

UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
(SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES)
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

AUTOR:

SARA NOEMI CARRUITERO MEJÍA

ASESOR:

JULIO CESAR PALA GARCÍA

HUARAZ – ANCASH –PERU

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. Línea de Investigación (*): _____

8. Sub-línea de Investigación (*): _____

() Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

9. Asesor:

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

E-mail: _____ ID ORCID: _____

10. Referencia bibliográfica: _____

11. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo.

Acceso restringido** al contenido completo

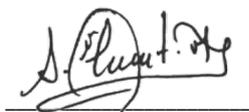
Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de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



12. 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

13. 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".

.....

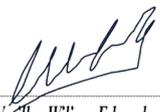
14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

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 69- FDCCPP

MODALIDAD: SUSTENTACION DE EXPEDIENTES JUDICIALES.

En la ciudad de Huaraz, siendo las diecisiete horas del día veintisiete de noviembre del dos mil diecinueve, se presentaron en el Auditorium N° 02 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo", el Jurado Calificador integrado por los docentes:

- Abog. ESPINOZA VALVERDE ELEAZAR MANUEL Presidente
- Mag. ORDEANO VARGAS DEMETRIO MOISES Secretario
- Abog. PALA GARCIA JULIOCESAR Vocal

Con el objeto de examinar en Acto Público, la Sustentación Oral de Expedientes: CIVIL N° 00213-2006-0-0201-JR-FC-02 (DIVORCIO POR CAUSAL) y PENAL N° 00029-2014-0-0201-JR-PE-01 (JUZGAMIENTO) de la Bach. CARRUITERO MEJIA SARA NOEMI, para optar el Título Profesional de Abogado.

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

PROMEDIO... 14 (catorce)
RESULTADO... Por mayoría

En mérito de lo cual, el Jurado Calificador Declara ... APTO ..., para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las... 18:30 ... horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

Handwritten signatures and printed names of the jury members: Abog. ESPINOZA VALVERDE ELEAZAR MANUEL (Presidente), Mag. ORDEANO VARGAS DEMETRIO MOISES (Secretaria), and Abog. PALA GARCIA JULIOCESAR (Vocal).

Dedicatoria

A Dios por permitirme llegar a este momento tan importante de mi formación profesional. A mi Madre Beni por ser el pilar más importante en el trayecto de mi vida y por su gran apoyo incondicional. A mis hijas Dassha y Jadassah por ser las principales protagonistas de este sueño alcanzado.

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE.....	3
INTRODUCCIÓN	4
I. MARCO TEÓRICO.....	6
II. ETAPA POSTULATORIA.....	38
2.2. CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA	43
2.3. NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES	48
2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	53
2.5. CALIFICACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ...	56
2.6. ETAPA PROBATORIA	61
2.7. PRIMERA ETAPA DECISORIA.....	65
2.8. ETAPA IMPUGNATORIA.....	71
2.9. SEGUNDA ETAPA DECISORIA	73
2.10. ETAPA CASATORIA.....	78
III. JURISPRUDENCIA	86



3.1. DEFINICIÓN DEL DIVORCIO.....	87
3.2. CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE HECHO	87
3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO....	88
3.4. DIVORCIO REMEDIO.....	88
3.5. CONCEPCIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN D HECHO, POSIBILIDAD DE QUE EL ACCIONANTE FUNDE SU PRETENSIÓN EN HECHOS PROPIOS	88
3.6. DIFERENCIA CON EL ABANDONO INJUSTIFICADO	90
3.7. REQUISITO PARA EL AMPARO DE PRETENSIÓN DE DIVORCIO PORCAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO	91
3.8. ACREDITACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE ALIMENTOS	91
3.9. INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN PREFERENTE.....	93
3.10. INDEMNIZACIÓN Y ADJUDICACIÓN PREFERENTE SON EXCLUYENTES	94
3.11. MONTO INDEMNIZATORIO	95
3.12. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE	95
3.13. ETAPA POSTULATORIA.....	96

