para gozar y disfrutar del bien, eso sí, distinta en cada supuesto, de acuerdo al título posesorio. En cambio, el servidor de la posesión es un detentador sin interés propio, bajo instrucciones y en dependencia social o jurídica del principal.

De ello tenemos que, en la posesión inmediata, hay autonomía para gozar y disfrutar del bien, en razón de un título posesorio. Pero, el servidor de la posesión es un detentador sin interés propio, y está sometido a instrucciones. Por lo que, en el presente caso, no se tendría que haber confundido la supuesta posesión inmediata de la demandada con la de ser servidora de la posesión.

- De lo desarrollado en la sentencia (Considerando 9.3.) se puede advertir también que para el juzgador la demandada tendría la calidad de servidor de la posesión y estaría como poseedora inmediata, y por otro lado la demandante tiene la condición de poseedora mediata; sustentando dicha conclusión en que “resulta cierto que la demandada ingresó al inmueble con la condición de entregarla a solo requerimiento de la demandante, hecho que la convierte en poseedora inmediata, dado que reconocía a una titular superior de la posesión que venía a ser poseedora mediata (demandante); en consecuencia, debemos concluir que la demandante tiene mejor derecho a la posesión por ser poseedora mediata”.

Sin embargo, consideramos que, para sustentar dicha conclusión, se tuvo que evaluar que para que la demandada ostentara la calidad de poseedora inmediata, y la demandante ostentara la condición de poseedora mediata, tendría que existir una relación jurídica en merito a un título posesorio; de lo contrario, al no existir un título posesorio, la demandada ostentaría la posesión de manera originaria, exclusiva y en concepto de propietario. Por lo que resulta erróneo dicho criterio, cuanto más si en autos no existió título posesorio alguno que sirva de base para las calificaciones de la calidades mediatas e inmediatas de la posesión; sumado a ello, no consideramos que la presunción de verdad en aplicación de la rebeldía, refuerza las calidades de poseedores de las partes, toda vez que en la pretensión de esta naturaleza resulta exigible una prueba directa como es el título posesorio.

- En cuanto a la valoración de las pruebas, consideramos que una correcta valoración probatoria, parte por determinar el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico. Sin embargo, en el presente caso,

el juzgador de manera errónea y sin la debida diligencia, concluye y otorga fuerza y peso probatorio, como pruebas directas, a testimoniales contradictorios, genéricos y a documentos que no prueban las afirmaciones de las partes. Ahora, si bien los medios probatorios ofrecidos tenían un valor probatorio, y al no ser prueba directa de los hechos constitutivos alegados, estos no fueron desarrollados y sustentados por el juzgador como indicios, pero consideramos que, al no existir medios probatorios directos, estos no pudieron haber sido desarrollados como sucedáneos probatorios, esto es, como indicios.

3.6.6 Del recurso de apelación

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

En el presente caso, siendo que la sentencia declaró fundada la demanda, la demandada en ejercicio legítimo de su derecho a la impugnación, formuló recurso de apelación.

Del análisis formal del recurso de apelación, se advierte que la parte demandada, formuló su recurso impugnatorio dentro del plazo de ley, precisando seis fundamentos impugnatorios; sin embargo, de la fundamentación y los puntos desarrollados, consideramos que ha sido errónea, ya que la norma procesal señala

que se debe indicar el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, esto implicaría que se distinga en el escrito cuales serían los errores de hecho y cuáles son los errores de derecho.

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

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

- Que el pago de los tributos y servicios básicos no otorgan de por sí el título de poseedor.
- Que en autos no se ha demostrado la supuesta entrega del bien, ni tampoco si se habría convenido que a solo requerimiento era suficiente para la entrega del bien.
- Que la supuesta acta de audiencia de conciliación, nunca se arribó a un acuerdo conciliatorio, no consta un reconocimiento expreso de la propietaria ni la declaración expresa de compromiso a entrega el bien.
- Que no ha existido una correcta valoración de los testigos ofrecidos, pues estos no son colindantes, no comparten las mismas respuestas, no les consta cómo se realizó la supuesta transferencia en favor de la demandada, y no les consta la obligación de devolverla.

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

– **De la sentencia de segunda instancia**

Con respecto a la redacción formal de la sentencia, por un lado, tenemos que esta cumple mayormente con los requisitos que establece el artículo 122 del CPC, ya que se advierte lo siguiente: En la sentencia se indica el lugar y fecha en que se expiden, se indica el número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden y en la sentencia se señala que pertenece a la resolución número veinticinco, por tanto, sigue con la secuencia cronológica del expediente. En la sentencia se expresa clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. También se expresa con respecto a la condena en costas y costos; asimismo, al final de la sentencia se aprecia la suscripción de los jueces y del auxiliar jurisdiccional respectivo. Asimismo, por otro lado, de la redacción de la sentencia se advierte que no cumplió cabalmente con lo que establece el citado artículo 119 del CPC.

Finalmente, en cuanto al análisis de fondo, en general consideramos correctos los criterios asumidos por la Sala Civil, y por tanto estamos de acuerdo con la decisión, por las siguientes consideraciones:

- Que, en efecto, de lo actuado en el proceso, no se puede determinar con certeza la afirmación de la demandante de que ella ostenta la posesión mediata del inmueble y que la demandada es una simple servidora de la posesión o poseedora inmediata. Ello en razón de que no existe medio probatorio alguno

que acredite dicha afirmación, siendo los medios probatorios documentales ofrecidos por sí no acreditan la condición de poseedora mediata, ya que no existe un título posesorio por el cual se otorgó la posesión inmediata a la demandada.

- En cuanto a la valoración de las testimoniales y demás medios probatorios, si bien en estricto, en el presente caso, no correspondería a esta instancia su valoración, tenemos que sí es admisible que la segunda instancia realice un control de reglas de valoración probatoria realizadas por la primera instancia.

Así, por un lado, de las testimoniales se puede advertir que sus declaraciones resultaban contradictorias; sumado a ello, no estaban en posibilidad de descartar que la actora haya transferido el inmueble a la demandada, de modo que dichos testimonios no pueden causar certeza respecto a la existencia de una cesión temporal y con la obligación de devolución del inmueble.

Por otro lado, en cuanto al acta de conciliación, tenemos que de su contenido literal no se aprecia que la demandada haya reconocido que la demandante es la propietaria del inmueble materia de la litis, pues no se aprecia que las partes hayan llegado a algún acuerdo conciliatorio, no existe en dicha acta conciliatoria un reconocimiento expreso de la demandada en que reconoce que la demandante sea la propietaria o poseedora mediata del bien materia de la litis.

Ahora, si bien consideramos en términos generales correcta la decisión, es de advertir algunas omisiones:

- Se debió de desarrollar, a razón del presente caso, las diferencias existentes entre la posesión mediata/inmediata y el servidor de la posesión, para su no confusión, ya que en la primera instancia se consideró que la demandada tendría

- la calidad de servidora de la posesión y estaría a la vez como poseedora inmediata. Por lo que, en el presente caso, no se tendría que haber confundido la supuesta posesión inmediata de la demandada con la de ser servidora de la posesión, y ello debió ser observado por la instancia superior.
- Se debió de desarrollar y exponer las razones de que no haber tomado en cuenta la presunción de verdad en aplicación de la rebeldía, que presuntamente reforzaba las calidades de poseedores (mediatos/inmediatos) de las partes.

3.6.7 Del recurso de casación

En conformidad con nuestro ordenamiento procesal, el recurso de casación es un medio impugnatorio que se interpone para la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia.

Del análisis del escrito de casación, tenemos que este se sustenta en la causal de infracción normativa (inaplicación del artículo 461 y el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil) y cumple con casi todos los requisitos de admisibilidad y procedencia prescritos en los artículos 387 y 388 del CPC. Así, tenemos que, en el escrito de casación, de conformidad con el artículo 388 del CPC, si bien se indica que el pedido casatorio es revocatorio, se advierte que no se cumplió principalmente con la descripción clara y precisa de la infracción normativa, así como la demostración de la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada.

Finalmente, a pesar de que no se cumplió con la descripción clara y precisa de la infracción normativa, así como con la demostración de la incidencia directa

de la infracción sobre la decisión impugnada, consideramos correcto un extremo de los argumentos del escrito de casación, que bien pudo ser materia de discusión, en aspectos referidos a:

- Que el artículo 461 del Código Procesal Civil, ha sido inaplicado, ya que la Sala Civil, con un razonamiento sesgado, ha desconocido la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, la misma que ha operado al haber sido declarada rebelde la demandada.
- Que la Sala Civil, de manera errónea, se permite hacer valoraciones de las testimoniales actuadas a nivel de primera instancia.

– **De la sentencia casatoria**

Conforme se advierte del auto calificadorio de la Casación N° 3668-2013, de fecha 28 de octubre de 2013, luego de revisar los requisitos de admisibilidad e improcedencia, se declaró improcedente, de manera liminar, el recurso de casación interpuesto por la demandante, en razón del incumplimiento de lo dispuesto por los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil.

Si bien consideramos que dicha decisión ha sido correcta, así como sus fundamentos, sin embargo, se advierten algunos errores en la remisión de los enunciados normativos, en atención a lo siguiente:

- Conforme se encuentra en la calificación de la Corte Suprema, se advierte que efectivamente la infracción normativa no ha sido debidamente desarrollada, y sobre todo no se ha precisado la incidencia directa sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, pues el recurso solo tiene una mera mención de artículos del ordenamiento jurídico, y por el contrario solo se habría dirigido a

cuestionar la actuación y/o valoración de los medios probatorios, mas no la infracción a las reglas de valoración probatoria.

- Del auto de calificación (Considerando quinto), se advierten algunos errores en la remisión de los enunciados normativos, ya que se consigna un Literal b), en el que se expresa la supuesta infracción normativa de los artículos 358, 641, 690-A, y 520 del Código Procesal Civil y el artículo 2107 del Código Civil. Sin embargo, de la revisión del recurso de casación, dichos dispositivos normativos nunca fueron materia de cuestionamiento ni observación por parte de los impugnantes.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

Del análisis del expediente judicial, cuya sustentación oral servirá para obtener el título profesional de abogado, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Un proceso sobre mejor derecho a la posesión no es otra cosa que un proceso que implica una oponibilidad de derechos para determinar cuál es mejor y, por ende, a cuál de las partes le corresponde mantener el bien a su favor. Así, por su naturaleza de acción posesoria, requiere y amerita un examen de títulos para determinar el derecho o mejor derecho a la posesión.
2. En el presente caso, se ha advertido un desconocimiento y confusión de las instituciones jurídicas en discusión, toda vez que en primera instancia se sustentó erróneamente que la posesión inmediata de la demandada era a la vez por ser la servidora de la posesión. Cuando tenemos que, en la posesión inmediata, hay autonomía para gozar y disfrutar del bien, en razón de un título posesorio. Pero, el servidor de la posesión, es un detentador sin interés propio, y está sometido a instrucciones, y carece de título posesorio.
3. En el presente proceso judicial se han advertido deficiencias en las destrezas de los abogados patrocinantes, como la de la incorrecta construcción de los hechos constitutivos esenciales y secundarios, ya que de la narración fáctica no se advierte la relación hecho-prueba, indispensable para conectar el tema *probandum* y el *thema decidendum*. Sumado a ello, se han advertido deficiencias al momento de ofrecimiento de pruebas, lo que conlleva a concluir que a la actualidad existe gran desconocimiento e inadecuada formación de los abogados litigantes en temas de teoría de la prueba.

4. En el presente proceso, se han advertido deficiencias en la actuación del juez de primera instancia en la observancia de las reglas de uso y aplicación de sus poderes probatorios (prueba de oficio).
5. Si bien el material probatorio es propio del análisis de las instancias inferiores en aplicación del principio de inmediación, sin embargo, resulta acertado que en segunda instancia se haya realizado un control de la valoración probatoria. Ello en razón de que este examen puede ser realizado, cuando se infringen las reglas de la lógica en el examen respectivo o hay omisión a valorar las pruebas, para efectos de que se evite una motivación aparente que puede originarse con la arbitraria evaluación de la prueba por la instancia inferior y, además, a fin de garantizar el derecho subjetivo de las partes a intervenir en la actividad probatoria para demostrar sus afirmaciones.
6. Si bien no consideramos que la presunción de verdad en aplicación de la rebeldía, refuerza las calidades de poseedores de las partes, toda vez que en la pretensión de esta naturaleza resulta exigible una prueba directa, como la del título posesorio, consideramos que la inaplicación de los efectos de la rebeldía y su no producción de convicción en la discusión del presente caso debió ser sustentado mediante resolución motivada.
7. Consideramos correcto el desenlace final en la decisión del presente caso, esto es, declararse infundada la demanda; ello en razón de que efectivamente no se pudo determinar con certeza la afirmación de la demandante de que ella ostenta la posesión mediata del inmueble y que la demandada es una simple servidora de la posesión o poseedora inmediata, pues no existían medios probatorios que acrediten dicha afirmación, siendo que los medios probatorios documentales

ofrecidos por sí no acreditan la condición de poseedora mediata, ya que no existe un título posesorio por el cual se otorgó la posesión inmediata a la demandada, y, sumado a ello, no existe una adecuada valoración de los medios probatorios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2017). *Derechos reales*. Fondo Editorial PUCP.
- Borda, G. (1996). *Manual de derecho civil. Parte general*. Perrot.
- Cabanellas, G. (1962). *Diccionario de Derecho usual*. Santillana.
- Castillo, Q. y Sánchez, E. (2014). *Manual de derecho procesal civil*. Juristas Editores.
- Corte Suprema Cas. 2566-2015 Ucayali.
- Corte Suprema Cas. N° 655-2005- Lima.
- Corte Suprema Cas. N° 874-2006-Lima.
- Corte Suprema Cas. N°1211-2006.Ica.
- Corte Suprema Exp. N°1322-90-Lima.
- De Vida, M. (2016). *Derechos reales*. Zavalia.
- Díez, L. (2019). *Sistema de derecho civil*. Tecnos.
- Falcón, E. (1978). *Derecho procesal civil, comercial y laboral*. Corporación de Derecho y Ciencias Sociales.
- Gondenzi, C. (2010). *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica.
- Gonzales, G. (2003). *Derechos reales*. Ediciones Legales.
- Gonzales, G. (2005). *Tratado de derecho reales*. Jurista Editores.
- Gonzales, G. (2016). *Proceso de desalojo (y posesión precaria)*. Jurista Editores.
- Josserand, L. (1950). *Derecho civil*. Bosch.
- Mejorada, M. (2012). La posesión en el Código Civil peruano. *Derecho & Sociedad*, (40), 251-256.
- Musto, J. (2000). *Derechos reales*. Astrea.

Puig, J. (1994). *Fundamentos del derecho civil*. Bosh.

Ramírez, E. (2017). *Tratado de derechos reales*. Rhodas.

Vásquez, A. (2011). *Derechos reales*. San Marcos.

Vidal, F. (2010). *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica.

EXPEDIENTE FINAL

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN | v |
| ABSTRACT | vi |
| CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO..... | 1 |
| 1.1 Tipo penal de robo | 1 |
| 1.1.1 Tipicidad subjetiva del delito de robo | 1 |
| 1.1.2 Acción de apoderar | 4 |
| 1.1.3 Ilegitimidad del apoderamiento y la acción de sustracción del bien | 5 |
| 1.1.4 Bien mueble..... | 6 |
| 1.1.5 Bien mueble total o parcialmente ajeno | 7 |
| 1.1.6 Violencia y amenaza como elementos constitutivos del delito de robo | 8 |
| 1.1.7 Bien jurídico protegido..... | 19 |
| 1.1.8 Sujeto activo | 22 |
| 1.1.9 Sujeto pasivo | 23 |
| 1.1.10 Tipicidad subjetiva..... | 23 |
| 1.2 Antijuridicidad | 24 |
| 1.3 Culpabilidad | 25 |
| 1.4 Sobre la tentativa en el <i>iter criminis</i> de delito de robo | 26 |
| 1.5 Consumación | 29 |
| 1.6 Autoría y participación | 34 |
| CAPÍTULO II. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA | 37 |
| CAPÍTULO III. RESUMEN Y ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE..... | 40 |
| 3.1 De la investigación preliminar y formalizada | 40 |
| 3.2 Formalización y continuación de la investigación preparatoria..... | 40 |
| 3.3 De la etapa intermedia | 41 |
| 3.3.1 Formulación de la acusación fiscal | 41 |
| 3.3.2 Grado de participación y tipificación del hecho | 42 |
| 3.3.3 Relación de medios de pruebas ofrecidos | 42 |
| 3.3.4 Del auto de enjuiciamiento..... | 46 |
| 3.3.5 Etapa de juicio oral y sentencia..... | 49 |
| 3.3.6 Del examen del acusado | 50 |

| | |
|--|----|
| 3.3.7 Actuación de los medios de pruebas admitidos al Ministerio Público | 51 |
| 3.3.8 Oralización de documentos de la defensa | 52 |
| 3.4 Etapa de los alegatos finales | 52 |
| 3.5 Fundamentos de la sentencia de primera instancia | 53 |
| 3.6 Condena y reparación civil | 61 |
| 3.7 De los fundamentos del recurso de apelación | 61 |
| 3.8 Fundamentos de la sentencia de segunda instancia | 65 |
| 3.9 Fundamentos del recurso de casación formulado por el Ministerio Público .. | 68 |
| 3.9.1 Fundamentos de la inadmisibilidad del recurso de casación..... | 71 |
| 3.10 Del análisis propiamente dicho | 72 |
| 3.10.1 De la investigación preparatoria | 72 |
| 3.10.2 De la acusación fiscal | 79 |
| 3.10.3 De las pruebas no actuadas..... | 80 |
| 3.10.4 De la constitución en actor civil..... | 80 |
| 3.10.5 De la audiencia de control de acusación..... | 81 |
| 3.10.6 Del auto de enjuiciamiento..... | 82 |
| 3.10.7 Del juicio oral..... | 83 |
| 3.10.8 De la sentencia de primera instancia | 86 |
| 3.10.9 De la apelación..... | 87 |
| 3.10.10 De la sentencia de segunda instancia..... | 88 |
| 3.10.11 Del recurso de casación formulado por el Ministerio Público..... | 88 |
| 3.10.12 De la inadmisibilidad del recurso de casación | 89 |
| CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES | 90 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 92 |

RESUMEN

El expediente judicial en materia penal que motivó el presente informe trata sobre el delito contra el patrimonio-robo (tipo penal base), presunto delito cometido contra el agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas por parte del investigado, imputado, acusado, condenado y, posteriormente, absuelto, ciudadano Tomas Alva Tafur, delito concebido como pluriofensivo, al afectar diversos bienes jurídicos como la propiedad, la vida, el cuerpo y la salud de las personas, tipo penal en el que el autor mediante el empleo de amenaza o violencia sustrae de la víctima su bien patrimonial alejándolo de su esfera de custodia y disponibilidad. En el caso de autos, se reviste dos sentencias contradictorias, siendo criterio de los jueces de primera instancia, a través de la actividad probatoria, se logra acreditar responsabilidad penal del acusado, por ende, emite sentencia condenatoria; empero para el colegiado superior, con los medios probatorios, no logra convicción de dicha responsabilidad, manteniéndose incólume el principio de presunción de inocencia, por lo que revoca la sentencia recurrida y, reformándola, absuelven de la acusación fiscal al compareciente. Los fundamentos se analizan en la secuela respectiva, conforme a los fines del informe, los cuales son sintetizar y analizar el desarrollo del proceso, así como conocer a profundidad cada una de las etapas, observando la existencia o no de falencias, vacíos, contradicciones y criterios de los magistrados y teniendo en cuenta la normatividad, doctrina y jurisprudencia respectiva.