3.14. PRIMERA ETAPA DECISORIA.....	101
3. 15. ETAPA IMPUGNATORIA	102
3.16. SEGUNDA ETAPA DECISORIA	103
3.17. TERCERA Y ULTIMA ETAPA DECISORIA.....	104
IV. CONCLUSIONES	105
V. BIBLIOGRAFÍA.....	106



RESUMEN

El señor Ángel Cirilo Penadillo Huamán, interpone la demanda contra Dionicia Elena Melgarejo Huamán, afirmando que el día 22 de enero de 1990 se retiró del hogar conyugal, y que a hasta la fecha de presentación de la demanda, ya son más de 16 años de separación de. Lo cual ocurrió debido a la insoportable vida en común que sostenían y de esa manera se evitaría llegar a la violencia, a fin de no perjudicar el normal desarrollo de su única hija, Janeth Carmen Penadillo Huamán, sustento afirmado por el cónyuge perjudicado.

El juez emite sentencia, en la cual se resuelve declarar fundada la demanda y fenecido el régimen de sociedad de gananciales, se fijó un monto indemnizatorio a favor de la conyugue, donde se dispone el cese de la pensión alimenticia a favor de la demandante. Posterior a ello, revocaron la propia sentencia en el extremo del cese de pensión alimenticia a favor de la demandada y reformándola, fijaron como monto de pensión de aumento de alimentos, la suma de 80 nuevos soles y nulo el extremo del cese de pensión alimenticia a favor de su hija.

El demandante interpuso el recurso de casación, pero fue declarado infundado decidiendo no casar la sentencia de vista.

PALABRAS CLAVES: Demanda, demandante, demandado, proceso de conocimiento, divorcio, divorcio por causal, resolución, auto, sentencia, apelación, sentencia de segundo grado, recurso de casación.

ABSTRACT

Mr. Ángel Cirilo Penadillo Huamán, filed the lawsuit against Dionicia Elena Melgarejo Huamán, stating that on January 22, 1990 he withdrew from the conjugal home, and that as of the date of filing the lawsuit, there have already been more than 16 years of separation of. Which happened due to the unbearable life together they supported and in this way they would avoid reaching violence, in order not to harm the normal development of their only daughter, Janeth Carmen Penadillo Huamán, support affirmed by the injured spouse.

The judge issues a judgment, in which it is resolved to declare the claim founded and the community property regime expired, a compensation amount was set in favor of the spouse, where the cessation of alimony in favor of the plaintiff is ordered. After that, they revoked the judgment itself at the end of the cessation of alimony in favor of the defendant and reforming it, they set as the amount of the alimony increase, the sum of 80 new soles and null the end of the cessation of alimony to favor of your daughter.

The plaintiff filed a cassation appeal, but it was declared unfounded, deciding not to match the hearing judgment.

KEY WORDS: lawsuit, plaintiff, defendant, hearing process, divorce, divorce by cause, resolution, order, sentence, appeal, second degree sentence, appeal.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

EXPEDIENTE N° : 213 – 2006

MATERIA : Divorcio por causal.

PROCESO : Conocimiento.

DEMANDANTE : Ángel Cirilo Penadillo Huamán

DEMANDADA : (Dionicia Elena) Dionicia LeonaHuamán Melgarejo.

INTRODUCCIÓN

Todo ser humano durante su vida en desarrollo y dentro de la sociedad, emplea diversas formas de organización o mecanismos para lograr este fin. Es aquí donde radica la importancia del empleo de la organización social, mediante el empleo de principios como instrumento de control; es en ese contexto que el estudio de sus derechos se ha hecho muy importante buscando comprenderlos a plenitud.

De acuerdo con el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, el presente resumen de mi expediente ha sido dividido según las exigencias de la norma académica contando con seis partes, que detallo a continuación: Marco teórico del tema central del expediente, resumen de expediente, jurisprudencia, análisis del expediente, conclusiones y referencias bibliográficas.