Palabras clave: Delitos patrimoniales, robo, presunción de inocencia, imputación necesaria, medios probatorios.

ABSTRACT

The judicial file in criminal matters that motivated this report refers to the crime against Patrimony - Theft (Base Penalty Type), an alleged crime committed against the victim Elmer Lucio Evangelista Rojas by the citizen investigated, accused, accused, convicted and later acquitted Tomas Alva. Tafur; A crime that is conceived as multi-offensive, by affecting various legal assets such as property, life, body and health of people, a crime in which the perpetrator, through the use of threats or violence, steals the patrimonial asset of the victim. its sphere of custody and availability. In the present case, there are two contradictory judgments, being the judgment of the judges of first instance, through the evidentiary activity, the criminal responsibility of the accused can be accredited, for which a conviction is issued; However, for the Superior Collegiate, with the evidentiary means, it does not achieve the conviction of said responsibility, keeping intact the principle of presumption of innocence, for which it revokes the appealed sentence and amending it acquits the appearing party of the accusation. Fundamentals, which will be analyzed in the respective sequel, according to the purposes of the report, which is to synthesize and analyze the development of the process and as well as to know in depth each of the stages, observing the existence or not of deficiencies. , gaps, contradictions and criteria of the judges and taking into account the respective regulations, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Patrimonial Crimes, Theft, Presumption of Innocence, Necessary Imputation, Evidence.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Tipo penal de robo

El antecedente del tipo básico de robo del artículo 288 del Código Penal vigente lo constituye el artículo 237 del Código Penal de 1924, que define al hurto concordado con el primer párrafo del artículo 239. El texto original ha sido objeto de modificación, en lo que se refiere al *quantum* de la pena, por la Ley N.º 27472, publicada el 5 de junio de 2001, quedando el texto del tipo penal redactado del modo como sigue:

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

1.1.1 Tipicidad subjetiva del delito de robo

En la ejecutoria de carácter vinculante de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 3932 -2004 Nacional), se ha establecido:

El delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con *animus lucrandi*, es decir de aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (*vis absoluta* o *vis corporalis* y *vis compulsiva*), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e

inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado.

De este modo, la conducta del robo simple se configura cuando el sujeto activo con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física (Cuestión parecida se regula en el sistema penal de Alemania, pues el artículo 249 del CP alemán sanciona como autor de robo a “quien con violencia contra una persona o bajo empleo de amenaza con actual peligro para la integridad física y la vida, se apodere de una cosa ajena mueble en la intención de apropiársela antijurídicamente para sí o para un tercero). Pedagógicamente, la Corte Suprema, por ejecutoria suprema del 8 de julio de 1999, ha sostenido:

Que el delito de robo se configura cuando existe apoderamiento ilegítimo por parte del agente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse *operandi* del mismo, el empleo de la violencia contra la persona bajo amenaza de un peligro inminente para su vida o su integridad física, para lograr el desapoderamiento del bien mueble a efectos de que el agente logre tener disposición sobre el bien, sin importar el fin o uso que le dé al mismo, ni el tiempo que transcurra en su órbita de control. (Corte Suprema Exp. N°2221-99 Lima)

También en la misma línea, Rojas (2000) explica la doctrina:

El robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas,

para de tal modo anular su voluntad de defensa y obtener la sustracción/apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio, lo que lo diferencia sustantivamente del hurto y de los demás delitos patrimoniales, (p. 359)

Por su parte, haciendo dogmática del numeral 239 del Código Penal derogado, exponía que el robo en sentido estricto es el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con el propósito de aprovecharse de ella, substrayéndola del lugar donde se encuentra mediante el empleo de violencia o amenaza contra la persona, o de cualquier otro medio que la incapacite para resistir y sin la concurrencia de armas o instrucciones que pudieron servir como tales. (Roy, 1983)

El Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116, en su fundamento 10, ha establecido como doctrina legal que

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

De los conceptos esgrimidos, especialmente los del propio texto del tipo penal, se concluye que en la figura del robo concurre la mayoría de los elementos

objetivos del delito de hurto simple ya analizado, y para efectos del presente estudio los analizamos resumidamente a continuación.

1.1.2 Acción de apoderar

Este elemento típico se constituye cuando el agente se apodera, apropia o adueña de un bien mueble que no le pertenece, al que ha sustraído de la esfera de custodia del que lo tenía antes. En otros términos, se entiende por apoderarse a toda acción del sujeto que pone bajo su dominio y disposición inmediata un bien mueble que antes de ello se encontraba en la esfera de custodia de otra persona. (Salinas, 2008)

En suma, por apoderar se entiende la situación de disponibilidad en la que se encuentra el agente en relación con el bien mueble sustraído, vale decir, se trata de un estado de hecho resultante, de las acciones de sustracción practicadas por el propio agente del delito, por las cuales este adquiere ilegítimamente facultades fácticas de señorío sobre el bien mueble, pudiendo disponerlo. No obstante, para llegar al estado de apoderamiento se requiere que el agente rompa la esfera de custodia que tiene la víctima sobre el bien; acto seguido debe haber un desplazamiento del bien a la esfera de custodia del agente para que finalmente este funde su dominio sobre el bien y pueda o tenga la posibilidad real o potencial de disponer como si fuera su dueño.

Se discute en la doctrina si el apoderamiento debe o no durar determinado tiempo. El problema de delimitación se presenta cuando el agente después de haber sustraído el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima inmediatamente es perseguido por la Policía que interviene al observar la sustracción. Sin embargo, en

la doctrina y en la jurisprudencia, se ha impuesto la posición que sostiene: el tiempo no es relevante, basta que el agente haya tenido la posibilidad de disponer en provecho propio del bien sustraído, para estar ante el estado de apoderar. En tal sentido, en el supuesto de hecho narrado, todavía no habrá apoderamiento.

1.1.3 Ilegitimidad del apoderamiento y la acción de sustracción del bien

Este elemento típico que tiene que ver más con la antijuridicidad que con la tipicidad, se constituye cuando el agente se apropia o adueña del bien mueble sin tener derecho sobre él, esto es, no cuenta con el sustento jurídico ni con el consentimiento de la víctima para generarse un ámbito de dominio y, por tanto, de disposición sobre el bien.

Se entiende por sustracción todo acto que realiza el agente orientado a arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima. Se configura con los actos que realiza el agente destinados a romper la esfera de vigilancia de la víctima que tiene sobre el bien y desplazarlo a su esfera de dominio. (Rojas, 2000, p. 342)

En forma resumida, aseguran Bramon y García (1998), “por sustracción se entiende toda acción que realiza el sujeto tendiente a desplazar el bien del lugar donde se encuentra” (p. 123); en tanto que Rojas (2000) refiere que “por sustracción se entiende el proceso ejecutivo que da inicio al desapoderamiento del bien mueble del ámbito de control del propietario o poseedor” (p. 23).

Objetivamente, debe hacer actos de desplazamientos por parte del agente del bien objeto del robo; en caso contrario, el delito no aparece.

1.1.4 Bien mueble

Antes de explicar que entendemos por bien mueble, resulta pertinente señalar que, a diferencia del código derogado, el vigente *Corpus Iuris Penale* habla de “bien” y no de “cosa” al referirse al objeto del delito de robo. Creemos que, con mejor técnica legislativa, el legislador nacional ha hecho uso del término *bien mueble* para caracterizar al delito de robo, para de ese modo darle mayor precisión e indicar al operador jurídico que se trata de un delito netamente patrimonial. (Peña, 2018)

Esta precisión resulta importante y de ningún modo puede alegarse que para efectos de la interpretación de los tipos penales que lesionan el patrimonio tienen el mismo significado “bien” y “cosa”. En efecto, en el *Diccionario de la Lengua Española* de la Academia, encontramos:

Bien: Cosa útil y beneficiosa que atrae nuestra voluntad. Son términos sinónimos “beneficio, riqueza, don, valor, hacienda, caudal, recursos”; y, **cosa:** Todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, natural o artificial, real o imaginaria. Se tiene como sinónimos a los términos de “objeto, ser, ente”. Rojas (2000, p. 23)

De estas definiciones, se puede concluir que “bien” indica cosas con existencia real y con valor patrimonial para las personas. En tanto que cosa es todo lo que tiene existencia corporal o espiritual tenga o no valor patrimonial para las personas. Así, estamos frente a vocablos que indican género y especie. El género es el vocablo “cosa”, y la especie, el término “bien”. Todo bien será una cosa, pero jamás toda cosa será un bien. En consecuencia, al exigirse en los delitos contra el patrimonio necesariamente un perjuicio patrimonial para la víctima y consiguiente

beneficio para el agente, tenemos que concluir que el uso del vocablo bien resulta coherente y pertinente. (Salinas, 2008, pág. 234)

Ahora bien, como hemos dejado ya establecido al analizar el delito de hurto, se entiende por bien mueble todo objeto del mundo exterior con valor económico, que se susceptible de desplazamiento y consecuente apoderamiento. Quedan fuera del concepto de bien mueble para efectos del derecho punitivo todos aquellos bienes muebles sin valor patrimonial.

Entendido el concepto de bien mueble en sentido amplio, comprende no solo los objetos con existencia corporal, sino también los elementos no corpóreos, pero con las características de ser medidos tales como la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otro elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético

1.1.5 Bien mueble total o parcialmente ajeno

Respecto de este elemento normativo no hay mayor discusión en los tratadistas peruanos. Es común afirmar que “bien ajeno” es todo bien mueble que no nos pertenece y que, por el contrario, pertenece a otra persona. En otros términos, resultará ajeno el bien mueble si este no le pertenece al sujeto activo del delito y más bien le corresponde a un tercero identificado o no. Tal concepto trae como consecuencia que los *res nullius* no sean susceptibles de ser objeto del delito de robo; igual sucede con las *res derelictae* (bienes abandonados por sus dueños) y las *res communis omnius* (cosa de todos). En todos estos casos, los bienes no tienen dueño y, por tanto, el acto de apoderarse de ellos no lesiona patrimonio alguno. (Bramon & García, 1998, p. 345)

En cambio, opera una situación de ajenidad parcial cuando el sujeto activo o agente del delito, sustrae un bien mueble que parcialmente le pertenece. Esto es, participa de él en su calidad de copropietario o coheredero con otro u otras personas. Es lógico indicar que para perfeccionarse el delito de robo, resultara necesario que el bien se encuentre dividido en partes proporcionalmente establecidas; en caso contrario, si llega a establecerse que el bien es indiviso, es decir, no hay cuotas que correspondan a tal o cual copropietario y, por tanto, el bien corresponde a todos a la vez, el delito no aparece. (Rojas, 2000)

1.1.6 Violencia y amenaza como elementos constitutivos del delito de robo

Nos interesa analizar los elementos objetivos que le dan particularidad y autonomía al delito de robo respecto del hurto, esto es, “los elementos de violencia o amenaza contra las personas que necesariamente deben aparecer en determinada conducta contra el patrimonio para atribuirle la figura del robo. Caso contrario, solo estaremos ante el delito de hurto”. (Peña, 2018, p. 34)

Antes de exponer cuál es el contenido de los elementos objetivos anotados, es necesario indicar de modo tangencial para los interesados de seguir a los penalistas de la madre patria, que, a diferencia del Código Penal español, el peruano exige de modo expreso que la violencia se efectúe en contra de las personas. De modo alguno constituye robo, el uso de la violencia en contra de las cosas. Para nuestra legislación si se verifica que el agente ha hecho uso de la violencia en contra de las cosas de las personas estaremos ante el delito de hurto agravado.

En cambio, según el artículo 237 del Código Penal español de 1995 serán “reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas

muebles ajenas empleando fuerzas en las cosas para acceder al lugar donde están”. Incluso en los siguientes artículos hasta el 241 aquel cuerpo legal, a diferencia de la legislación peruana donde constituyen modalidades del hurto, establece que las modalidades de escalamiento, rotura de obstáculos, sustracción en casa habitada, etc., constituyen modalidades de robo. Diferencias normativas substanciales que afirman nuestra convicción de no asumir acríticamente los planteamientos que elaboran los importantes penalistas españoles respecto de los delitos contra el patrimonio. (Salinas, 2008)

1.1.6.1 Empleo de violencia contra las personas

Antes de expresar nuestras ideas y argumentos resulta pertinente repasar los conceptos esgrimidos por los tratadistas peruanos más importantes, pues como se verá, todos plantean puntos de vista particulares. No existe mayor coincidencia debido a la misma naturaleza del tema, sobre el cual todos nos sentimos invitados a formular conceptos que sirvan al operador jurídico-penal al momento de resolver un caso concreto.

Según Roy (1983), la violencia consiste en el “empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ha sido ofrecida por la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba, obligándola de esta manera a padecer la sustracción del bien mueble” (p. 34). Por su parte, Peña (2018) precisaba que “existe violencia o *vis absoluta* cuando se aplica una energía física destinada a vencer la resistencia de la víctima. Atar, amordazar, golpear, empujar, apretar o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material” (p. 234).

De otra parte, Bramon y García (1998), fundándose en los penalistas españoles Muñoz Conde y Vives Antón, afirman que

la violencia —*vis absoluta* o *vis corporalis*— consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ofrece la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba. No resulta necesario que la violencia recaiga sobre el sujeto pasivo del delito, ya que puede dirigirse contra un tercero que trate de impedir la sustracción o que pueda oponerse al apoderamiento. De ahí que lo fundamental sea que la violencia se constituya en un medio para lograr el apoderamiento. Si no se halla encaminada a posibilitar o facilitar el apoderamiento, no estaremos ante el delito de robo. (pp. 34-35)

Por su parte, Rojas (2000) enseña que la violencia es el uso manifiesto, explosivo —en menor o mayor grado— de la fuerza o energía física, mecánica, química y/o tecnológica de la que hace gala el sujeto activo para anular, reducir o dificultar la capacidad de respuesta de la víctima a efectos de efectuar la defensa de su patrimonio mueble. Las diversas modalidades prácticas que puede asumir se dirigen así a frustrar o imposibilitar la concreción de la voluntad de defensa de los bienes muebles o a vencer resistencias ante la acción ilícita de sustracción/apoderamiento que ejecuta el agente de delito.

Por nuestra parte, y sin desconocer la autoridad que tienen los conceptos antes glosados, sostenemos que de la propia redacción del tipo penal se desprende que el primer elemento característico del robo lo constituye la violencia. La violencia o fuerza física deviene en un instrumento que utiliza o hace uso el agente para facilitar la sustracción y, por ende, el apoderamiento ilegítimo del bien que

pertenece al sujeto pasivo. Si en un caso concreto que la multifacética realidad presenta, se evidencia que el uso de la violencia no tuvo como finalidad el de facilitar la sustracción, sino por el contrario tuvo otra finalidad específica, no aparecerá el supuesto de hecho del delito de robo.

Solo vale el uso de la violencia en el delito de robo cuando ella esté dirigida a anular la defensa de sus bienes que hacen el sujeto pasivo o un tercero y, de ese modo, facilitar la sustracción-apoderamiento por parte del agente. La Corte Suprema (Exp N° 3265-99-Amazonas) ha manifestado:

Para la configuración del delito de robo es necesario que exista una vinculación tanto objetiva como subjetiva de la violencia con el apoderamiento; ello implica, que su empleo haya sido el medio elegido por el agente para perpetrarlo o consolidarlo.

En tal contexto, se entiende por violencia aquella energía física, mecánica o tecnológica, que ejerce el sujeto activo sobre su víctima con la finalidad de vencer por su poder material, su resistencia natural o en su caso, evitar la materialización de la resistencia que hace la víctima ante la sustracción de sus bienes. Debe verificarse la correspondencia entre la violencia y la acción final de apoderamiento de modo que la violencia está subordinada al apoderamiento. La violencia debe expresarse en una energía desplegada sobre la víctima de manera manifiesta y abierta (violencia propia). No cabe violencia del tipo que algunos tratadistas han denominado violencia impropia como es el uso de narcóticos, hipnosis, alcohol, etc. para lograr la sustracción. Estos supuestos constituyen hurto con la modalidad de destreza. Ya hemos expresado y también volveremos a tratar más adelante, que en el delito de robo al hacerse uso de la violencia o amenaza se pone en peligro

presente o inminente otros bienes jurídicos importantes como es la vida o la integridad física de las personas (delito pluriofensivo), mientras que con el uso de los narcóticos o hipnosis el agente no pone en peligro tales bienes jurídicos, salvo lamentables excepciones.

La violencia puede ser usada por el agente hasta en tres supuestos: para vencer la resistencia; para evitar que el sujeto pasivo resista la sustracción; y para vencer la oposición para fugarse del lugar de la sustracción. Estaremos frente al primer supuesto cuando el agente para sustraer el reloj de su víctima forcejea y de un golpe le hace caer dándose a la fuga; en cambio, estaremos ante la segunda hipótesis cuando el agente por detrás coge de los brazos a su víctima para que otro le sustraiga el reloj. En “tanto que estaremos ante el tercer supuesto, cuando el agente después de haber sustraído el reloj golpea a la víctima para que deje de perseguirlo y de ese modo logro el éxito de su delito”. (Bramon y García, 1998, p. 34)

Los dos primeros supuestos no presentan mayor problema ni discusión en la práctica judicial; en cambio, el último supuesto resulta polémico. Sin embargo, nosotros afirmamos que teniendo en cuenta que existe apoderamiento y, por ende, delito consumado de robo cuando el agente tiene la posibilidad real o potencial de disponer del bien sustraído, cualquier violencia que utilice aquel para conseguir tal objetivo constituirá elemento objetivo del delito.

Siendo así, el uso de la violencia sobre la víctima al momento de la fuga del autor constituye supuesto englobado en la figura del robo. Rojas (2000) denomina a este tipo de violencia “subsiguiente” para diferenciarlo de los tipos de violencia antecedente y concomitante. Sostiene el citado autor que la violencia subsiguiente

a la sustracción es el momento previo inmediato al apoderamiento del bien y a la disponibilidad de mismo por parte del sujeto activo, definiendo cuadros de tipicidad referidos a la fase de alejamiento —o huida del sujeto activo del lugar de los hechos— del bien del ámbito de dominio y control propietario, donde se suceden generalmente persecuciones policiales, también frustraciones o consumación del delito y cuadros de violencia en tal contexto.

En suma, en el Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116, los vocales supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema han establecido como jurisprudencia vincular en la última parte de su fundamento 10, lo siguiente:

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

patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

Un aspecto obvio y no menos importante es que la violencia debe estar dirigida contra las personas. Es imposible la figura del robo si la violencia está simplemente dirigida contra las cosas. Cuestión diferente ocurre en el sistema jurídico penal-español como se ha indicado, donde la violencia sobre las cosas configura el delito en análisis.

La violencia será contra las personas que detentan la posesión del bien objeto del delito; pueden ser el propio propietario, un poseedor o un simple tenedor. En tal sentido, no es necesario que exista identidad entre el titular del bien mueble y el que sufre los actos de violencia. La persona que sufra la violencia física tiene que ser una persona natural, es imposible que ello ocurra contra una persona jurídica. No obstante, la persona jurídica será agraviada cuando se hayan sustraído bienes de su propiedad haciendo uso de la violencia contra sus representantes o personas que poseen sus bienes muebles. (Roy, 1983)

Resulta pedagógico indicar que la intensidad de la violencia no aparece tasada por el legislador. El operador jurídico tendrá que apreciarlo en cada caso concreto y determinar en qué caso ha existido violencia suficiente en la sustracción para configurar el robo. Si la violencia ha sido suficientemente intensa y ha producido lesiones en la víctima estaremos ante un robo agravado.

En caso contrario, la Corte Suprema (Exp. N° 1255-97-Cono Norte), al conocer un hecho calificado por las instancias inferiores como robo agravado, atinadamente ha indicado lo siguiente:

Los hechos delictivos consistentes en arrebatarle la cartera a la agraviada, causándole lesiones de mínima consideración; pero sin uso de armas punzocortantes ni de otro instrumento que se le parezca, no reúnen los elementos constitutivos del delito de robo agravado, configurándose en todo caso una acción delictiva distinta que es la de robo, prevista en el artículo 188 del Código Penal.

De este modo, en el Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116, se ha establecido como jurisprudencia vinculante lo siguiente:

En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1 del segundo párrafo del artículo 189 cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441 (lesiones falta) o 122 (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si estas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencias o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene

expuesto, requiere para su tipificación del ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que esta puede ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189 CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189 CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido. En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso, el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas.

De modo que para configurarse el robo simple, la violencia tiene que traducirse en lesiones tasadas por los médicos legistas hasta 10 días de atención facultativa o descanso, sin que concurran circunstancias que agraven la lesión, pues caso contrario al pasar a lesiones simples o graves el hecho será calificado como robo agravado.

1.1.6.2 La amenaza de un peligro inminente

Repasemos los conceptos expuestos por los tratadistas peruanos respecto de la amenaza como elemento facilitador de la sustracción del bien mueble en el delito de robo. Roy (1983) sostiene que la amenaza no es más que la violencia moral conocida en el derecho romano como *vis compulsiva*, la misma que vendría a ser el anuncio del propósito de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona con el objeto de obligarla a soportar

la sustracción o entrega de inmediato una cosa mueble. El desaparecido Peña (2018) escribió que “la amenaza es toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una persona a fin de quebrar su voluntad permitiendo al reo realizar así, el apoderamiento”. (p. 71)

En tanto que Bramon y García (1998), siguiendo al jurista español Vives Antón, enseñan que:

la amenaza —vis compulsiva— se puede definir como el anuncio de un mal inmediato, de tal entidad que es capaz de vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige y provocar inmediatamente que este entregue el bien o posibilite o no dificulte el acto de apoderamiento. (p. 208)

Por nuestra parte, consideramos que la amenaza como medio facilitador del apoderamiento ilegítimo consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física de la víctima, cuya finalidad es intimidarla para que, de ese modo, no oponga resistencia a la sustracción de los bienes objeto del robo. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. Para determinar si la amenaza ha sido suficiente para intimidar a la víctima, en un caso concreto, será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto.

La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto

social o familiar que la rodea o el lugar donde ocurre la amenaza puede ser decisiva para valorar la intimidación. El juzgador se limitará a determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo dejando que se sustraigan sus bienes muebles, evitaría el daño anunciado y temido.

Por otro lado, la amenaza requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe creer que exista la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se amenaza; el sujeto pasivo debe caer en la creencia de que no poniendo resistencia o, mejor dicho, dando su consentimiento a la sustracción evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico pero lo importante es que la víctima lo crea. (Salinas, 2008)

Un aspecto importante que merece ponerse de relieve lo constituye la circunstancia de que la amenaza debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima o de terceros, quedando descartados otro tipo de males. Así, también Rojas (2000) afirma:

El contenido de la amenaza es el de causarle la muerte o provocarle lesiones que afecten su integridad física o la de terceros estrechamente vinculados con ella e incluso de terceros que acuden en su auxilio, quienes son así utilizados para coaccionar a la víctima. (p. 389)

El peligro para la vida tiene su conversión práctica en la posibilidad de muerte, mientras que el peligro para la integridad física cubre un amplio espectro de lesiones que merecen tratamiento médico, vale decir, aquellas que supongan alteración en el equilibrio somático funcional y mental. Igual como ocurre con la violencia, la amenaza puede materializarse hasta en tres supuestos. Para impedir que la víctima se oponga a la sustracción; que la víctima entregue silenciosamente

el bien mueble y tercero, cuando la amenaza es proferida en momentos que el sujeto activo se da a la fuga hasta el momento objetivo que logra el real apoderamiento del bien mueble.

La amenaza no debe hacerse con algún arma o por la concurrencia de dos o más sujetos, pues ello constituye otra figura delictiva como lo es el robo agravado. El robo simple, por ejemplo, se concretizará cuando el agente amenace con golpear con puño a la víctima o a un familiar cercano o cuando le amenace con lanzarlo a un precipicio, sino le entrega el dinero. En tal contexto, la mayoría de casos que presenta Rojas (2000) como ejemplos “representativos o típicos de robo por medio de amenaza de modo alguno constituyen supuestos de robo simple, pues ellos constituyen supuestos de robo agravado que analizaremos más adelante”. (p. 390)

1.1.7 Bien jurídico protegido

En doctrina existe la discusión respecto de cuál o cuáles son los bienes jurídicos fundamentales que se pretende proteger con la tipificación del delito de robo. Por un lado, se afirma que junto al patrimonio se protege la vida, la integridad física y la libertad personal. Incluso nuestro más alto Tribunal de Justicia ha recogido esta posición.

Como muestra, se encuentran tres ejecutorias de la Corte Suprema (Exp. N.º 6014-97-Arequipa). En una de ellas se expresó claramente que “el bien jurídico en el delito de robo es de naturaleza pluriofensivo, toda vez que no solo se protege el patrimonio, sino además la integridad y libertad personal”. Un año después, por ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 1999, extendiendo más su posición, expresó que “en el delito de robo, se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza

como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo. Ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo”. También la Corte Suprema (Exp. N.º 821-99-La Libertad), sostiene que “el bien jurídico en el delito de robo es de naturaleza pluriofensiva, toda vez que no solo se protege el patrimonio sino además la integridad y libertad personal”.

Por otro lado, está la posición de Rojas (2000), que sostiene:

La propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante; junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima o a sus allegados funcional-personales. A nivel de peligro mediato y/o potencial —sigue afirmando el citado autor— entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil. (p. 346)

Nosotros sostenemos que el único bien jurídico que se pretende tutelar con la figura del robo simple es el patrimonio representado por los derechos reales de posesión y propiedad. En efecto, por la ubicación del robo dentro del Código Penal, etiquetado como delito contra el patrimonio y además por el *animus lucrandi* que motiva la acción del autor, el bien fundamental protegido es el patrimonio de la víctima. La afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad, aquí solo sirven para calificar o configurar en forma objetiva el hecho punible de robo. Estos intereses fundamentales aparecen subordinados al bien jurídico patrimonio. Si por el contrario se afectara alguno de aquellos bienes de

modo principal y, en forma secundaria o accesorio, el patrimonio, estaremos ante una figura delictiva distinta al robo. O en su caso, si la lesión al bien jurídico vida o integridad física, por ejemplo, es igual que la lesión al patrimonio, estaremos ante un robo agravado, pero de modo alguno frente únicamente al robo simple.

El bien jurídico protegido de modo directo es el patrimonio representado por el derecho real de posesión primero y después por la propiedad. Pues en todos los casos, siempre la sustracción y consecuente apoderamiento será contra el poseedor de bien mueble objeto del delito. Esto es, la acción del agente es dirigida contra la persona que ostenta o tiene la posesión del bien mueble que muy bien puede coincidir con el propietario o un simple poseedor legítimo temporal del bien. En la figura del robo, bastará verificar contra qué persona se utilizó la violencia o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física y acto seguido, se le solicitará acredite la preexistencia del bien mueble, circunstancia con la cual hace su aparición el propietario del bien. (Salinas, 2008)

En la práctica judicial, se traduce del siguiente modo: Si la persona contra quien se hizo uso de la violencia o la amenaza es el propietario del bien objeto del delito, existirá una sola víctima y si, por el contrario, se verifica que la persona que resistió la violencia o amenaza del sujeto activo fue un simple poseedor legítimo, estaremos ante dos sujetos pasivos: el propietario y el poseedor.

En todos los casos que la realidad presenta, siempre será necesario que el propietario o poseedor del bien acredite la preexistencia del bien objeto del delito del robo, caso contrario, la absolución del procesado de imponer. En este sentido, se pronuncia la Corte Suprema Exp. N.º 3337-2001-ICA:

Como se advierte del proceso, no obstante la imputación coherente de la agraviada Dora Clementina Loayza Meneses en contra del encausado Aurelio Tincopa Tobayo y del reservado Edgar Gualberto Flores, a quienes sostiene conocer de vista, precisando además que la mayor parte del dinero sustraído, había sido retirado del Banco Crédito; es del caso señalar, que la citada agraviada, no cumplió con acreditar la preexistencia del referido dinero, pese a haber sido requerida para tal efecto; asimismo, obra de autos los informes de los Bancos de la Nación y de Crédito, en el sentido que la citada agraviada no posee cuenta corriente o de ahorro en dichas entidades, tal como aparece a fojas doscientos dieciocho y doscientos veintidós.

La preexistencia del bien objeto de robo se puede acreditar hasta con la declaración de testigos que hayan presenciado la comisión del evento delictivo. Así lo precisa la Sala Penal Permanente, en la Corte Suprema R.N. N °4960-2006-Lama Norte, al indicar lo siguiente:

Pese a que el agraviado no presentó documentación de los bienes objeto del delito, la preexistencia ha quedado plenamente establecida con lo expuesto por el agraviado y los testigos (...), quienes han informado la existencia de los bienes que fueron robados, y como fueron sacados del lugar.

1.1.8 Sujeto activo

De la redacción del tipo penal del artículo 188, se desprende que no se exige la presencia de alguna cualidad especial en el sujeto activo o agente del delito de robo por lo que, sin duda, autor puede ser cualquier persona natural. La única condición que se establece en la hermenéutica es que el agente no sea el propietario

exclusivo del bien, pues el bien objeto del delito debe ser “total o parcialmente ajeno”. Esta última circunstancia también orienta que la fácilmente un copropietario o coheredero puede constituirse en sujeto activo del delito de robo y ello solo podrá ocurrir, siempre y cuando, aquel copropietario no ostente la posesión del bien mueble. Si, por el contrario, tiene la posesión del bien no habrá robo, pues no se haría materializada la sustracción violenta o bajo amenaza. (Salinas, 2008)

1.1.9 Sujeto pasivo

También sujeto pasivo o víctima de robo será el propietario del bien mueble y en su caso, junto a él también será el poseedor legítimo del bien cuando a este se le hayan sustraído. “Asimismo, muy bien la persona jurídica puede constituirse en sujeto pasivo del robo cuando se haya sustraído bienes muebles de su propiedad” (Rojas, 2000, p. 567). Así, cuando en un caso concreto, la persona que resistió la sustracción violenta del bien no es el propietario, habrá dos sujetos pasivos del hecho punible de robo: el titular del bien mueble y el poseedor legítimo.

1.1.10 Tipicidad subjetiva

La tipicidad subjetiva del supuesto de hecho del robo comporta, dice Rojas (2000),

igual que el hurto, dolo directo, pero posee un ingrediente cognoscitivo-volitivo mayor: el conocimiento por parte de sujeto activo que está haciendo uso de la violencia o amenaza grave sobre la persona y la voluntad de actuar bajo tal contexto de acción, es decir, de utilizar tales medios para lograr o facilitar el apoderamiento del bien mueble. (p. 348)

No obstante, aparte del dolo directo, es necesario un elemento subjetivo adicional, particular o específico como es el ánimo de lucro, esto es, el agente actúa movido o guiado por la intención de sacar provecho del bien mueble sustraído. Si en determinado caso concreto, el *animus lucrandi* no aparece, no se configura el hecho punible de robo.

1.2 Antijuridicidad

La conducta típica de robo simple será antijurídica cuando no concurra alguna circunstancia prevista en el artículo 20 del Código Penal que le haga permisiva, denominadas causas de justificación, como puede ser la legítima defensa, estado de necesidad justificante, consentimiento válido de la víctima para la sustracción, etc. Si por el contrario, en un caso particular el operador jurídico llega a la conclusión de que concurre, por ejemplo, consentimiento válido de la víctima para que el agente se apodere de su bien mueble, así se verifique que este último actuó con violencia, la conducta será típica de robo simple, pero no antijurídica y, por tanto, irrelevante penalmente. (Peña, 2018)

En un caso concreto, corresponde al operador jurídico determinar cuándo opera una causa de justificación. Así lo entiende la Corte Suprema (Exp. N.º 4045-97-Lima), al dejar establecido que “el contenido de una causa de justificación debe extraerse del contexto social en que se desarrolla la situación de conflicto, correspondiendo al juzgador valorar el problema concreto para decidir a procedencia de la justificación en el caso particular”.

1.3 Culpabilidad

La conducta típica y antijurídica del robo simple reunirá el tercer elemento del delito denominado culpabilidad, cuando se verifique que el agente no es inimputable, esto es, no sufre de anomalía psíquica ni es menor de edad; después se verificará si el agente conocía o tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, es decir, si sabía que su actuar era ilícito o contra el derecho. Aquí perfectamente puede presentarse la figura del error de prohibición, prevista en el artículo 14 del CP, la cual ocurrirá cuando el agente sustrae violentamente un bien que posee la víctima en la creencia errónea que aquel bien es de su propiedad, o cuando el sujeto activo se apodera violentamente de un bien mueble creyendo erróneamente que cuenta con el consentimiento de la víctima. (Roy, 1983)

El operador jurídico deberá verificar si el agente tuvo la posibilidad de actuar de modo distinto a la de realizar la conducta de robo. Si, por el contrario, se determina que el sujeto activo no tuvo otra alternativa que cometer el robo, como ocurriría, por ejemplo, cuando el agente actúa compelido o inducido por un miedo insuperable de un mal, no habrá culpabilidad y, por tanto, la conducta concreta será típica, antijurídica, pero no culpable y, por tanto, no constituirá conducta punible.

Con pedagogía, la Corte Suprema (Exp. N.º 1866-98-Cusco), sostuvo lo siguiente:

El miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad penal al que actúa bajo el imperio del miedo de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, b) debe ser insuperable, y c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo.

1.4 Sobre la tentativa en el *iter criminis* de delito de robo

Es común afirmar que el delito de robo simple, al ser de lesión o de resultado, cabe perfectamente que la conducta del agente se quede en tentativa. En efecto, estaremos ante una tentativa de robo cuando el agente ha dado inicio a la sustracción del bien haciendo uso de la violencia o amenaza y luego se desiste, o cuando el agente no logra sustraer el bien por oposición firme de la víctima o es sorprendido por terceros en los instantes en que se encuentra en plena sustracción de los bienes y lo detienen, o cuando está en fuga con el bien sustraído y es detenido por un tercero que muy bien puede ser un efectivo de la Policía Nacional.

En la jurisprudencia nacional, Rojas (2000), en la presentación de su “Código Penal, diez años de jurisprudencia sistematizada”, la llama como el derecho vivo, actuante y dinámico, por ejecutoria suprema del 6 de abril de 1998, e indica lo siguiente:

Que la acción del procesado de amenazar a la agraviada con un arma para despojarla de sus pertenencias, resulta un ilícito que no se llegó a concretar por la resistencia que opuso la víctima, y la oportuna aparición de su hermano, configurándose la tentativa del delito contra el patrimonio (Corte Suprema. Exp. N.º 2760-97-Lima)”. En el mismo sentido (Corte Suprema. Exp. N.º 4749-99-Lima) Sostiene que: “el delito de robo ha quedado en grado de tentativa, al no haberse materializado el apoderamiento del dinero o especie alguna de propiedad del agraviado, ello en atención a la oportuna intervención policial.

No hay discusión en la doctrina que en los primeros supuestos constituyen tentativa de robo, la discusión se origina con el último supuesto. El origen de la

discusión depende del concepto que ensayemos sobre el apoderamiento del bien mueble.

Si sostenemos que el apoderamiento se constituye en el instante en que el agente toma en su poder el bien después de haberlo sustraído, llegaremos a la conclusión de que teniendo en su poder el bien ya habrá robo consumado, así el agente haya sido detenido dándose a la fuga; en cambio, si sostenemos que hay apoderamiento desde el instante en que el agente tiene la disponibilidad real o potencial del bien, esto es, puede disponer libremente del bien sustraído, llegaremos a la conclusión de que habrá tentativa cuando el agente es sorprendido y detenido en plena huida del lugar después de haber despojado de la posesión de su bien mueble a la víctima. Aquí se trata de una tentativa acabada o lo que en forma inapropiada algunos denominan robo frustrado.