La primera parte del presente informe consta de una recopilación de los diversos conceptos doctrinarios referentes al tema analizado. El cual comprende las bases teóricas de sustentan el expediente tratado, además del análisis de las instituciones jurídicas analizadas.

La segunda parte tiene como finalidad dar a conocer de manera sucinta los actos procesales más importantes del expediente analizado, realizando una especie de análisis de los procedimientos llevados a cabo en cada etapa de manera que se pueda ver si se cumplieron cabalmente con las etapas correspondientes y si se cumplió con la

tutela jurisdiccional efectiva.

La tercera parte está conformada por párrafos extraídos de las diversas casatorias supremas, acuerdos plenarios y precedentes vinculantes, de los cuales se puede advertir la manera en la que se han pronunciado los tribunales supremos en temas similares. Que, además lo relacionado con nuestro tema a analizar buscando con ello que los pronunciamientos al respecto sigan cierto orden de ideas o lineamientos, del cual no podrán apartarse por ser de alguna manera imperativos y de obligatorio cumplimiento, verificando que el proceso se encuentre conforme a derecho.

La cuarta parte presenta un análisis de las diversas normas que hayan sido aplicadas en el proceso analizado y una opinión crítica al respecto.

Por último, se tendrán las conclusiones a las que se ha arribado luego de realizar el análisis; asimismo se consigna la bibliografía empleada para el desarrollo del presente resumen del expediente y los anexos empleados. Esperando que el resumen cumpla con los requisitos exigidos, colme las expectativas por haber sido elaborado concienzudamente aplicando los conocimientos adquiridos a lo largo de la carrera y sea de provecho para el estudio del derecho puesto en práctica.

I. MARCO TEÓRICO

1.1. EL PARENTESCO FAMILIAR

Entendido como la relación o conexión familiar que hay entre dos o más personas, que surge de la propia naturaleza, por imperio de la ley o por causa de la región.

1.1.1. Concepto

Borda (1984), menciona que el parentesco es el “vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, el matrimonio o de la adopción” (p. 09).

Albaladejo (1982) menciona que: “el parentesco es un vínculo que liga a unas personas con otras, vínculo que, pudiendo proceder de diversas causas, da origen a distintas clases del mismo (parentesco de consanguinidad, de afinidad y adoptivo)” (p.10).

1.2. TIPOS DE PARENTESCO

1.1.2. Parentesco Consanguíneo

Relación existente entre varias personas a razón de llevar en parte al menos la misma sangre, descienden unos de otros o descienden de un antepasado común.

Albaladejo (1982) menciona que el “parentesco de consanguinidad es el vínculo de sangre que une a las personas” (p. 10).

Según Espín (1960): “El parentesco en sentido estricto hace referencia a la comunidad de sangre, es decir a la consanguinidad o parentesco de consanguinidad, que liga a las personas que descienden unas de otras o bien de un antepasado común” (p.14).

El parentesco consanguíneo consta de grado y fines:

- a) Grado: Es la distancia o intervalo que hay de una generación a otra, es decir a lo largo de una misma línea o líneas distintas (Aguilar, 2016).
- b) Línea: Es la sucesión de persona entre las cuales existe una relación de parentesco, la línea puede ser el conteo de los grados es muy fácil en la línea recta porque basta contar el número de generaciones; es más complicado en línea colateral porque hay que subir desde un pariente hasta el autor común y bajar después hasta el otro pariente, siendo cada escalón un grado.

1.2.1. Parentesco por afinidad

Creado básicamente por el matrimonio ya que no solo crea una relación jurídica entre los cónyuges sino también origina una relación entre cada uno de ellos y los consanguíneos del otro, a ello se le denomina

parentesco por afinidad.

Valverde et al. (2001) mencionan que “se llama de afinidad, el parentesco o vínculo que existe entre un cónyuge y los parientes del otro” (p. 17).