Por ejemplo, la Corte Suprema R.N. N.º 102-2005-Lima recoge un hecho real de robo que llegó al grado de tentativa acabada. En efecto, allí se expresa lo siguiente:

Está probada la comisión del delito de robo agravado en grado de tentativa, por cuanto el acusado luego de golpear a la agraviada y apoderarse de su bolso conteniendo la suma de mil seiscientos nuevos soles inmediatamente se dio a la fuga, pero fue capturado por la Policía en plena huida, a cuadra y media del lugar de los hechos; que ello significa que, previa intimidación y agresión levísima a la víctima, si bien se produjo el apoderamiento del bien ajeno, empero no hubo la mínima posibilidad de disponer del mismo, consecuentemente, la acción delictiva del acusado Ángel (...) no se consumó y por tanto quedó en grado de tentativa.

Igual razonamiento recoge la Corte Suprema Exp. N.º 4385-98-Lima, con el siguiente argumento:

La conducta imputada a los acusados es la de robo en grado de tentativa acabada y no la de robo consumado como lo ha consignado el colegiado, dado que los citados encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores, practicando todos los actos que objetiva y subjetivamente deberían producir el resultado típico, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad de estos.

En la misma línea interpretativa tenemos el argumento de la Corte Suprema R.N. N.º 223-2004-Trujillo:

Se ha acreditado la comisión del delito y la responsabilidad del encausado Julio Jorge Novoa Solari, quien conjuntamente con sus coprocesados a bordo de una camioneta, asaltaron con arma de fuego al pagador de los trabajadores de la obra y al chofer del vehículo a quienes luego de un forcejeo y disparo, les arrebataron la bolsa con dinero, dándose a la fuga, pero fueron perseguidos por los trabajadores que redujeron y recuperaron el dinero de manos del coprocesados Uladislao Mendoza Tello (...) se trata de un delito frustrado, conforme a lo previsto en el artículo dieciséis del Código Penal.

De la misma manera, se ha pronunciado la Corte Suprema R.N. N.º 102-2005-Lima:

En efecto está aprobada la comisión del delito de robo agravado en grado de tentativa por cuanto el acusado luego de golpear a la agraviada y apoderarse de su bolso conteniendo la suma de mil seiscientos nuevos soles inmediatamente se dio a la fuga, pero fue capturado por la policía en plena huida, a cuadra y media del lugar de los hechos; que ello significa que, previa intimidación y agresión levísima a la víctima, si bien se produjo el apoderamiento del bien ajeno, empero no hubo la mínima posibilidad de disponer del mismo, consecuentemente, la acción delictiva del acusado Ángel Richard Sánchez Alfaro no se consumó y por tanto quedó en grado de tentativa; que, en tal virtud, es de aplicación el artículo dieciséis del Código Penal.

1.5 Consumación

De los argumentos expuestos para la tentativa, se concluye que habrá conducta punible de robo consumado cuando el agente ha logrado apoderarse y por tanto tiene la posibilidad real o potencial de disponer libremente del bien mueble sustraído a la víctima. En la doctrina peruana y a nivel jurisprudencial, se ha impuesto la teoría de la disponibilidad como elemento fundamental para diferenciar la tentativa de la consumación. En otros términos, en el Perú es común sostener y afirmar que se ha impuesto la teoría de la *ablatio*. Esta teoría sostiene que el robo se consuma cuando se traslada el bien mueble sustraído a un lugar donde el agente tenga la posibilidad de disponerlo. La consumación tiene lugar en el momento mismo que luego de darse por quebrantada la custodia o vigilancia ajena, surge la

posibilidad de disposición real o potencial del bien mueble por parte del agente.
(Salinas, 2008)

La posibilidad real o potencial de disponer, por mínima que sea, constituye un hito fundamental para entender y comprender perfectamente la consumación y su diferencia con la tentativa. Sin embargo, la posibilidad de disposición que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad de disposición del bien por parte del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción, el agente es inmediatamente perseguido. Sin duda, al momento de la fuga, el sujeto activo puede tener la posibilidad de disponer del bien ya sea destruyéndole o entregándole a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que aquel ha consumado el delito.

En tal sentido, Rojas (2000) enseña que el delito de robo simple, delito de resultado, “se halla consumado cuando el sujeto activo ha logrado el apoderamiento del bien en fase de disponibilidad haciendo uso indistintamente de la violencia o amenaza para ello, o conjuntamente valiéndose de ambas acciones instrumentales” (p. 391). Por su parte, Bramon y García (1998) sostienen:

El delito de robo simple se consuma con el apoderamiento del bien mueble, es decir, cuando el sujeto activo obtiene su disponibilidad. No obstante, en forma discutible y contradictoria, luego los autores citados afirman que no basta con que el sujeto activo haya tomado el bien y huido con él para entenderse consumado el delito, es preciso que haya tenido, aun en el curso de la huida, una mínima disponibilidad. (p. 309)

En tal sentido, se pronuncia la Corte Suprema R.N. N.º 2308-2005-Cono Norte de Lima:

La consumación en el delito de robo se produce, cuando el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien.

La misma línea interpretativa argumenta la Corte Suprema R.N. N.º 1750-2004-Callao, cuando al resolver un caso real afirma:

Que es de precisar que el delito de robo se llegó a consumir, pues aun cuando finalmente se interceptó a los acusados y se recuperó el vehículo sustraído estos tuvieron el auto en su poder un espacio de tiempo —aun cuando breve— que posibilitó una relativa o suficiente disponibilidad sobre el mismo; que los reos no fueron sorprendidos *in fraganti* o *in situ*, y la persecución por la propia víctima no se inició sin solución de continuidad, sino cuando pudo conseguir ayuda de un colega taxista; que, por tanto, se asume —en la línea jurisprudencial ya consolidada de este Supremo Tribunal— la postura de la *illatio* para deslindar la figura consumada de la tentada, en cuya virtud la línea delimitadora se da en la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente, siquiera sea potencialmente —lo cual puede ser, como en el caso de autos, de breve duración—, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material.

No obstante tener claro estos conceptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia precedente, no entendemos el criterio que hayan tenido los jueces supremos de la Corte Suprema R.N. N.º 3932-2004-Nacional, quienes sostienen:

Que, el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con *animus lucrandi*, es decir de aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (*vis absoluta* o *vis corporalis* y *vis compulsiva*) destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo.

Es decir, esta jurisprudencia de carácter vinculante de modo desacertado se adhiere a la teoría de la *illatio* que sostiene que el robo se consuma cuando el agente se apodera del bien y lo traslada a un lugar seguro escogido por él y lo oculta aunque sea por breve tiempo.

Sin embargo, ante la existencia en los estrados judiciales de abundantes procesos por el delito de robo agravado, la Corte Superma R.N. N.º 102-2005-Lima emitió otra ejecutoria suprema apartándose de tal criterio, en la cual invocando de modo errado la teoría de la *illatio*, argumentó del modo siguiente:

Que el apoderamiento debe entenderse consumado, no con el solo hecho de aprehender o coger la cosa —*contrectatio*— ni en el mero hecho de la separación de la posesión material del ofendido, sino con la *illatio*, esto es, cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial, que no efectiva sobre la cosa —puede ser incluso momentáneamente, fugaz o de breve duración,

así como de parte de lo sustraído para que quede consumado en su totalidad, en tanto que se precisa la efectiva disposición de la misma—, lo que no sucede cuando se está persiguiendo al agente y se le captura en posesión de la misma; que, por consiguiente, es de considerar que hay tentativa, pese a la aprehensión de la cosa, cuando el imputado es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado o si en el curso de la persecución abandona los efectos, sin haber conseguido su disponibilidad momentánea fugaz.

Aun cuando la Sala Penal Permanente afirma en la ejecutoria que el apoderamiento se consuma con la teoría de la *illatio*, lo real y concreto es que la citada Sala Penal volvió a la teoría de la *ablatio*, pues luego sostiene que se entiende por consumado el apoderamiento “cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial” del bien.

Ante estas posiciones interpretativas contradictorias, los jueces supremos de las salas penales permanentes y transitoria, por invocación de la Corte Suprema R.N. N. ° 102-2005-Lima, establece:

En el delito de robo agravado, el factor que define la consumación es la posibilidad de disposición potencial del bien, la misma que no existe cuando el agente es capturado en el momento o inmediatamente después de producida su huida, supuesto en el cual nos encontramos ante una tentativa de robo agravado. En este sentido, se entiende que nuestro Código Penal se adhiere a la teoría de la *ablatio* (posibilidad de disponer del bien).

Esta es la línea jurisprudencial consolidada, también la Corte Suprema R.N. N. ° 813-2008-La Libertad argumenta:

Que, el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición.

En aplicación estricta del artículo 301-A en concordancia con el numeral cuarto del artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este acuerdo por ser producto de Sala Plena es de cumplimiento imperativo u obligatorio y vincula a todos los órganos judiciales encargados de administrar justicia penal hasta que otro Pleno Jurisdiccional Supremo lo modifique. Es decir, de esta disposición plenaria ningún órgano judicial puede apartarse. Solo lo podrá hacer otra Sala Plena de los Jueces Supremos en lo Penal. Ello aun cuando en los Acuerdos Plenarios se señala que los jueces se pueden apartar de la doctrina legal siempre y cuando se exponga los respectivos argumentos.

1.6 Autoría y participación

Autor o agente será aquella persona que realiza todos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta descrita en el tipo penal del artículo 188. La Corte Suprema (Exp. N.º 4354-97-Callao), fundándose en la teoría del dominio del hecho para definir a la autoría, por ejecutoria suprema del 2 de octubre de 1997, en forma pedagógica enseña lo siguiente:

Que en el proceso ejecutivo del delito es autor y no cómplice, aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del

dominio del hecho, que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado.

Idéntico razonamiento emplea la Corte Suprea en la R.N. N.º 244-2004, donde sostiene lo siguiente:

Resulta obvio que no puede existir licitud en una conducta cuando lo que se pide es que se intercepte o golpee con un automóvil a los ocupantes de una motocicleta, de ahí que las alegaciones de inocencia del acusado relativas a su desconocimiento del propósito de los sujetos que participaron en el robo no resultan válidas para eximirlo de responsabilidad penal; por el contrario, los perjudicados han sido uniformes en sindicarlo como la persona que conducía el vehículo que colisionó con ellos y de donde descendieron los demás asaltantes, situación que determina que su participación fue a título de coautor al haber actuado con total dominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto además de ser planificado, existió una distribución de roles en base al principio de la división funcional de trabajo, que genera lazos de interdependencia entre los agentes.

No cabe la coautoría en el robo simple toda vez que si en un caso concreto participan dos o más personas haciendo uso de la violencia o amenaza contra las personas estamos ante la figura del robo agravado, previsto en el inciso 4 del artículo 189 del Código Penal. No obstante, es perfectamente posible que haya partícipes ya sea como instigadores, cómplices primarios o cómplices secundarios; circunstancias que el operador jurídico deberá evaluar según lo establecido en el artículo 25 del Código Penal.

Serán casos de robo simple con plurisubjetividad cuando el agente amenaza o practica actos de violencia tendientes a la sustracción/apoderamiento, mientras otra persona que participa como cómplice vigila o espera en un vehículo para la fuga o huida (o facilita con conocimiento, la motocicleta o automotor). Los aportes de quienes facilitan informaciones valiosas, pero no intervienen en el hecho también definen un cuadro de complicidad necesaria o primaria en relación al hecho del autor, quien domina y decide el curso de la acción ilícita. “La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores”. (Corte Suprema. Exp. N.º 64-99-La Libertad)

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

Una vez analizada la jurisprudencia, y en función de lo que venimos a fundamentar se ha elegido la siguiente jurisprudencia.

Robo. Definición y configuración.

Fundamento tercero: El delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente ajeno privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, que aunado a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad. (Corte Suprema R. N. N° 4937-2008-Ancash)

Configuración: El delito de robo se configura cuando existe apoderamiento ilegítimo por parte del agente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él sustrayéndolo del lugar en que se encuentra; constituyendo *modus operandi* del mismo el empleo de la violencia contra la persona bajo amenaza de un peligro inminente para su vida o para su integridad física, para lograr el desapoderamiento del bien mueble a efectos de que el agente logre tener disposición sobre el bien, sin importar el fin o uso que le dé al mismo, ni el tiempo que transcurra en su órbita de control. (Corte Suprema Exp. N.° 2221-99-Lima)

Bien jurídico protegido: El bien jurídico protegido en el delito de robo es de naturaleza pluriofensiva, toda vez que no solo protege el patrimonio, sino además la integridad y libertad personal. (Corte Suprema Exp. N.º 6014-97-Arequipa)

El robo como un delito complejo: Para los efectos de realizar un correcto juicio de tipicidad, es necesario precisar ciertas premisas, así tenemos que en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; que, ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisoluble vinculados entre sí, que forman un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo (...). (Corte Suprema Exp. N.º 2435-99- Huánuco).

El robo como un delito complejo: afectación de bienes de heterogénea naturaleza: El delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo 189 del Código Penal, que aunado a la afectación de bienes tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo convirtieron en un delito de evidente complejidad. (Corte Suprema R.N. N.º 813-2008- La Libertad)

Autoría (dominio del hecho): El acto de apoderamiento es el elemento central de identificación para determinar —en el *iter criminis*—, la consumación o la tentativa, en el delito de robo, cuyos elementos de tipicidad —desde una

perspectiva objetiva— son la sustracción o apoderamiento —legítimo— de un bien mueble —total o parcialmente ajeno—, mediante el empleo de la violencia —*vis absoluta*— o la amenaza —*vis compulsiva*—; que, desde esta perspectiva el apoderamiento importa: i) la separación o desplazamiento físico de la cosa del ámbito de custodia de su titular y la incorporación a la del sujeto activo, ii) la realización material de actos posesorios —posibilidad de realizar actos de disposición sobre la cosa—. (Corte Suprema R.N. N.º 244-2004-Nacional)

Elementos de tipicidad del delito de robo.

Duodécimo. El acto de apoderamiento es el elemento central de identificación para determinar —en el *iter criminis*—, son la sustracción o apoderamiento —legítimo— de un bien mueble —total o parcialmente ajeno—, mediante el empleo de la violencia —*vis absoluta*— o la amenaza —*vis compulsiva*—; que, desde esta perspectiva el apoderamiento importa: i) la separación o desplazamiento físico de la cosa del ámbito de custodia de su titular y la incorporación a la del sujeto activo, y ii) la realización material de actos posesorios —posibilidad de realizar actos de disposición sobre la cosa—. (Corte Suprema R.N. N.º 2818-2011- Puno)

CAPÍTULO III

RESUMEN Y ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

3.1 De la investigación preliminar y formalizada

Hecho que motivó la investigación preliminar

Se imputa a Tomas Alva Tafur la comisión del delito de robo en agravio de Elmer Lucio Evangelista Rojas, toda vez que con fecha 28 de marzo del 2012, siendo aproximadamente las 07:30 a. m. horas, en circunstancias que este último salió del domicilio de su hermana Alejandrina Masgo Rojas con la finalidad de dirigirse a un lugar descampado a efectos de hacer sus necesidades, y en momentos que se encontraba defecando, en forma sorpresiva fue cogido por la espalda por parte del imputado Tomas Alva Tafur, quien lo jaló de su cuello, arrastrándolo unos cinco metros en donde ambos forcejearon, y dado el estado de embriaguez en que se encontraba el agraviado, el imputado logró quitarle su billetera de color negro en cuyo interior tenía la suma de mil nuevos soles, para luego huir del lugar de los hechos.

3.2 Formalización y continuación de la investigación preparatoria

Que, de conformidad con lo prescrito en el art. IV del Título Preliminar del Nuevo Código Penal, “el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos, y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio; en tal sentido, está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten responsabilidad o inocencia del imputado; y con esta finalidad conduce

y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional conforme a lo regulado en el numeral dos del art. IV del Título Preliminar del cuerpo legal antes descrito. En tal sentido, el Ministerio Público emite la Disposición N° 01, de fecha tres de mayo 2012, donde dispone formalizar la investigación contra los imputados, por la comisión de delito contra el patrimonio en su modalidad de robo (Tipo penal base), tipificando el hecho en el artículo 188 del Código Penal vigente; y establece un plazo de 120 de investigación, prorrogado por 60 días por Disposiciones N° 2, y, posteriormente, declarada compleja por Disposición N° 3.

3.3 De la etapa intermedia

3.3.1 Formulación de la acusación fiscal

Vencido el plazo de investigación preparatoria, el representante del Ministerio Público, con fecha 18 de febrero del 2010, presentó ante el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Barranca, el correspondiente requerimiento fiscal de acusación contra los imputados, estableciendo que el hecho materia de acusación es el siguiente:

Se atribuye al procesado Tomas Alva Tafur la comisión del delito de robo, en agravio de Elmer Lucio Evangelista Rojas, toda vez que con fecha 28 de marzo del 2012, siendo aproximadamente las 07:30 a.m. horas, en circunstancias que este último salió del domicilio de su hermana Alejandrina Masgo Rojas con la finalidad de dirigirse a un lugar descampado a efectos de hacer sus necesidades, y en momentos que se encontraba defecando, en forma sorpresiva fue cogido por la espalda por parte del imputado Tomas

Alva Tafur, quien lo jaló de su cuello, arrastrándolo unos cinco metros en donde ambos forcejearon y, dado el estado de embriaguez en que se encontraba el agraviado, el imputado logró quitarle su billetera de color negro en cuyo interior tenía la suma de mil nuevos soles, para luego huir del lugar de los hechos.

3.3.2 Grado de participación y tipificación del hecho

- De acuerdo a la teoría del caso fiscal, el imputado ha participado en calidad de Autor, en la comisión del ilícito penal.
- Que, el representante del Ministerio Público, tipifica el hecho, en el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo, previsto en el artículo 188 del Código Penal, en agravio de Elmer Lucio Evangelista Rojas, solicitando la sanción de ocho (8) años de pena privativa de la libertad, así como el pago de una reparación civil equivalente a S/ 2,000.00 (Dos mil con 00/100 soles), la misma que deberá pagar el imputado a favor del agraviado referido.

3.3.3 Relación de medios de pruebas ofrecidos

Para sustentar su acusación, y ante un eventual juicio oral, el Ministerio Público cumplió con ofrecer los siguientes medios probatorios testimoniales.

1. La declaración testimonial de Alejandrina Masgo Rojas, quien narró la forma y circunstancias en que su hermano Elmer Lucio Evangelista Rojas ha sido víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur.

2. La declaración y ampliación de la declaración del agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, quien narró la forma y circunstancias en que ha sido víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur.
3. La declaración testimonial de María Antonieta Aguilar Polo, quien narró la forma y circunstancias en que el señor Elmer Lucio Evangelista Rojas ha sido víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur; asimismo, dicha persona se va corriendo dándose cuenta que este iba agarrando con una mano su bolsillo trasero de su short y con la otra mano agarraba el bolsillo de su camisa, percatándose que ambos bultos tenían apariencia de billeteras.
4. La declaración testimonial de Luzmila Rosa Evangelista Rojas, quien narró la forma y circunstancias cómo su hermano Elmer Lucio Evangelista Rojas ha sido víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur, cuando se encontraba realizando sus necesidades fisiológicas, siendo arrastrado por el imputado y despojado de su billetera, quien luego de lo sucedió se dio a la fuga.
5. La declaración testimonial de Eusebia Sofía Polo Romero, quien narró la forma y circunstancias de haber presenciado cómo un sujeto de unos 36 años aproximadamente que vestía un short jeans, gorra roja y camisa, jalaba de la camisa al agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, a quien lo arrastró y lo despojó de sus pertenencias.
6. La declaración testimonial de Celia Amparo Romero Portilla, quien el día 28 de marzo del 2012, al escuchar que la gente gritaba que había un delincuente, sale de su casa hacia la pileta que está al frente de su casa y caminando a la dirección

del delincuente y ve la persona de Tomas Alva Tafur que sacaba una billetera negra con billetes y que la misma la sacaba de su short jeans color azul; asimismo, vio que luego sacó otra billetera marrón del bolsillo de sus camisa y que estas billeteras se las entregó a una anciana que salió de dicha vivienda; asimismo refiere que la anciana la billetera negra la guardó en su falda y la billetera marrón nueva la guardó en el sostén.

7. La declaración testimonial del SOS, PNP Jesús Borja Dávila, con la finalidad de que exprese la forma y circunstancias por las que se emitió el Informe Policial N° 20-2012-REG. POLICIAL-H-CSP-SEINPOL.
8. La declaración testimonial del SOT 1, PNP Wilber Urbay Ovalle, con la finalidad de que exprese la forma y circunstancias por las que emitió el Informe Policial N° 20-2012-REG. POLICIAL-HCSP-SEINPOL.
9. La declaración testimonial de la Dra. María Paula Coaquira Galindo, con la finalidad de que explique los motivos de las conclusiones arribadas en el Certificado Médico Legal N° 001085-L, practicado a la persona de Elmer Lucio Evangelista Rojas.

En relación a los medios de pruebas documentales

1. Informe Policial N° 20-2012-REG. POLICIAL-H-CSP-SEINPOL, de fecha 14 de abril del 2012.
2. Acta de entrevista realizada a la señora Eusebia Sofía Polo Romero.
3. Acta de Registro Personal e Incautación, realizado a la persona de Tomas Alva Tafur.
4. Acta de declaración testimonial de Eusebia Sofía Polo Romero.

5. Declaración jurada de la persona de Elvis Espinoza Borrovix, respecto a la compra de 8 ovejas por el precio de S/ 150.00 soles que realizó a Luis Elmer Evangelista Rojas.
6. Certificado Médico Legal N° 001085-L, practicado a la persona con Elmer Lucio Evangelista Rojas.
7. Acta de Reconocimiento Fotográfico por parte del agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, donde mediante fichas del RENIEC se reconoce a Tomas Alva Tafur.
8. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Alejandrina Masgo Rojas, donde mediante fichas de RENIEC se reconoce a Tomas Alva Tafur.
9. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Cecilia Amparo Romero Portilla, donde mediante fichas del RENIEC se reconoce a Tomas Alva Tafur.
10. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Eusebia Sofía Polo Romero, donde mediante fichas de RENIEC se reconoce a Tomas Alva Tafur.
11. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Luzmila Rosa Evangelista Rojas, donde mediante fichas de RENIEC se reconoce a Tomas Alva Tafur.
12. Ficha de RENIEC del imputado Tomas Alva Tafur, con la que se acredita la correcta individualización del imputado.

3.3.4 Del auto de enjuiciamiento

El Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Poder Judicial de Barranca resolvió:

DECLARAR SANEADA la ACUSACIÓN FISCAL y DISPONER el ENJUICIAMIENTO del acusado TOMAS ALVA TAFUR, por la PRESUNTA comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo (Tipo penal base), regulado en el artículo 108 del Código Penal, en agravio de Elmer Lucio Evangelista Rojas.

3.3.4.1 Declaraciones admitidas a la Fiscalía

1. La declaración testimonial de Alejandrina Masgo Rojas; declarará la forma y circunstancias en que su hermano Elmer Lucio Evangelista Rojas fue víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur.
2. La declaración testimonial del agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas; narrará la forma y circunstancias en que fue víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur.
3. La declaración testimonial de María Antonieta Aguilar Polo; declarará la forma y circunstancias en que el señor Elmer Lucio Evangelista Rojas ha sido víctima de Robo de su billetera por parte del acusado Tomas Alva Tafur; asimismo, lo que presenció que el acusado se fue corriendo y la forma en que se dio la fuga.
4. La declaración testimonial de Luzmila Rosa Evangelista Rojas; narrará la forma y circunstancias en que su hermano Elmer Lucio Evangelista Rojas fue víctima de robo de su billetera por parte de la persona de Tomas Alva Tafur, cuando se

- encontraba realizando sus necesidades fisiológicas, siendo arrastrado por el imputado y despojado de su billetera, quien luego de lo sucedió se dio a la fuga.
5. La declaración testimonial de Eusebia Sofía Polo Romero; declarará la forma y circunstancias en que presencié que un sujeto que vestía un short jeans, gorra roja y camisa, jalaba de la camisa al agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, a quien lo arrastró y despojó de sus pertenencias.
 6. La declaración testimonial de María Paula Coaquira Galinda; deberá ser examinada del contenido y conclusiones del Certificado Médico Legal N° 001085-L, practicado al agraviado.

3.3.4.2 Documentos admitidos a la Fiscalía

1. Informe Policial N° 20-2012-REG. POLICIAL-H-CSP-SEINPOL, de fecha 14 de abril del 2012; acreditará en que el personal policial informó al Ministerio Público sobre los hechos materia de acusación.
2. Acta de registro personal e incautación, realizado a la persona de Tomas Alva Tafur, que acreditará que se le halló una billetera y en su interior se halló 14 billetes de 100 nuevos soles, 01 billete de 50 nuevos soles, 01 billete de 10 nuevos soles, 01 moneda de 2 nuevos soles y una tarjeta del Banco de la Nación.
3. Acta de reconocimiento fotográfico por parte del agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, que acreditará que el agraviado pudo reconocer entre las fichas del RENIEC al acusado como la persona que le sustrajo su billetera que contenía dinero.

4. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Alejandrina Masgo Rojas, que acreditará que la citada pudo reconocer entre las fichas de RENIEC al acusado como la persona que sustrajo la billetera a su hermano.
5. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Cecilia Amparo Romero Portilla, que acreditará que la citada pudo reconocer entre las fichas del RENIEC al acusado como la persona que le sustrajo la billetera al agraviado.
6. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Eusebia Sofía Polo Romero, que acreditará que la citada pudo reconocer entre las fichas del RENIEC al acusado como la persona que participó del evento delictivo.
7. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de la persona Luzmila Rosa Evangelista Rojas, que acreditará que la citada pudo reconocer entre las fichas del RENIEC al acusado como la persona que participó del evento delictivo.
8. Ficha de RENIEC del imputado Tomas Alva Tafur, con la que se acredita la correcta individualización del imputado.

3.3.4.3 Declaraciones testimoniales y documentos no admitidos a la Fiscalía

1. La Fiscalía desistió de los medios de prueba testimoniales ofrecidos en los numerales 10.7 y 10.8 del requerimiento de acusación formulado por el representante del Ministerio Público.
2. La Fiscalía se desistió de los medios de prueba documentales ofrecidos en los numerales 10.12, 10.14 y 10.22 del requerimiento de acusación formulado por el representante del Ministerio Público.

3.3.4.4 Medios de prueba de la defensa de los imputados

En el presente expediente se dejó constancia de que la parte acusada no ha ofrecido medios de prueba, consideración que reconocemos conforme a ley, pues el imputado jamás está obligado en presentar pruebas de su inocencia, pues esta se presume, en cambio es la Fiscalía la que tiene la obligación de presentar todos los medios de pruebas que sostengan su acusación.

3.3.4.5 De la constitución del actor civil

En el presente expediente, la parte agraviada no solicitó constituirse en actor civil, en el plazo que establece el artículo 100 y 101 del Código Procesal Penal, por lo que en este caso será la misma Fiscalía quien asuma la reparación civil.

3.3.5 Etapa de juicio oral y sentencia

3.3.5.1 Alegatos de apertura

Alegatos del Ministerio Público

El Ministerio Público señala que en el día 28 de marzo del 2012 a las siete y treinta horas de la mañana aproximadamente, fecha en la cual el agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas salió del interior del domicilio de su hermana Alejandrina Masgo Rojas, que se ubica en el Comité 10, Calle Corazón de Ancash, manzana Z2, lote 16, Pueblo Joven de Leticia en el distrito de Supe Pueblo, se dirigió a una zona un tanto descampada con la finalidad de hacer sus necesidades fisiológicas, circunstancia en la que por la espalda fue cogido por el acusado Tomas Alva Tafur, quien lo agarra del cuello y lo arrastra aproximadamente cinco metros, y se suscita una pequeña gresca entre ambos pero el acusado Tomas Alva Tafur logra sustraerle

una billetera color negro en cuyo interior se encontraba la suma un mil nuevos soles, para luego huir del lugar. Solicita ocho años de pena privativa de libertad y el pago de dos mil soles por concepto de reparación civil.

Alegatos de apertura de la defensa técnica

La defensa técnica del acusado refiere que, en el marco del derecho a la defensa, acreditará en la secuencia del plenario dos aspectos principales a saber, 1) que su patrocinado en ningún momento realizó los hechos materia de imputación en el requerimiento de acusación, y 2) el dinero que se encontró en su billetera le pertenece; estos dos aspectos principales, para que exista una imputación por el delito de robo en tipo base, son necesarios. El Ministerio Público al no tener la posibilidad de acreditar, entonces se configuraría una atipicidad de los hechos materia de imputación; por tanto, el abogado de la defensa de los medios de pruebas que se actuarán en este plenario va a acreditar fehacientemente que los hechos no existieron y que el objeto material del presunto delito no le corresponden al agraviado sino a su patrocinado. En tal sentido, demostrará la atipicidad de los hechos.

3.3.6 Del examen del acusado

Se le informó al acusado de sus derechos, quien se declara inocente y decide declarar en juicio.

3.3.7 Actuación de los medios de pruebas admitidos al Ministerio Público

– Prueba testimonial

1. Declaración de Elmer Lucio Evangelista Rojas.
2. Declaración de Alejandrina Masgo Rojas.
3. Declaración de Luzmila Rosa Evangelista Rojas.
4. Declaración de Eusebia Sofía Polo Romero.
5. Declaración de la perita María Paula Coaquira Galinda

– Oralización de documentales del Ministerio Público

1. Informe Policial N° 20-2012-REG POLICIAL-H-CSP-SEINPOL
2. Acta de registro personal e incautación, realizado a Elmer Lucio Evangelista Rojas.
3. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de Elmer Lucio Evangelista Rojas.
4. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de Alejandrina Masgo Rojas.
5. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de Celia Amparo Romero Portilla.
6. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de Eusebia Sofía Polo Romero.
7. Acta de reconocimiento fotográfico por parte de Luzmila Rosa Evangelista Rojas.
8. Certificado Médico Legal N° 1085-L.

Las documentales signadas del 3 al 7 carecen de objeto meritarse, por cuanto los propios testigos tuvieron frente a sí al acusado, no perdiéndolo de vista.

3.3.8 Oralización de documentos de la defensa

La defensa técnica, al no presentar ningún medio de defensa técnica, no pudo oralizar la misma.

3.4 Etapa de los alegatos finales

Del Ministerio Público

El Ministerio Público manifiesta que en la fecha del 28 de marzo de 2012 que se encontró el acusado en el lugar de los hechos se encuentra debidamente probado, por cuanto no lo ha negado la persona de Alva Tafur, que a esa horas fue visto cerca y junto al agraviado Elmer Lucio Evangelista, lo dicen y acreditan las personas de los testigos como la señora Polo Romero, el mismo agraviado y su hermana y otros más; donde señalan que sí verificaron al acusado que ese día arrastraba al agraviado; que primero forcejeaba tomándolo del cuello a efectos de forcejear para luego rebuscarle el bolsillo y seguidamente quitarle la billetera; ese hecho fue verificado por los mismos testigos mencionados, por cuanto el mismo agraviado es quien lo indica.

De la defensa técnica

La defensa técnica argumenta que de las pruebas actuadas en este plenario no demuestran nada —y no mediante generalidades que en realidad no precisan los hechos que es materia de imputación—, si bien en nuestro alegato de apertura dijimos que la figura era atípica en el sentido que no existe la acción típica propia del artículo 188 cuyo nombre jurídico es el de robo simple, pues tanto la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el delito de robo consiste en la sustracción con

violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente ajeno al sujeto que realiza dicha conducta, por lo tanto, al no existir este elemento principal y esencial del tipo penal, simplemente se puede decir que la conducta no existe y por lo tanto es atípica, porque no se presenta principalmente este elemento lo que es la conducta típica propiamente dicha; es que no existe acción típica por los diferente elementos actuados en el juicio oral en principio; si bien la imputación del Ministerio Público consistía que mi patrocinado había sustraído una billetera del agraviado utilizando violencia y amenaza, señalando que mi patrocinado lo había cogido por el cuello cuando se encontraba defecando y lo habría arrastrado por lo menos cinco metros; esa es principalmente la tesis del Ministerio Público, tanto en su acusación, los alegatos de apertura y lo han mantenido en sus alegatos de clausura.

3.5 Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Del tenor literal de la sentencia, se advierte que el juzgador ha razonado de la siguiente manera:

El tipo penal de robo exige entre sus elementos el apoderamiento ilegítimo del bien y que dicha sustracción debe efectuarse ejerciendo violencia contra la persona o bajo amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física; dicho apoderamiento debe realizarse mediante sustracción, entendiéndose toda acción que realiza el sujeto tendente a desplazar el bien del lugar donde se encuentra hacia su esfera de dominio, existiendo unanimidad en la doctrina en cuanto al hecho de que la violencia o amenaza puede ejercerse antes o durante la sustracción.

Luego de haberse actuado los medios probatorios y valorados de manera individual y conjunta ha podido establecerse en el juicio oral lo siguiente:

Presencia del agente en el lugar de los hechos

En su declaración testimonial tomada en juicio, el acusado Tomas Alva Tafur ha señalado que el 28 de marzo del 2012, día de los hechos iba al encuentro del señor Fernando Anibar para adquirir un terreno a una zona adyacente al lugar donde ocurrieron los hechos, siendo que el propio acusado ha señalado además que se encontraba parado cerca de la tienda de María Aguilar Polo, a quien le comenta su disposición de adquirir un terreno ante lo cual la mencionada le manifiesta que también tiene un terreno señalándole que se ubica a la espalda de sus casa, precisamente el lugar de los hechos; dicho extremo ha sido corroborado por la declaración del propio agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, quien ha manifestado en este juicio que en circunstancias que se encontraba defecando en un cerro, un sujeto lo tomó del cuello sorpresivamente, le sustrajo la billetera y fugó del lugar; si bien al inicio no pudo apreciar de quién se trataba, en vista de que fue seguido por su hermana e incluso pudo observar que forcejeaba con la referida, al mismo que en esta audiencia lo ha señalado con el dedo índice. Asimismo, con la declaración de Luzmila Rosa Evangelista Rojas, quien ha manifestado que en vista de que su hermano Elmer Lucio Evangelista Rojas se había ido al cerro a hacer sus necesidades fisiológicas, esto es acompañado de sus sobrinos Jefferson y Javier, la declarante se quedó parada en la puerta esperando, pudiendo percatarse del instante en que una persona le estaba robando la billetera a su hermano, dándole aviso a su hermana y que corra; más adelante describe cómo iba vestido el sujeto, esto es con

gorro rojo, camisa a cuadros y *short* azul precisamente las mismas que coinciden con las señaladas por el agraviado. Por su parte, la testigo Eusebia Sofía Polo Romero ha señalado que en horas de la mañana del 28 de marzo del 2012 fue a llenar agua, y siendo que se encontraba en el cerro donde se encuentra la pileta pudo ver al sujeto que se encontraba sentado en el cerro y de repente “aparece el señor que está allá” procediendo la testigo a señalar al acusado Tomas Alva Tafur, quien arrastra al joven. Es decir, a través de las testimoniales de los órganos de prueba personales y con la propia declaración del imputado, la presencia de este en el lugar de los hechos es incuestionable.