Quispe (2002) refiere que:

Se dice afinidad a la relación natural entre un cónyuge y los parientes del otro. De aquí la afirmación común de que, a diferencia del parentesco fundado en el vínculo natural de la sangre, la afinidad se funda exclusivamente en el vínculo del matrimonio. (p. 23)

Este parentesco está de acuerdo a lo previsto en el artículo 237° - primer párrafo del Código Civil, en el cual también se establece que cada cónyuge se haya en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad, mencionado también en su último párrafo que la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce subsistiendo del mismo modo la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge. Suegra – nuera (1er grado), cuñados (2do grado), tía – sobrino (3er grado).

1.2.2. Parentesco por adopción

Se dará cuando las personas crean entre sí por medio de un acto jurídico

particular relaciones a las relaciones que resultarían de la afiliación legítima.

Este acto solemne será sometido a aprobación judicial, es decir, es una especie de parentesco ficticio que resultará de la adopción el cual se asemeja al parentesco verdadero; sin embargo debemos entender que este parentesco ficticio que resulta de la adopción y que se asemeja al parentesco verdadero no destruye la filiación que proviene del nacimiento del adoptado sino que crea un parentesco ficticio que se superpone a esas relaciones sin sustituirlas creando entonces una filiación independiente de la biológica (Mallqui & Momethiano, 2001).

Albaladejo (1982) menciona que el “parentesco adoptivo es el que, procede de la adopción, liga a las personas entre las que media está” (p.21). Asimismo, Lehmann (1953) considera que: “Es la adopción la creación artificial por contrato de la filiación legítima, sin que entre en consideración la descendencia fisiológica” (p. 21)

Entonces diremos que la adopción tiene como objeto dar al adoptado la posición de hijo legítimo frente al adoptante, quien asume la de padre o madre legítimos, no siendo aceptado que alguien sea prohijado como hijo natural.

1.3. LA FAMILIA

La familia está conformada por la unión indisoluble (perpetua) entre un hombre y una mujer y por los hijos que son fruto de esa unión. La familia tiene dos características fundamentales (Suarez, 2001):

- 1) Es una institución natural: No es un invento humano, ni creación cultural.
- 2) Es el núcleo fundamental de la sociedad.

Dentro de las diversas definiciones doctrinales tenemos la de Bautista (2008), quien manifiesta que “la familia es así el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y parentesco” (p. 21).

1.4. EL MATRIMONIO

1.4.1. Definición

El matrimonio es la base de la familia, la cual será el centro de las demás instituciones que integran el derecho. Es por esa razón que el matrimonio es concebido como una institución jurídica dentro del derecho privado ya que es el fundamento de la organización civil, entendiendo esta como a comunidad de vida de un hombre y una mujer reconocida, amparada y regulada por el derecho; institución que estará encaminada a la conservación y desarrollo de

la especie (Bautista, 2008).

En la doctrina hallaremos diversas definiciones como Enneccerus, Kipp y Wolff que son citados por Jara (2012), en su libro *Manual de Derecho de Familia*, en los siguientes términos: “El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas” (p. 27).

Para Hinostroza (2008), el matrimonio desde el punto de vista sociológico “constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual” (pp. 43-44). Del mismo modo hallaremos el autor Valverde (1942) menciona que “para el derecho es un acto jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común, procrear y educar a sus hijos” (p.34).

De lo mencionado diremos que el matrimonio es un acuerdo libre de voluntades; según la legislación nacional únicamente puede celebrarse entre un hombre y una mujer y no entre más de un hombre o más de una mujer o matrimonio homosexual, consagrándose de ese modo la monogamia en la familia que es el sistema matrimonial predominante en la legislación comparada (Barner, 1998).

Esta institución se encuentra regulada en el Art. 234 que habla sobre la voluntad para constituir un matrimonio y precisa que el marido y la mujer

tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales; es decir, que es la unión voluntaria o libre concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a finde hacer vida en común (Peralta, 1995).