Circunstancias del apoderamiento ilegítimo y fuga del agente

Ha quedado establecido que el día 27 de marzo del 2012, el agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas viajó al Centro Poblado Leticia, ubicado en el distrito de Supe Puerto procedente de Huánuco, a fin de participar del cumpleaños de su hermana Alejandrina Masgo Rojas, siendo que libaron licor desde ese día al día siguiente, siendo el caso que en horas de la mañana y como es usual en un centro poblado donde no hay servicios higiénicos; por lo que el agraviado se dirige a un descampado donde procede a bajar su pantalón para defecar, momento en que el acusado Tomas Alva Tafur los sorprende por detrás, tumbándolo con facilidad toda vez que el agraviado se encontraba disminuido por los efectos del alcohol y porque además se encontraba con el pantalón abajo, arrastra el imputado al agraviado con dirección a unas esteras, forcejean y el acusado logra despojar al agraviado de su billetera; dicho extremos se encuentra corroborado con la declaración del propio agraviado, quien ha señalado que luego de haber libado licor por el cumpleaños de

su hermana Alejandrina hasta las tres y media de la mañana, luego de quedarse dormido, quiso hacer sus necesidades a las siete y media de la mañana aproximadamente, fue acompañado por sus sobrinos; cuando se sienta el agraviado un tipo lo agarra por detrás con la mano y lo jala, logrando jalarle la billetera, no pudiendo verlo en ese momento porque estaba mirando hacia delante, como estaba con el pantalón bajo no podía defenderse, no podía decir nada porque no había gente en ese instante; señaló además que tenía en su billetera la suma aproximada de un mil nuevos soles, que producto del forcejeo con el acusado tenía heridas y moretones en la espalda, que se manchó toda su ropa, que el acusado luego de quitarle su billetera huyó del lugar; seguidamente vendrían sus hermanas Luzmila y Alejandrina. Asimismo, se corrobora con la declaración de su hermana Luzmila Rosa Evangelista Rojas, quien ha señalado que siendo las siete y media de la mañana aproximadamente del día 27 de marzo del 2012, su hermano Elmer Lucio le dice que quería hacer sus necesidades y no habiendo baño les dijo a sus sobrinos Jefferson y Javier que acompañen a su tío, una vez que su hermano Elmer Lucio se encontraba arriba haciendo sus necesidades, pudo ver que una persona le estaba robando su billetera, optando por decirle a su hermana Alejandrina que estaban asaltando a su hermano; igualmente se corrobora con la testimonial de Eusebia Sofía Polo Romero quien ha sostenido en juicio que siendo las nueve de la mañana aproximadamente del día 27 de marzo del 2012, se encontraba sacando agua de la pileta, lugar donde observa que el joven estaba sentado defecando en el cerro, de repente aparece el acusado Tomas Alva Tafur —a quien señaló en audiencia— quien procede arrastrar al joven y lo trata de meter más abajo donde está la estera, circunstancia donde le quita la billetera; luego el imputado sale corriendo por la

recta de la casa de la señora madre de la testigo, procediendo a llegar a su señor padre para decirle que están robando al joven y lo están arrastrando; por su parte, la testigo Alejandra Masgo Rojas ha manifestado que su hermana Luzmila viene e ingresa a su casa y le refiere “el choro lo está arrastrando”, al salir vio al ratero correr hacia la esquina el mismo que resulta ser Tomas Alva Tafur, sacó de su bolsillo una billetera, sacó el dinero y tiró la billetera al frente de su casa, que no ha visto lo que agarró él porque la declarante sostiene que estaba dentro de su casa, pero su hermana vio lo que había botado; así, también, la declarante Alejandrina refiere que le dijo a su hijo que recoja, encontrándose el DNI de su hermano, dinero no había; más adelante, sostiene que pudo ver al acusado que cogió la billetera, sacó el dinero y luego la botó; si bien se advierte una notoria contradicción en dicha declaración en torno a si pudo ver el apoderamiento de la billetera por parte de la mencionada testigo, puede rescatarse primero, que su hermana Luzmila Rosa Evangelista Rojas sí fue testigo presencial de los hechos; segundo, que es vidente que Alejandrina Masgo Rojas no pudo ver porque en efecto se encontraba al interior de su domicilio; y tercero, que su menor hijo al recoger un DNI en el lugar de los hechos demuestra que no hubo billetera alguna en dicho lugar, por tanto, refuerza el argumento que el acusado se llevó consigo el citado bien.

Prexistencia del bien sustraído

El agraviado manifestó que tenía una suma dineraria de mil quinientos soles, siendo parte del dinero que corresponde a la venta de carneros; aun cuando este extremo ha sido cuestionado por la defensa porque el agraviado no acredita la preexistencia del dinero, ha de tenerse en cuenta que en el lugar donde el agraviado

vendió sus carneros fue en la puna, donde no hay letrado para extender instrumento alguno; es más, de acuerdo a las máximas de la experiencia las contraprestaciones en lugares alejados del país está limitado a intercambios informales; asimismo, la defensa ha observado el monto sustraído de la billetera, siendo que el agraviado habría dicho inicialmente que tenía mil soles, y luego de tomar conocimiento el contenido del acta, ha referido que tenía mil cuatrocientos soles; concerniente a ello, tenemos que el agraviado ha señalado en audiencia que en efecto cuando llegó de la sierra tenía aproximadamente mil quinientos soles, mil soles correspondiente a la venta de sus carneros y quinientos soles que su señora madre le habría dado para unos encargos, pero que habiendo hecho compras por el cumpleaños de su hermana tenía mil soles; por tanto, no se advierte contradicción alguna en ese sentido, siendo coherente que incluso para poder trasladarse desde Huánuco ha gastado en pasajes, lo que condice con el Informe Policial N° 20-2012- REG POLICIAL-H-CSP-SEINPOL; con lo que se acredita que la suma dineraria era de mil soles; por lo que se encuentra acreditada la preexistencia; asimismo con el acta de registro personal donde se halló al acusado la cantidad de mil cuatrocientos nuevos soles aproximadamente, formando parte de ese dinero el monto de mil nuevos soles que le sustrajo al agraviado.

Circunstancias relevantes en la comisión del delito

El agraviado ha sostenido en esta audiencia que el imputado Tomas Alva Tafur lo tomó por sorpresa, lo jaló y lo arrastró para despojarlo de su billetera. Dicha circunstancia tiene una particular importancia en la media que la violencia ejercida por el agente constituye precisamente uno de los elementos que configura el delito

de robo; siendo esto así, el Certificado Médico Legal N° 1085-L resulta revelador, el agraviado resultó con excoriaciones en dorso de la mano derecha, en dorso de falange media, excoriación rojiza en codo derecho, teniendo como agente uña humana y fricción sobre superficie áspera; nos preguntamos si esas lesiones traumáticas recientes se las hizo el propio agraviado; consideramos que no; ¿estas lesiones son compatibles con la declaración vertida por el agraviado? Estamos convencidos de que sí, pues la existencia de lesiones con presencia del agente uña humana son compatibles con el forcejeo que el agraviado ha referido y lo observado por la testigo Luzmila Rosa Evangelista Rojas, y respecto a la fricción sobre superficie áspera corresponde al efecto de arrastre que el acusado Alva Tafur ejerció sobre el agraviado, lo que a su vez se corresponde con la ropa manchada de excremento y tierra, como es natural el agraviado se encontraba defecando; con relación a la aparente contradicción de la hora, por un lado, la hermana del agraviado incluso ha referido que la hora en que habría acaecido los hechos eran las siete y media de la mañana, lo que se contrapone con la versión de la testigo Eusebia Sofía Polo Romero, quien ha señalado que frecuenta coger agua de la pileta a las nueve de la mañana, lo que puede haberse visto inducida a errar en su apreciación, atendiendo a que señaló más adelante que era un día soleado.

Determinación de la pena

El artículo 188 del Código Penal sanciona esta conducta con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años; al respecto, debemos tener en cuenta conforme al artículo 45 del Código Penal, las carencia sociales, cultura y costumbre del agente, y por otro lado los intereses de la víctima; en el caso de autos,

el agente es de origen provinciano, con grado de instrucción tercero de primaria, ejerce como agricultor y reside en un centro poblado, de lo cual se colige que es de posición social y económica no encumbrada; y la víctima se trata de una persona joven que con el producto de su esfuerzo se procura de sus ingresos propios; asimismo, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 46 del Código Penal, modificado por Ley N° 30076, tenemos que dice como atenuante que el acusado carece de antecedentes penales y una circunstancia agravante consistente en que el agente para perpetrar el delito aprovechó las circunstancias de modo y lugar que dificultó la defensa del agraviado; y el artículo 45-A, modificado por la Ley N° 30076, que existiendo una circunstancia de atenuación y otra de agravación, le corresponde al acusado una pena ubicable en el tercio intermedio, es decir, si la pena prevista para el delito de robo, oscila de tres a ocho años, tenemos que la pena intermedia oscila entre cuatro años y ocho meses, y seis años y cuatro meses; asimismo, apreciando que el dinero ha sido recuperado se toma en cuenta los principio de razonabilidad, proporcionalidad y lesividad, corresponde para el caso de autos imponer cinco de años de pena privativa de libertad; por otro lado, considerando que la pena es superior a los cuatro años, que la naturaleza y modalidad del hecho, así como la personalidad del agente hace prever que podría cometer nuevo delito, se advierte que no concurren los presupuestos previsto en el artículo 57 del Código Penal; por tanto, la pena será con carácter de efectiva.

3.6 Condena y reparación civil

El Juzgado Penal Unipersonal Transitorio resolvió:

- 1) CONDENAR al acusado Tomas Alva Tafur como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo, en agravio de Elmer Lucio Rojas Evangelista, a CINCO (5) años de pena privativa de la libertad, con carácter de efectiva.
- 2) Fijar el monto de QUINIENTOS SOLES (S/ 500.00) por concepto de reparación civil, a pagar a favor del agraviado, con costas.

3.7 De los fundamentos del recurso de apelación

La defensa del acusado Tomas Alva Tafur interpuso recurso impugnatorio contra la sentencia condenatoria, objetando la incorrecta valoración de las pruebas testimoniales y de la incorrecta aplicación de la ley penal en la determinación judicial de la pena. Lo hizo en los siguientes términos:

- Sobre los hechos y órganos de prueba incorrectamente valorados.
- Respecto a las circunstancias de comisión del delito (*modus operandi* del apoderamiento de la billetera).

De acuerdo con la sentencia condenatoria se tiene que el agraviado Elmer Evangelista Rojas ha declarado en el plenario que en circunstancias en que se encontraba defecando en un cerro, un sujeto lo tomó del cuello sorpresivamente, le sustrajo la billetera y fugo del lugar; si bien al inicio no pudo apreciar de quién se trataba, en vista de que fue seguido en incluso pudo ver que el sujeto forcejeaba con su hermana (Considerando sexto, literal b), literal a) de la sentencia); mientras que en el considerando sexto, literal b) de la misma sentencia se tiene que cuando el

agraviado estaba con el pantalón por acá, no pudo defenderse (...) que producto del forcejeo con el acusado tenía heridas en el brazo y moretones en la espalda, que se manchó toda su ropa, que el acusado luego de quitarle su billetera huyó del lugar; seguidamente vendría sus hermana Luzmila Rosa Rojas Evangelista y Alejandrina Masgo Rojas. Como bien se aprecia, la sentencia recurrida entra en contradicción directa, en cuanto recoge declaraciones disímiles del propio agraviado, específicamente entre el literal a) y b) del considerando sexto, respecto a un punto principal, esto es, que pudo ver que el sujeto forcejeaba con su hermana para luego afirmar contradictoriamente que el acusado luego de quitarle su billetera huyó del lugar; seguidamente, vendría sus hermanas Luzmila Rosa Rojas Evangelista y Alejandrina Masgo Rojas.

Pero en realidad, como también se puede leer en la misma sentencia (4.1.1.1 Declaración testimonial de Elmer Lucio Evangelista Rojas), se tiene que el agraviado señala en su examen en el plenario que el acusado le agarro por detrás, me tumba y me jala, yo como estaba con el pantalón por acá también no podía defenderme porque también tenía cuchillo y ya no. Me cortó la mano, no podía defenderme, no podía decir nada porque no había gente en ese instante, mi hermana sí estaba más abajo (...) mis hermanas querían quitarle la billetera como él es hombre le ganó en fuerza y se fue”. Como bien se desprende de esta declaración, el agraviado ha indicado que se le agredió con cuchillo y se le cortó la mano y que no había gente en ese instante y su hermana sí estaba pero más abajo.

Alega la defensa: De acuerdo con las exigencias del derecho probatorio y la jurisprudencia vinculante nacional, se requiere para la validez y valoración positiva de la declaración del agraviado que esta debe estar corroborado por datos externos

y periféricos como son las declaraciones de los testigos e instrumentales (pericias o informes médicos). Asimismo, las declaraciones testimoniales deben ser persistentes y uniformes, aspecto que en la sentencia recurrida no se aprecia en ninguno de los extremos.

El Certificado Médico Legal N° 1085-L, indica que el agraviado resultó con excoriaciones en dorso de la mano derecha, en dorso de falange media, excoriación rojiza en codo derecho, teniendo como agente uña humana y fricción sobre superficie áspera (Considerando Sexto, Literal d). Por lo que resulta falsa la declaración del propio agraviado quien estuvo en su examen, que el acusado lo amenazó con un cuchillo y lo cortó en la mano, pues este dato no se acredita con el certificado médico legal. Asimismo, el certificado no hace referencias a los supuestos moretones en la espalda del agraviado ni tampoco a golpes o excoriaciones o hematomas alrededor del cuello de la víctima, tal como señala el agraviado que fue atacado por la espalda. Y en todo caso las lesiones encontradas a la última se debieron a autolesiones debido a que este se encontraba en estado de ebriedad.

– De la prueba de la preexistencia jurídica del bien objeto de apoderamiento.

De la declaración del agraviado (4.1.1.1 Declaración testimonial de Elmer Lucio Evangelista Rojas), se tiene que ha señalado que su “billetera era de color negro estaba mi dinero y más cosas tenía, tenía aproximadamente mil soles procedentes de haber vendido mis carneros al señor Elvis Espinoza Borrovic, que es un negociante comprador de carnero, le vendí el 20 de marzo, yo vendí ocho carneros cada uno a ciento cincuenta soles a ciento setenta soles, luego señala que

su billetera era color negro, con líneas marrones o algo así (...) concerniente a mi declaración ampliatoria en la policía de fecha 30 de marzo que tenía mil quinientos nuevos soles, dado que mi mamá me entrego quinientos soles”.

Alega la defensa: El agraviado no ha logrado acreditar bajo ningún medio de prueba la preexistencia del dinero objeto de apoderamiento, no ha ofertado como medios de pruebas las declaraciones como testigo de Elvis Espinoza Borrovic o de su señora madre para poder determinar la fecha y las circunstancias en que entregó los quinientos soles a su hijo y con qué fin lo hizo. Por su parte, la defensa del acusado sí ha acreditado la preexistencia del dinero que fue objeto de incautación en su momento, por medio de la instrumental copia fotostática del documento privado de transferencia de compra venta de terreno agrícola en el sector Salado, de fecha 18 de marzo del 2012, mediante la cual se acredita que el sentenciado vendió un terreno en el sector el Saldo San Martin, terreno valorizado en diez mil nuevos soles a la señora Marcela Huamán Cualquier, quien entregó en dicha oportunidad la suma de cinco mil nuevos soles, transferencia que se celebró en presencia y bajo constancia del Juez de Paz de Sarraya.

- Sobre la incorrecta aplicación de la ley penal en la determinación judicial de la pena.

La sentencia establece lo siguiente: Ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 46 del Código Penal, modificado por Ley N° 30076, tenemos que existe como atenuante que el acusado carece de antecedentes penales y una circunstancia de modo y lugar que dificultó la defensa del agraviado; y el artículo 45-A

modificado por la Ley N° 30076, existiendo una circunstancia de atenuación y otra de agravación, le corresponde al acusado una pena ubicable en el tercio intermedio.

Alega la defensa: En efecto el juez penal establece como circunstancia agravante genérica una circunstancia de modo y lugar que dificultó la defensa del ofendido; sin embargo, se tiene que esta agravante recién entró en vigencia en la normativa penal sustancial peruana con la modificación del art. 46 del CP, que se dio mediante artículo 1° de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013, y estando a que los hechos materia de imputación supuestamente ocurrieron el día 28 de marzo del 2012, no se puede aplicar esta norma penal al caso concreto. En efecto, el principio de retroactividad de las leyes supone que la ley penal solo es aplicable al acto u omisión cometidos después de su entrada en vigor, y, que, por tanto, no puede ser aplicado al hecho cometido con anterioridad.

3.8 Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

La Sala Permanente de Apelaciones fundamentó su decisión de la siguiente manera.

Cuestionamiento a prueba producida en el juicio oral de primera instancia que no acredita la responsabilidad del acusado:

El agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas dijo haber estado libando licor hasta las tres de la mañana por el cumpleaños de su hermana, salió hacer sus necesidades fisiológicas acompañado de dos sobrinos, quienes lo dejan, se sienta, de pronto le coge un tipo por detrás con la mano, le logra jalar la billetera con dinero, forcejea, después se escapó a su casa que se encuentra cerca del lugar, fue cogido por sus hermanas pero no pudieron quitarle la billetera, reconoce que en la policía

dijo que tenía un mil quinientos soles en su billetera, pero como había gastado para el cumpleaños de su hermana en promedio tenía mil soles.

La testigo Alejandrina Masgo Rojas, hermana del agraviado dijo que el ratero estaba corriendo por la misma esquina, sacó de su bolsillo una billetera, extrajo el dinero y botó la billetera, después agrega incoherentemente que no ha visto lo que ha botado porque estaba adentro sino el que ha visto lo que ha botado ha sido su hermana Luzmila; después dice que le dijo a su hijito anda a recoger, estaba el DNI de su hermano, el dinero no, ha cambiado la billetera, su hermana lo chapó, agrega que después dialogaron con la madre del acusado.

La testigo Luzmila Rosa Evangelista Rojas, hermana del agraviado dijo que vio que una persona estaba robando la billetera a su hermano —sin embargo, no describe el forcejeo entre el agraviado y acusado que dijo el agraviado se produjo— corrió atrás de esa persona, lo cogió, le dijo que le entregara la billetera, pero le ganó la fuerza, se fue corriendo ingresó a su casa, salió la mama del encausado. Nótese que dicha testigo no señala lo que dijo su propia hermana Alejandrina quien vio que el sujeto que corría botó la billetera después de haber extraído el dinero.

La testigo Eusebia Sofía Polo Romero dice haber visto que el acusado trataba de quitar la billetera al agraviado; después dice que le arranchó la cartera —versión genérica—, no describe lo señalado por las hermanas del agraviado. En efecto, analizando los testimonios antes descritos no resultan coherentes, consistentes ni uniformes respecto del hecho central del robo de la billetera con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, por lo que no pueden ser útiles para sustentar una condena, sino más bien son útiles para emitir una sentencia absolutoria.

Sin embargo, lo más relevante en el presente caso para desvirtuar la responsabilidad penal del acusado, corresponde a la prueba de cargo denominada acta de registro persona e incautación, realizado al acusado Tomas Alva Tafur oralizado en el juicio oral, en el que consigna que en su posesión se encontró una billetera color marrón en cuyo interior se encontraron catorce billetes de cien nuevos soles, cuatro monedas de un nuevo sol y una moneda de dos nuevos soles, haciendo un total de S/ 1406 soles (Un mil cuatrocientos seis con 00/100 soles), de donde se infiere que no resulta cierto lo señalado por el agraviado, puesto que si dice que el acusado le robó su billetera que contenía un mil nuevos soles, entonces esa cantidad debió encontrarse al acusado, lo cual no fue así; además debe tenerse presente que el agraviado y sus hermanas se encontraban en estado de ebriedad, situación que pudo haber dado lugar para que se produzca una confusión respecto a la persona que realmente realizó el acto delictivo.