1.5. REQUISITOS PARA CONTRAER FAMILIA

Los requisitos para contraer matrimonio pueden ser los requisitos de forma y requisitos de fondo, refiriéndonos a ello tenemos al autor Valencia (1980) que es citado por Rebeca Jara en su libro Manual de Derecho de Familia de la siguiente manera:

Los requisitos para la validez del matrimonio pueden clasificarse en requisitos de fondo y requisitos de forma; los primeros se refieren a las cualidades que deben reunir los contrayentes en sí mismos considerados, y los segundos atañen al modo como ha de celebrarse el acto del matrimonio. (p. 68)

Requisitos internos: también denominados intrínsecos o de fondo y son: diversidad de sexos y consentimiento.

Requisitos externos, o también llamados extrínsecos o de forma, son: la presencia de la autoridad competente y adjuntar documentos adecuados (Varsi Rospigliosi, 2011).

Los requisitos para contraer matrimonio y que se encuentra regulado en el

Código Civil en el Artículo 248 son:

- Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos (Borda, 1984).
- Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico expedido en fecha anterior a los treinta días lo cual acreditará que no están incurso en los impedimentos del Art. 241 inc.2 (impedimento absoluto – los que adolecen de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o de vicio de constituya peligro para la prole) y Art. 243 inc. 3 (impedimento especial – no se permite el matrimonio de la viuda en tanto no transcurra por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz, siendo aplicable también para la mujer divorciada cuyo matrimonio hubiera sido invalidado dispensándose este plazo si la mujer acredita no encontrarse embarazada mediante certificado médico expedido por la autoridad competente; la viuda que contraviene esta prohibición pierde los bienes recibidos de su marido a título gratuito – tal prohibición no rige para el inc. 5 del Art. 333 del C.C.) y si en el lugar no hay servicio médico oficial y gratuito la declaración jurada de no tener impedimento será suficiente.
- Acompañarán en los respectivos casos las dispensas judiciales de la impubertad, el instrumento en el que conste el asentamiento de los padres o

ascendiente o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en 3er grado, copia de la partida de defunción del cónyuge o sentencia de divorcio o invalidación de matrimonio, el certificado consular de soltería o viudez y todos los demás documentos que fueran necesarios (Jara, 2012).

- Presentación de dos testigos mayores de edad por cada pretendiente que conozcan por lo menos 3 años ante a los contrayentes; pudiendo ser los mismos testigos para ambos pretendientes.
- Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos.

1.6. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio dentro de la doctrina tenemos varias teorías siendo las más conocidas:

1.6.1. Naturaleza jurídica

En su libro Jara (2012), cita a Albaladejo quien menciona:

Jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminados a establecer la unión

matrimonial. Por lo tanto, desde luego que, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. (p. 32)

De lo citado podremos decir que el matrimonio supone en acto voluntario de ambos cónyuges. El consentimiento desempeñará un papel primordial dentro de este al igual que en un contrato, pero con ciertas diferencias que el contrato en sentido estricto como lo es en cuanto al plazo ya que los contratos tienen un tiempo determinado generalmente, sin embargo este plazo no existe en el matrimonio; por otro lado tenemos que el contrato puede rescindirse por una de las partes mientras que el matrimonio puede ser disuelto solo por el divorcio mediante la intervención de la autoridad judicial; del mismo modo tenemos que el contrato se arregla o pacta de acuerdo a la voluntad de las partes mientras que en el matrimonio se tienen reglas generales para todos (Bardales, 2012).

A pesar de la existencia de esta postura y haciendo un análisis del derecho nacional diremos a tenor del Artículo 1351 del Código Civil el contrato será un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; por lo cual las partes estarían facultadas a dejar lo convenido por mutuo disenso o incumplimiento. Siendo entonces que esta definición no puede ser aplicable a lo que viene a ser el matrimonio ya que: primero el matrimonio supone el acuerdo de voluntades de la cual derivan relaciones de naturaleza patrimonial y otras de índole personal, ética, moral y espiritual que no son valoradas monetariamente, segundo que el matrimonio n

puede simplemente dejarse sin efecto alguno a no ser por alguna causa predeterminada legalmente mientras que los contratos si pueden ser dejados sin efecto por alguna causa o por alguna de las partes, tercero los contratantes están impedidos de imponerse condiciones mientrasque esto si es viable en el área contractual. Siendo la única similitud resaltante en cuanto a la manifestación de voluntad como un modo de aceptación.

1.6.2. Matrimonio como institución

Esta postura crítica la concepción contractual de algunos doctrinarios ya que manifiesta que el matrimonio es una institución ya que los esposos deciden llevar una vida en común, constituir un hogar, crear una familia con un cierto fin cediendo las voluntades individuales con un fin común o interés general por el que se creó la familia (Lehmann, 1953).

Si tomamos como punto de partida la razón de la unión matrimonial entonces, podríamos afirmar que es un acuerdo de voluntades pero si examinamos la institución profundamente comprenderemos que el matrimonio implica mucho más ya sea por las consecuencias de este o por el tiempo de duración que tiene; es así que considero que la corriente que se halla mucho más acorde con la naturaleza jurídica del matrimonio es la que lo considera como una institución siendo así por los efectos jurídicos que genera los mismos que no guarda relación al cien por ciento con el deseo

o voluntad de los contrayentes quienes desconocen o no saben con exactitud las consecuencias al tiempo en que se realiza el matrimonio, los efectos del matrimonio se perpetúan en los hijos habidos dentro de él (Bardales, 2012).

1.6.3. Características del matrimonio

Unión monogámica y heterosexual: referido a la unión de un solo hombre con una sola mujer, es decir que en la legislación nacional predomina lo que es la monogamia.

Es una unión estable, indisoluble o permanente: Se busca que el matrimonio sea indisoluble, sin embargo, hoy en día se concibe que esta institución sea disuelta por la muerte o divorcio, diferenciándose en este punto de la convivencia.

Es una unión solemne: lo que significa que la forma en que se celebra el matrimonio debe estar acorde a ley y a los requisitos que exige ésta.

Es una unión: porque los derechos y deberes de los cónyuges deriva de la ley o impuestos por esta lo que son inmodificables por la voluntad de los esposos (Puma & Torres, 2017).

Es una comunidad: ya que importa una comunidad de vida para ambos esposos surgiendo la consecuencia de unidad social, jurídica y biológica.

Según Varsi (2011), las características del matrimonio son:

1. Acto jurídico.
2. Institución jurídica: Es fuente principal de constitución de la familia.
3. Unión heterosexual: Hombre y mujer lo constituye, como pareja se integran y complementan.
4. Perdurable: No es admisible el matrimonio a plazo determinado ya que hay un íntimo y connatural sentido de permanencia.
5. Legalidad y forma: Su establecimiento y constitución están unidos a una forma que debe cumplirse.
6. Comunidad de vida: Involucra que los cónyuges deban hacer una vida en común, compartirse, entregarse mutuamente a fin de lograr la integración de la familia sustentada en vivencias.
7. Monogámica: La monogamia está relacionado con el deber de fidelidad.

1.6.4. Importancia del matrimonio

El matrimonio tiene una trascendencia variada en lo jurídico, social, económica y política. Según Jara (2012):

El estado se procura de establecer los más adecuados para ella y,

correlativamente, para el mismo estado, pues la familia es como se sabe la célula básica de la sociedad; y una de las formas en que el estado asegura el normal desenvolvimiento y observancia de los fines de la familia, el fomento del matrimonio, pues este otorga fuerza y estabilidad a la relación entre los cónyuges entre estos y sus hijos. (p. 40)

1.6.5. Fines del matrimonio

Se resaltan tres fines fundamentales: procreación, mutuo auxilio o ayudarse y complementarse y por último el mejor cumplimiento de los fines de vida.

Para Varsi (2011), “la finalidad del matrimonio es la comunidad de vida plena (física, existencial y económica) entre la pareja, responsabilizándose del desarrollo de su descendencia” (p. 52).