Si la testigo de cargo Alejandrina Masgo Rojas dice que el autor del robo botó la billetera después de haber extraído el dinero, entonces como es que al acusado se le habría encontrado en su poder la billetera de color marrón; además se desconoce por inexistencia de prueba sobre las circunstancias en que la policía redactó el acta de registro e incautación —los efectivos policiales intervinientes no declararon en el juicio porque el fiscal no los ofreció como testigos—, por lo que se tiene como cierto lo declarado por el acusado, quien ha explicado en forma lógica y razonada cómo es que personas ebrias lo sindicaban y golpeaban de haber cometido un robo siendo defendido por el señor Hildebrando Portilla, cuando se hizo presente la Policía les entregó su billetera con dinero que tenía en su interior que iba a utilizarlo para hacer la compra de un terreno. Además, el acusado reside

en el mismo lugar, es una persona adulta de 41 años de edad, casado, padre de familia, con tres hijos, sin antecedentes penales.

Finalmente el juez unipersonal pese a las incoherencias e inconsistencias de los manifestado por el agraviado, en mérito a dicho testimonio tiene por acreditado la preexistencia del dinero de un mil soles que dice haber tenido en el interior de su billetera, pese que a nivel de investigación dijo haber tenido una cantidad distinta, por lo que en el presente caso no se encuentra acreditado con medio idóneo la preexistencia del dinero conforme establece el artículo 201 numeral 1 del Código Procesal Penal.

- RESOLVIÓ: REVOCAR la sentencia de fecha 06 de febrero del 2015 en el extremo que falla condenando a Tomas Alva Tafur como autor por la comisión del delito contra el patrimonio —robo—, en agravio de Elmer Lucio Evangelista Rojas. Y reformándola: ABSOLVIERON a Tomas Alva Tafur del mencionado ilícito penal.

3.9 Fundamentos del recurso de casación formulado por el Ministerio Público

El Ministerio Público —específicamente, el fiscal superior penal—, como ente persecutor del delito, interpuso recurso de casación dirigido a cuestionar la decisión adoptada por los jueces superiores de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, materializada en la Resolución N° 20 de fecha 18 de junio de año 2015, en cuanto resuelve “revocar la sentencia contenida en la Resolución N° 15 de fecha 6 de febrero del 2015, interpuesta por la defensa del acusado Tomas Alva Tafur por la comisión del delito contra el patrimonio —robo

(tipo base)—, en agravio de Elmer Lucio Evangelista Rojas; imponiéndoles cinco años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva y se fija en quinientos soles el monto de reparación civil a pagar a favor del agraviado; reformándolo, lo absuelven del mencionado ilícito penal”.

El presente recurso buscó su amparo en aplicación del supuesto excepcional de procedibilidad establecido en el artículo 427 numeral 4 del Código Procesal Penal, esto es, para un mejor desarrollo y uniformidad de la doctrina jurisprudencial, existiendo un verdadero interés casacional, pues se busca la afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial de la máxima instancia judicial, referida a los límites de la valoración de la prueba personal en segunda instancia por parte del Tribunal de Apelaciones. Asimismo, buscaba fundarse en la causal establecida en el artículo 429 numeral 2 del Código Procesal Penal que prescribe: “Son causales para interponer recurso de casación: 2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad.”

Razones que justifican el desarrollo y uniformidad de la doctrina jurisprudencial.

Señala el Ministerio Público, que a través de diversos pronunciamientos emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia —citándose para el caso concreto la Sentencia de Casación N° 03-2007-Huaura del 7 de noviembre del 2007, fundamento undécimo; la Sentencia de Casación N° 75-2001-Huaura del 3 de abril del 2012, fundamento octavo y la Sentencia de Casación N° 195-2012-Moquegua del 5 de septiembre del 2013, fundamento décimo tercero— se ha asumido una línea

jurisprudencial de interpretación del artículo 425 numeral 2 parte *in fine* del Código Procesal Penal, referido a los límites de la valoración de la prueba personal en segunda instancia, destacándose lo siguiente: “(...) el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia...”.

Tal criterio —precisa el recurrente— fijado como línea jurisprudencial de interpretación reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero —como también se ha precisado jurisprudencialmente— no lo elimina, pues existen dos ámbitos para analizar la prueba personal: a) las zonas opacas y b) las zonas abiertas. Siendo en esta últimas donde sí es accesible el control de alzada, pues se trata de aspectos referidos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del juzgado de primera instancia que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, experiencia y conocimientos científicos.

En tal sentido —indica la Fiscalía— la doctrina jurisprudencial citada debe ser reafirmada, toda vez que la Sala Penal de Apelaciones ha ingresado indebidamente a zonas de valoración que le están vedadas por norma legal expresa, tanto más si no se produjo utilidad probatoria en segunda instancia que le hubiese autorizado el cambio de valor probatorio a la prueba personal. Asimismo, en la sentencia de vista no se fundamenta ni precisa cuál es el aspecto relativo a la estructura racional del juzgador en la valoración de la prueba personal que ha sido fiscalizado a través de las reglas de la sana crítica; simplemente se ha vuelto a transcribir en una mínima parte lo dicho por los testigos de cargo, incluido el agraviado, tratando el superior colegio de buscar presuntas contradicciones en sus testimonios e incluso —tal como

está plasmado en el fundamento 20 de la sentencia de vista— se busca explicación sobre hechos que no corresponden ni fluyen de lo que se ha actuado en primera instancia, máxime si la ausencia de explicación que alega la Superior Sala de Apelaciones se encontraba suficientemente esclarecida con información que los propios testigos personales brindaron.

El Ministerio Público considera, por tanto, que existen concretas razones para sostener la existencia de un interés casacional, debiendo firmarse la doctrina jurisprudencial existente referida a la valoración de la prueba en segunda instancia frente al evidente error en que ha incurrido el Tribunal Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

3.9.1 Fundamentos de la inadmisibilidad del recurso de casación

La Sala Penal Permanente de Apelación de Huaura, al resolver o pronunciar respecto al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, argumenta lo siguiente.

Advierte que el recurrente ha invocado el supuesto de procedencia excepcional del recurso de casación, contemplado en el artículo 427, numeral 4), del Código Procesal Penal, referido a la procedencia del recurso para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, denominado “casación excepcional”. Al respecto, precisa que el artículo 430 numeral 4) del código adjetivo, claramente establece que en este caso el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, siendo obligación de este Tribunal Superior constatar la existencia de la fundamentación específica requerida en estos casos.

Por consiguiente, concluye señalando que el recurso de casación excepcional procede siempre y cuando resulte necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que de lo planteado por la parte recurrente —la Fiscalía—, se advierte que carece en sí mismo de interés casacional, pues la sentencia de segunda instancia se ha basado en lo más relevante en el presente caso, esto es, en la valoración de acta de incautación, y no de una prueba personal como refiere el recurrente, por lo que no le aparece evidencia que la resolución de segunda instancia se haya apartado de las jurisprudencias vinculantes alegadas, motivos por los cuales DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público.

3.10 Del análisis propiamente dicho

A manera de análisis del presente expediente, que contará con un análisis dogmático tanto penal como procesal penal, el suscrito procede en analizar y observar los siguientes aspectos.

3.10.1 De la investigación preparatoria

Respecto a las diligencias preliminares

La investigación desde su inicio debe tener un horizonte y orden que el Ministerio Público, como entidad facultada y competente, debe direccionarla desde las primeras diligencias.

Revisando y analizando íntegramente el expediente fiscal y judicial de la presente causa penal, se advierte que no existe disposición fiscal que ordene oficial y expresamente diligencias preliminares. No obstante, cabe resaltar que el informe

policial de la presente causa fue emitido en fecha 14 de abril del 2012, referido documento que contiene la relación de las diligencias inmediatas efectuadas y el análisis de los hechos investigados o denunciados; y la disposición de formalización de investigación preparatoria fue expedida en fecha 3 de abril del 2012, notándose una corta distancia de poco más de 15 días entre uno y otro documento. Si alguna explicación razonamos es que, generalmente, es la Policía Nacional la que en la práctica programa y realiza las diligencias más inmediatas o urgentes posterior a la intervención policial ante la presunta comisión de un hecho delictivo o ante una denuncia de parte.

Se entiende que, la etapa de investigación preparatoria tiene por objeto recabar elementos de convicción de cargo y descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación. Los elementos de convicción son los datos que el fiscal ha recabado al desarrollar los actos de investigación. En resumidas cuentas, la investigación preparatoria tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada al investigado es delictuosa o no.

Siendo esto así, el representante del Ministerio Público no actuó con objetividad en algunos aspectos del desarrollo de la investigación e inclusive en el desarrollo de algunas diligencias oficiales, como lo advertiremos a continuación.

Respecto de la disposición de formalización de la investigación preparatoria.

En este aspecto cabe realizar dos críticas:

- El Ministerio Público ha incumplido el deber de motivar esta disposición, conforme al artículo 64.1 del Código Procesal Penal: “El Ministerio Público formulará sus disposiciones (...) en forma motivada y específica, de manera que

se basten a sí mismos (..)”; pues toda decisión fiscal tiene que expresar los fundamentos que la sostienen, sin embargo en este caso el representante de la Fiscalía no ha consignado expresamente los elementos de convicción que fundamentaría la decisión de formalizar la investigación.

- En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, el Tribunal Constitucional tiene también establecido que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas —sean o no de carácter jurisdiccional— comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 04437-2012-PA/TC)
- Lo dicho precedentemente constituye a su vez una vulneración a la garantía constitucional de la imputación necesaria porque si no hay duda de que la disposición de formalización delimita el objeto de investigación (objeto de prueba), esta disposición debe expresar los hechos en concreto, la tipificación en concreto y las pruebas en concreto (elementos de convicción) para que el investigado pueda ejercer una defensa eficaz.
- Es cuestionable el extremo de la disposición de formalización donde se programó la realización de la diligencia de reconocimiento fotográfico por parte del agraviado y de las testigos. Es de notar que de la revisión de las actas de reconocimiento, se advierte un conjunto de observaciones y cuestionamientos sobre el desarrollo de la referida diligencia y el respeto al procedimiento y características doctrinales y legales de la misma.

En tal sentido, debemos precisar que la diligencia de reconocimiento fotográfico tiene un procedimiento preestablecido, el cual tiene que cumplirse para su efectiva legalidad. La norma procesal penal —el artículo 189 del Código Procesal Penal—, y con mayor desarrollo el protocolo de reconocimiento de personas, fotografías y cosas —aprobado por Decreto Supremo N° 003-2014-JUS—, ha establecido tres reglas que deben acatarse en lo que respecta a ese tipo de acto procesal: 1) el reconocimiento deberá efectuarse con la mayor proximidad temporal a los hechos; la persona que va a efectuar el reconocimiento, previamente deberá describir en sus declaraciones a la persona que pretende reconocer; 2) a la persona que reconocerá se le pondrá a la vista una determinada cantidad de personas para que pueda reconocer, y 3) el grupo de personas seleccionadas para ser puestas a la vista junto a la persona a ser reconocida, en la medida de lo posible deberán tener aspecto exterior semejante a esta última. Entonces, analicemos el respeto de las reglas referidas a las 5 actas de reconocimiento fotográfico que han dejado constancia de la realización de la diligencia.

- a) Respecto al agraviado Elmer Lucio Evangelista Rojas, cuando participó en la diligencia se suscribió un acta de reconocimiento fotográfico, de fecha 29 de mayo del 2012; del contenido de referido documento se advierte que —por decir lo menos— por falta de cuidado en la investigación se realizó el reconocimiento fotográfico tardíamente a la fecha de ocurrido los hechos, dos meses después —desde el 28 de marzo del 2012—, no cumpliéndose el requisito de inmediatez exigido para este tipo de diligencias de investigación; por otro lado, la descripción previa que realiza la persona que va a reconocer es muy genérica, no detalla características específicas de la persona que pretende reconocer.

Asimismo, es objetable que las fotografías (3) que se le exhibió a la persona que reconocerá (agraviado) carecen de aspecto exterior semejante, no acatándose otro requisito exigible para este tipo de acto procesal.

- b) Sobre la denunciante testigo Alejandrina Masgo Rojas Alejandrina (hermana), se incurre en lo mismo, la diligencia se realizó después de más de dos meses (1 de junio del 2012) de ocurrido los hechos imputados (28 de marzo del 2012), no siguiéndose la regla de que el reconocimiento se tiene que dar en la mayor proximidad de tiempo, y las fotografías que se le presentó no cumplían la regla de que tienen que tener aspecto exterior semejante. Adicionalmente, advertimos que la testigo, en su primera declaración ofrecida en sede policial, no brindó ningún tipo de referencia sobre las características físicas de la persona que presuntamente habría cometido el hecho delictivo; por lo tanto, considero que a la fecha de realizarse el reconocimiento fotográfico (1 de junio del 2012) se puede afirmar con rigor que la testigo se ha contaminado y la vuelve impertinente e inoportuna para que pueda efectuar un eventual reconocimiento, más aun considerando que esta tiene un vínculo de parentesco directo de hermana-hermano, según los datos consignados en el expediente y carpeta fiscal.
- c) Con respecto a Celia Amparo Romero Portilla, se tiene que en su declaración en sede policial, de fecha 11 de abril del 2012 (después de 14 días de ocurridos los hechos), no realizó ninguna descripción sobre las características físicas del imputado, consecuentemente se puede afirmar que a esa fecha no existió una descripción previa que sirviera de base para efectividad del reconocimiento fotográfico; sin embargo, como es usual e irresponsable o negligente en la

práctica fiscal —y también en la práctica policial— se le efectuó la diligencia de reconocimiento fotográfico con fecha 1 de junio del 2012 (más de dos meses después de ocurridos los hechos) y es ahí cuando se le pide “señalar las características físicas de la persona que con fecha 28/03/2012, en horas de la mañana le robo su billetera a la persona de Lucio Elmer Evangelista Rojas”, dando características generales y no detalles específicos; y, además, evidenciándose a todas luces una contaminación por parte de la reconociente por la no existencia de la regla de la inmediatez, exigido para esta diligencia, y sumado a ello que existe un vínculo de vecinos, por tanto vuelve impertinente e inoportuna la diligencia de reconocimiento. Asimismo, de la exhibición de las 3 imágenes ofrecidas a la persona que va reconocer se reitera la falta a la regla de semejanza en el aspecto exterior.

- d) Sobre la testigo Eusebia Sofía Polo Romero, declaró por medio de un acta de entrevista, con fecha 28 de marzo del 2012 (en el mismo día y lugar de los hechos), donde no señaló ninguna característica física del imputado; seis días después (3 de abril del 2012), realizó una descripción genérica (“sujeto de contextura baja flaco de unos 36 años aprox.”), siendo la descripción referida casi la misma a la señalada en el acta de reconocimiento fotográfico, por tanto genérica, no indicando características específicas de la persona que considera cometió el hecho delictivo. Del mismo modo, es cuestionable que el reconocimiento fotográfico se haya dado más de dos meses después (1 de junio del 2012) de ocurrido los hechos (28 de marzo del 2012), no cumpliéndose el requisito de inmediatez exigido para este tipo de diligencia, además se puede afirmar la contaminación de la testigo por el tiempo transcurrido, considerando

que son moradores del mismo centro poblado; asimismo, son objetables las 4 imágenes exhibidas a la testigo para que reconozca al imputado, puesto que carecen de aspecto exterior semejante.

- e) Por parte de la testigo Luzmila Rosa Evangelista Rojas, en su declaración brindada en sede policial la fecha del 30 de marzo del 2012, no hace referencia sobre las características físicas del imputado, no existiendo descripción previa del presunto autor del hecho delictivo; aun con esa falencia el Ministerio Público programa la diligencia de reconocimiento fotográfico después de más de dos meses de haber ocurrido los hechos, no considerando la alta probabilidad de contaminación de la testigo y más aun considerando que hay un vínculo de parentesco directo (hermana-hermano). Del mismo modo, son criticables las 3 imágenes ofrecidas al testigo, puesto que carecen de aspectos semejantes exteriores; por lo expresado se puede afirmar que esta diligencia de reconocimiento fotográfico sería impertinente e inoportuna.

No estoy de acuerdo con la Disposición de Prórroga de la Investigación Preparatoria N° 02, de fecha 25 de octubre del 2012, puesto que ha sido emitida fuera del plazo vigente de investigación establecida por la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, de fecha 03 de mayo del 2012, la cual venció el 31 de agosto del 2012. Del mismo modo equivocada, ha sido emitida fuera del plazo de investigación la disposición N° 3, de fecha 18 de noviembre, la cual declara compleja la investigación seguida.

No se puede prorrogar o declarar complejidad de una investigación cuando el plazo inicial dispuesto de 120 días ya ha vencido, puesto que según el Código Procesal Penal la investigación concluye cuando esta ha cumplido con su objeto o

cuando el plazo ha vencido, quedando solo como un formalismo que el fiscal emita su disposición de conclusión —artículo 343, numeral 1 y 2—; entonces, si el plazo de investigación ya ha vencido, la referida investigación no se puede prorrogar en cuanto a su plazo o declararse complejo porque ya no existe; consecuentemente lo correcto es que no se prorrogue o declare complejo una investigación que sigue vigente.

Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Academia, **prorrogar** significa ‘continuar, dilatar, extender algo por un tiempo determinado’. En la presente situación, solo cabría prorrogar sobre un tiempo vigente preexistente. En este caso, la defensa técnica debió advertir referida situación controvertida planteando una tutela de derechos, pues a todas luces se habría vulnerado el derecho al plazo razonable.

3.10.2 De la acusación fiscal

- En la sección de la descripción de los hechos atribuidos, el fiscal del caso establece una imputación demasiado genérica y abstracta, pues únicamente se limita a establecer las fechas, el lugar de los hechos y en qué han consistido los agravios sufridos; sin precisar qué conducta realizó el imputado, si se apoderó del bien total o parcialmente o cómo logró supuestamente quitarle la billetera. En suma, la acusación de ninguna manera precisa qué conducta desplegó el acusado.
- Este defecto de la acusación, es uno de orden formal, que no se condice con el principio de imputación necesaria, ya reconocido a nivel doctrinario y jurisprudencial como uno de ineludible cumplimiento, que también está

garantizado por el artículo 349 inciso 1-b) del Código Procesal Penal, que establece que la acusación fiscal debe contener la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores.

Asimismo, es un defecto que debió ser advertido por la defensa técnica del acusado cuando se le corrió traslado para su respectiva absolución en el plazo de diez días, tal y conforme lo establece el artículo 350 inciso 1-b) del Código Procesal Penal, o en su defecto por la defensoría pública.

3.10.3 De las pruebas no actuadas

- Debió realizarse una inspección fiscal en el lugar de los hechos, a efectos de recabar los elementos materiales que sirvan de sustento para la imputación, como huellas, evidencias, rastros del delito; procedimiento en el cual se garanticen tanto los derechos e intereses de las partes.