En resumen, se dirá que los fines del matrimonio son:

- La procreación de los hijos de la que surgen deberes de asistencia y formación de los hijos.
- Sentar la base de la organización familiar.
- La ayuda mutua entre los cónyuges propios de hacer vida en común.

1.6.6. Deberes y derechos que nacen del matrimonio

Del matrimonio resulta una serie de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges, que pueden ser comunes a ambos o propios respectivamente el uno del otro.

1.6.7. Obligaciones de los cónyuges frente a los hijos

Estas obligaciones se desprenden del artículo 287 del Código Civil por medio del cual los cónyuges se obligarán mutuamente a alimentar y educar a sus hijos; del mismo modo el artículo 235 – primer párrafo del código civil establece que los padres están obligados a proveer sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores, según su situación y posibilidades.

1.6.8. Deberes entre los cónyuges

Entre los deberes entre los cónyuges hallaremos:

- Deber de fidelidad y asistencia: Según lo establecido en el artículo 288 del Código Civil los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia; la fidelidad es como consecuencia del carácter monogámico del matrimonio por el cual los esposos estarán obligados a guardarse fidelidad y si alguno falta a esta obligación puede ser demandado ya que la infidelidad no solo ofende a uno sino a la unión matrimonial como tal. Por su parte el deber de asistencia debe ser entendida desde su aspecto

moral o espiritual y otro material, entendiendo en su aspecto moral como la solidaridad, el trato decoroso y apoyo que se brinda en las diversas etapas de la vida; por su parte el aspecto material como el cuidado personal en caso de enfermedad o invalidez.

- Deber de cohabitación de los cónyuges: De acuerdo a lo previsto en el artículo 289 del Código Civil, es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal; algunos autores manifiestan que la cohabitación comporta principalmente el *ius in corpus*, es decir el derecho de un cónyuge sobre el cuerpo del otro en relación a la procreación de la prole, este deber es su expresión estricta prohíbe el abandono del hogar conyugal (Cabello, 1999).
- Deberes relacionados con el gobierno del hogar: Estos deberes se hallan establecidos de acuerdo al artículo 290 del Código Civil, en el que se menciona: ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo, a ambos les compete fijar y mudar al domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar.
- Deber de sostener a la familia y de colaborar en el trabajo del hogar: Este deber se halla relacionado en el supuesto en que, si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y cuidado de los hijos,

entonces el deber de sostener a la familia recae sobre el otro sin perjuicio de la colaboración de ambos cónyuges.

1.6.9. Derecho de los cónyuges

Libertad de trabajo de los cónyuges: En base al artículo 293 del Código Civil, mediante el cual se establece que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitida por ley, así como realizar trabajos fuera del hogar con consentimiento del otro, sin embargo, si estese niega el juez puede autorizarlo (vía proceso sumarísimo) si así lo justifica el interés de la familia.

1.7. EL DIVORCIO

De acuerdo al Código de 1852, que decía: “Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”. El Código de 1936 contemplaba el divorcio absoluto y el relativo. A partir de los años cincuenta se hace doctrinariamente la división entre la separación de cuerpos y el divorcio como dos instituciones autónomas.

1.7.1. Concepto de divorcio

Etimológicamente viene de la voz latina *divortium*, que significa separar: El Divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges. De conformidad al artículo 348 del Código Civil vigente, el divorcio es una institución del derecho de familia que estriba en la disolución del vínculo

matrimonial por determinación judicial (sentencia judicial) y por razones que instituye la ley.

Para Varsi (2011), el divorcio es “una institución del derecho de familia que consiste en la disolución definitiva y total del vínculo conyugal, restituyendo los ex cónyuges su capacidad para contraer matrimonio” (p. 319).