3.10.4 De la constitución en actor civil

- En el presente caso la parte agraviada no solicitó constituirse en actor civil conforme lo establece el artículo 99 y siguientes del Código Procesal Penal, siendo que la oportunidad para realizarlo, de acuerdo con el artículo 101 del mismo cuerpo legal, es hasta antes de la culminación de la investigación preparatoria.

3.10.5 De la audiencia de control de acusación

Teniendo en cuenta que esta etapa tiene como objeto el saneamiento del requerimiento de acusación, verificándose, con tal objeto, que no concurran las causales de sobreseimiento previstas en el artículo 334 numeral 2 del Código Procesal Penal, así como que los medios ofrecidos por las partes sean pertinentes, útiles y conducentes.

- Dentro del desarrollo de la audiencia de control de acusación, se advierte que el acusado no tuvo defensa técnica privada, puesto que la Defensoría Pública asumió su defensa, lo cual no desmerece que la abogada defensora público del imputado, antes de exponer sus alegatos de sobreseimiento, debieron cuestionar la falta de precisión en los hechos de acusación, al amparo del artículo 349 inciso 1, b) (Hechos claros y precisos); a efectos de que el juzgador, en aplicación del artículo 352 inciso 2 del Código Procesal Penal, proceda a la devolución del requerimiento de acusación al fiscal del caso, para que vuelva a analizarla y en el plazo de cinco días corrija los defectos anotados.

De las pruebas admitidas: Considero que el documento denominado “Informe Policial” ha sido erróneamente admitido; asumo que esto se debe al poco conocimiento de teoría de la prueba por parte del juez y principalmente por parte del abogado defensor del imputado; la admisión errónea de este documento radica principalmente en lo siguiente: de acuerdo con el art. 332, numeral 2, del Código Procesal Penal, el “informe policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades”; esto quiere decir que la necesidad de que un caso penal requiera

un informe del cuerpo policial se debe a que en ciertos casos urge una apreciación especializada respecto —por ejemplo— del carácter delictuoso del hecho, si estos son penalmente relevantes o del *modus operandi*, etc.; esto se desprende de que el artículo precitado especifica que el “Informe Policial” contendrá un análisis de los hechos. Entonces, si lo que se busca con un “Informe Policial” es que un personal policial preste al caso su análisis particular de los hechos —aplicando los fundamentos de la teoría de la prueba— este análisis policial reside en los conocimientos que tenga este efectivo, si esto es así, estamos ante lo que se conoce fuente de prueba personal; entonces, el medio de prueba idóneo para trasladar esa fuente de prueba a la etapa estelar del proceso —juicio oral— no es el medio de prueba documental, “Informe Policial” como documento, sino el medio de prueba personal o testimonial; esto es, debió ofrecerse y admitirse el órgano de prueba representado en la persona física del efectivo policial que suscribió el “Informe Policial”, o sea a quien elaboro el análisis que requiere la Ley.

3.10.6 Del auto de enjuiciamiento

En este caso en concreto, el juez de investigación preparatoria, luego del debate realizado en el control de acusación, decidió disponer el enjuiciamiento de las persona de Tomas Alva Tafur, pues según su razonamiento sí existen elementos de convicción contra él que lo ubican en el tiempo y lugar de los hechos, pero sin especificarse en dichos elementos de convicción qué conductas realizó en relación a la consumación del delito, dejando la etapa del juicio como el estadio en el cual se debería determinar de qué forma han consumado el delito de robo.

- Al respecto, soy de la opinión que en el presente caso, no se debió enjuiciar al ciudadano acusado, pues la Fiscalía durante toda la investigación no logró determinar qué conducta realizó, ya que no es correcto que se someta a juicio a los ciudadanos, como en este caso, tan solo por conocer que estuvieron presentes en el lugar de los hechos sin saber de qué forma consumaron el tipo penal, cuando esta tarea debe realizarse en la etapa de investigación mas no en el juicio oral, pues al juicio se acude a corroborar una imputación concreta, no a averiguarla. Que el imputado haya estado en el lugar de los hechos, tan solo motivaría que sean investigado, mas no que sea enjuiciado, y hasta condenado como se verá más adelante.

3.10.7 Del juicio oral

- La testigo Eusebia Sofía Polo en el contrainterrogatorio realizado por la defensa técnica del acusado (sesión de juicio oral de fecha 21/01/2015) ante una pregunta planteada respecto a si vio u observó la sustracción de la billetera al agraviado por parte del acusado se contradice con su declaración brindada en la sede policial, puesto que en el juicio cuando la defensa del acusado la contrainterroga, la testigo afirma que “vi al señor Tomás le arranchaba la cartera, que le metía la mano, desde el lugar donde extraía agua (...)”, lo cual se contrapone a lo dicho a la Policía en el mismo día de los hechos (Acta de Entrevista del 28/03/2012) y en sede policial (Declaración del 3/04/2012), pues declara que vio que el acusado al agraviado “lo arrastraba”, “lo jalaba de la camisa” y “luego de que lo arrastró ya no se veía en razón de que tapaba la visibilidad los corrales de estera”. Ante esta situación la defensa técnica del

acusado debió advertir la contradicción y someter a la testigo a “confrontación” de sus versiones, mecanismo legal que está respaldado por el artículo 378, numeral 8, del Código Procesal Penal.

Entonces, la pregunta de si vio u observó con claridad la “sustracción” de la supuesta billetera resulta vital y necesaria, ya que de su respuesta determinará si se acredita uno de los elementos objetivos del tipo penal de robo.

- En esta causa penal cabe advertir que de todos los testigos que declararon en juicio sus declaraciones fueron recabadas durante la etapa de investigación, lo que desde mi punto de vista es un acierto porque actualmente se estima que el representante del Ministerio Público ofrezca testigos para el juicio cuando estos no han declarado en la investigación pese a los reiterativos llamados para hacerlo. Entonces, surgen las interrogantes siguientes: ¿Qué hacer cuando el fiscal ofrece testimonios de personas que no han declarado en la investigación? ¿Cómo oponernos? Pues veamos y esbozemos un pequeño comentario y crítica a las cuestiones planteadas.

¿Debería admitirse la testimonial que no ha sido recolectada en la investigación preparatoria?

La respuesta debe ser negativa si se quiere respetar el inciso 1 del artículo VIII del Título Preliminar, el inciso 1 del artículo 321 del Código Procesal Penal y el principio de contradicción, que confiere a las partes la posibilidad —facultad— de participar en la producción del material probatorio, dentro de la investigación preparatoria, que luego será determinante para la toma de la decisión final.

Sin embargo, en la práctica judicial, que por razones extralegales a veces riñe con el mandamiento de la Ley, se admiten, v. gr., testimonios que de manera sorpresiva aparecen en el ofertorio de las pruebas de cargo, pese a que no han sido producidos ni recabados durante la investigación preparatoria. No son pocos los casos en que, ante la reiterada inconcurrencia del testigo, para que su declaración sea recibida en sede fiscal, termina por ser ofrecido en el requerimiento acusatorio y admitido para el juicio oral, gracias al descontrol del juez de garantías.

¿Cómo oponerse?

Al parecer no basta invocar el artículo VIII del Título Preliminar ni el artículo 321 del Código Procesal Penal. Pero podemos sumar dos argumentos que sirven para evitar aquella indebida admisión. El primero, referido a la pertinencia como requisito de admisibilidad del elemento de prueba, que es un requisito que obligatoriamente se tiene que verificar en el caso en concreto, esto es, tener certeza de que el elemento de prueba se relaciona directa o indirectamente con el tema de prueba y por tanto merece ser admitido para el juicio, esto solo se puede contrastar si previamente se ha recabado el testimonio y se conoce, con exactitud, la información que porta; de ninguna manera la pertinencia puede ser presumida, como ocurre cuando se ofrece el testimonio de quien nunca declaró con anterioridad; si no se tiene certeza sobre si la información con la que cuenta se relaciona con el tema de prueba, lo único que quedará es especular sobre su pertinencia, lo que tiene ser sancionado con su inadmisión.

El segundo, referido al eficaz ejercicio del derecho de contradicción, en su versión de confrontación judicial de testigos. El artículo 378 inciso 8 del CPP

reconoce el derecho de confrontar a un testigo que declarando en juicio contradice su declaración previa, fiscal o policial. Para no vulnerar este derecho, el juez de garantías debe “garantizar” que pueda ser ejecutado por el contrainterrogado durante el juicio, y no existe otra manera de que se garantice si no es admitiendo como testigos de cargo solo a aquellos que les preexista una declaración anterior —presupuesto de ofrecimiento—, de lo contrario, se restringiría el derecho de confrontación, pues por razones obvias, no se podría confrontar con su versión previa al testigo que nunca declaró con anterioridad al juicio.

3.10.8 De la sentencia de primera instancia

- Sostengo que debió absolverse al imputado enjuiciado por cuanto, a mi criterio, la sentencia de primera instancia carece de una motivación suficiente y atenta contra el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, toda vez que el juzgador condena al enjuiciado, sin que durante el juicio oral se haya determinado cuál es la participación concreta.
- Otro defecto de la sentencia de primera instancia es la siguiente: no hay motivación respecto al elemento subjetivo del tipo-dolo. Según Gonzales (2018), hasta el día de hoy existen dos maneras de probar el dolo (no hay prueba directa sino solo se usa prueba indirecta), 1) el autor confiesa la comisión intencional del delito, y 2) el autor niega la comisión del delito y por tanto hay que establecer el dolo a partir de la valoración de medios probatorios indirectos; por ejemplo, ¿cómo se prueba el *animus necandi*? En un caso concreto se tendrían que valorar las circunstancias indirectas, como la zona del disparo, el arma empleada, el número de lesiones, la zona de la lesión, la distancia, la

capacidad personal del autor etc., solo así podría deducirse con razonabilidad si cierta persona tuvo o no intención de matar o lesionar a la víctima. En este caso concreto el juez de primera instancia no desarrolla un tópico similar para establecer el dolo, pese a que el dolo forma parte de la imputación y por consiguiente también es objeto de prueba, puesto que el dolo es componente de los hechos que se refieren a la imputación, y motivación judicial. El juez de primera instancia con esto vulnera la debida motivación judicial porque a lo largo de la sentencia no ha expresado argumento alguno sobre el cómo da por probado este elemento subjetivo del tipo penal.

3.10.9 De la apelación

- Soy de la opinión de que el recurso impugnatorio de la defensa técnica del condenado se encuentra bien fundamentado, pues aquél hace notar la evidente falta de debida fundamentación, pues advierte a la Sala Penal de Apelaciones que, en el presente caso, se ha advertido con notoriedad las graves contradicciones y defectos en la apreciación de los hechos por parte del agraviado y de los testigos y, asimismo, se ha realizado una incorrecta valoración de las pruebas testimoniales por parte del juzgador. Sin embargo, ha hecho uso de una jurisprudencia (Acuerdo Plenario 2-2005) que no corresponde, puesto que es solo aplicable exclusivamente para testigos únicos, a razón de que hay casos de delitos cometidos en clandestinidad y para no restarle valor probatorio a esa única versión aplicándose criterios de certeza.

3.10.10 De la sentencia de segunda instancia

- Con mejor criterio la Sala Penal de Apelaciones, hizo bien en absolver de los cargos imputados al acusado Tomas Alva Tafur, pues, como ya hemos advertido en líneas precedentes, la Sala ha valorado correctamente la prueba testimonial porque se ha abocado a considerar los detalles de las versiones de los testigos los cuales no resultan coherentes, consistentes ni uniformes respecto al hecho central del robo de la billetera, por lo que concluyen que no pueden sustentar una condena, sino más bien son útiles para emitir una sentencia absolutoria.

3.10.11 Del recurso de casación formulado por el Ministerio Público

- Es de advertir que —conforme lo establece la doctrina de mayor rigor académico y la jurisprudencia reiterada— en los supuestos de la llamada “casación excepcional” cabe exigir que el impugnante consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. La valoración que ha de realizar el Tribunal Superior para asumir un criterio objetivo de admisibilidad, más allá de su carácter discrecional, ha de circunscribirse a la presencia de un verdadero interés casacional; esto es: (i) unificación de interpretaciones contradictorias —jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales—, afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada pero de especiales connotaciones jurídicas, así como (ii) la exigencia ineludible, por sus características generales,

más allá del interés del recurrente —defensa del *ius constitutionis*—, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal. En el presente caso el Ministerio Público como parte impugnante no ha justificado razonablemente el interés casacional ni la necesidad de desarrollo jurisprudencial, ya que de lo planteado por la Fiscalía en su recurso de casación se advierte que carece de interés casacional, pues la sentencia de segunda instancia se ha basado en lo más relevante del caso, esto es, en la valoración del acta de registro personal y de incautación, y no de una prueba personal como refiere, que es donde pretende reafirmación de una línea jurisprudencial. En consecuencia, la denegación del recurso de casación está arreglado a derecho.

3.10.12 De la inadmisibilidad del recurso de casación

- Ciertamente, la resolución que declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público se encuentra debidamente argumentada, conforme a la exigibilidad constitucional de motivar coherente y racionalmente sus decisiones. No obstante, cabe resaltar que, ante la negativa de la Sala Penal Superior respecto a la admisibilidad del recurso de casación, el Ministerio Público ha preferido evitarse continuar bregando por sus argumentos, toda vez que ha tenido la posibilidad de plantear un recurso de queja ante el órgano jurisdiccional superior, que en este caso vendría a ser la Sala Penal Suprema de Justicia, pues a todas luces se advierte que ha preferido no hacerlo.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. Para condenar a un ciudadano es necesario determinar con exactitud el grado de su participación en el hecho ilícito que se le imputa, precisar las pruebas que así lo acrediten y presentar una debida motivación de la resolución judicial condenatoria o absolutoria.
2. En el presente expediente analizado han concurrido todas las etapas del proceso penal, descritas en el Nuevo Código Procesal Penal, lo cual contribuye a la formación académica de nuevos jóvenes abogados.
3. Es de importancia conocer el procedimiento legal y constitucional de cada una de las diligencias que se realizan en la etapa de investigación preparatoria, como, por el ejemplo, el reconocimiento de personas y otras de relevancia penal que coadyuven al esclarecimiento de la comisión de un delito.
4. La defensa técnica debe controlar el cumplimiento de los plazos preestablecidos legalmente para cada una de las etapas del proceso penal. En el presente caso no se hizo con suficiencia.
5. La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de derecho; por ello, a toda persona imputada, debe reconocérsele el “derecho subjetivo de ser considerado inocente”.
6. El resultado de la valoración de la prueba permite distinguir entre prueba de certeza y de probabilidad. La segunda es suficiente para determinar un procesamiento (en los códigos que lo establecen), pero no una condena. A su

vez, ambas pueden ser positivas o negativas, exigiéndose la certeza positiva para condenar, y la certeza negativa para sobreseer definitivamente.

7. El robo simple se configura cuando el sujeto activo con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia contra la persona o la amenaza con peligro inminente para su vida o integridad física.
8. Del análisis del expediente se revela un déficit en los operadores jurídicos, que tienen bajo sus decisiones el respeto o vulneración de un derecho fundamental, como es el de la libertad, sobre los principios y la aplicación del Código Procesal Penal vigente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116.
- Bramon, L. y García, M. (1998). *Estudio sobre el derecho penal*. Gaceta Jurídica.
- Caro, J. (2018). *Summa Penal: Toda la jurisprudencia penal vinculante y relevante y actual* (3.ª ed.). Nomos & Themis.
- Castillo, J. (2013). *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley.
- Código Penal. (1991, 4 de abril). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Contreras, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons.
- Corte Suprema Exp N° 3265-99-Amazonas.
- Corte Suprema Exp. N.º 1866-98-Cusco.
- Corte Suprema Exp. N.º 2221-99-Lima.
- Corte Suprema Exp. N.º 2435-99- Huánuco.
- Corte Suprema Exp. N.º 3337-2001-Ica.
- Corte Suprema Exp. N.º 4045-97-Lima.
- Corte Suprema Exp. N.º 4385-98-Lima.
- Corte Suprema Exp. N.º 6014-97-Arequipa.
- Corte Suprema Exp. N.º 6014-97-Arequipa.
- Corte Suprema Exp. N° 1255-97-Cono Norte.
- Corte Suprema Exp. N°2221-99 Lima.
- Corte Suprema R. N. N° 4937-2008-Ancash.
- Corte Suprema R.N. N °4960-2006-Lama Norte.
- Corte Suprema R.N. N. ° 102-2005-Lima.

Corte Suprema R.N. N.° 813-2008-La Libertad.

Corte Suprema R.N. N.° 102-2005-Lima.

Corte Suprema R.N. N.° 102-2005-Lima.

Corte Suprema R.N. N.° 102-2005-Lima.

Corte Suprema R.N. N.° 1750-2004-Callao.

Corte Suprema R.N. N.° 223-2004-Trujillo.

Corte Suprema R.N. N.° 2308-2005-Cono Norte de Lima.

Corte Suprema R.N. N.° 244-2004.

Corte Suprema R.N. N.° 244-2004-Nacional.

Corte Suprema R.N. N.° 2818-2011- Puno.

Corte Suprema R.N. N.° 3932-2004-Nacional.

Corte Suprema R.N. N.° 813-2008- La Libertad.

Corte Suprema. Exp. N.° 2760-97-Lima.

Corte Suprema. Exp. N.° 4354-97-Callao.

Corte Suprema. Exp. N.° 4749-99-Lima.

Corte Suprema. Exp. N.° 64-99-La Libertad.

Corte Suprema. Exp. N.° 821-99-La Libertad.

Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.° 3932 -2004 Nacional.

Espinoza, B. (2018). *Litigación penal. Manual de aplicación del proceso común*. Grijley.

Ferrajoli, L. (2016). *Garantismo penal: la fuente del sistema acusatorio*. UNAM.

Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.

Gonzales, D. (2018). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra.

- Hurtado, J. (2011). *Manual de derecho penal*. IDEMSA.
- Mendoza, F. (2015). *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*. IDEMSA.
- Miranda, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio: reflexiones adaptadas al proceso penal peruano de 2004*. Grijley.
- Nieva, J. (2014). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Peña, A. (2018). *Derecho penal. Parte especial*. Communitas.
- Reyna, L. (2015). *La defensa del imputado. Perspectivas garantistas*. Juristas Editores.
- Rojas, F. (2000). *Delitos contra el patrimonio*. Grijley.
- Roy, L. (1983). *Derecho penal parte especial: delitos contra el patrimonio*. Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- Salinas, R. (2008). *Derecho penal. Parte especial*. Grijley.
- Tribunal Constitucional Exp. N.º 04437-2012-PA/TC.