Puig (1947) menciona que las notas fundamentales del divorcio son:

1. Es una institución jurídica comprensiva de una serie de relaciones que se abren en el derecho a virtud de un pronunciamiento judicial; no hay divorcio sí que se declara tal por las autoridades del estado.
2. Este recurso rompe unas nupcias legal y válidamente contraídas. En esto se diferencia el divorcio de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho viciosamente establecido. En el divorcio el matrimonio no adolece de ningún vicio; se ha celebrado con todos los requisitos de forma y de fondo que las leyes exigen, y es después de su vida plenamente jurídica cuando las partes provocan la ruptura de este vínculo perfectamente establecido.
3. El vínculo de referencia queda deshecho mediante el mismo, de tal forma que los cónyuges quedan en libertad de para a contraer nuevo matrimonio. En esto se diferencia la simple separación personal, ya que en este acto

solo desaparecen algunas obligaciones particulares, como la de cohabitación; pero el vínculo queda en pie, conservándose en su consecuencia al deber de fidelidad no pudiendo los cónyuges pasar a nuevas nupcias (Febregas, 2019).

Por su parte los autores franceses Planiol & Ripert (1942), definen al divorcio como la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial.

En esta definición hay que analizar algunos conceptos que lo caracterizan tales como:

Matrimonio válido, no cabría solicitar divorcio de un matrimonio nulo o inexistente; vida de los cónyuges, ya que la muerte de los cónyuges produce la disolución del matrimonio; mediante causas determinadas, es decir que no se admiten los divorcios sin causas; el mismo solo puede y debe acreditarse cuando existe culpa o uno de ambos, existiendo conductas encuadran en algunos de los supuestos que la propia ley enumera; y por último tener que debe ser dictada mediante resolución judicial siendo necesario un procedimiento judicial y la sentencia del juez competente, de lo contrario el divorcio de los esposos no surtirá efectos legales (Peralta, 1995).

1.7.2. Teorías sobre el divorcio

Desde el punto de vista de la doctrina, el divorcio ha sido dividido en las siguientes clases:

1.7.3. Divorcio sanción

Por el divorcio-sanción, el legislador ha tenido en cuenta las faltas, más o menos graves que ha cometido uno de los cónyuges; en este caso el divorcio viene a ser una sanción del tribunal contra el cónyuge culpable.

En el divorcio sanción se busca al culpable y se le aplica sanciones. Tal como refiere Varsi (2011):

Dentro de la teoría del divorcio sanción, se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas describiendo inconductas perdidas de la patria potestad, pérdida del derecho de gananciales que procedan de los bienes de otro y la pérdida del derecho al nombre. (p.323)

El Código Civil de 1984, adopta la posición del divorcio sanción a tenor de los incisos 1 al 7 y el inc. 10 del art. 333.

1.7.4. Divorcio remedio

Consideran al matrimonio como una institución. La disolución no podrá ser entregada a la libre voluntad de los esposos no podrá ser entregada a la

libre voluntad de los esposos ya que para divorciarse se deberán acoger a las causas determinadas por el Código Este divorcio es para remediar esta dificultades (Mallqui & Momethiano, 2001).

No se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente en el que se incumplen los deberes conyugales, aquí no interesa buscar al que provoca la situación, sino solucionarla.

A partir de la ley 27455, vigente desde el 8 de Julio del 2001, incisos 8, 9, 11 y 12 estamos en la posición del divorcio remedio.

1.7.5. Divorcio repudio

Es aquel mediante el cual solamente el marido está capacitado para divorciarse, lo cual consiste en alejar lejos de sí a la mujer. El divorcio por voluntad unilateral es aquel por el cual el vínculo matrimonial se rompe sin examen ni motivo, es decir los cónyuges podrán recuperar su libertad cuando lo consideren oportuno (Quispe, 2002). Es decir, se trata de una disolución sin expresión de causa, es un acto unilateral de uno de los cónyuges; este tipo de divorcio tiene vigencia en los países islámicos.

1.7.6. Efectos del divorcio

a. En cuanto a los cónyuges

- Extinción del vínculo matrimonial.

- Cesa la obligación alimentaria entre ellos, aunque puede subsistir por acreditarse la imposibilidad para subvenir a sus necesidades.
- Se extingue el régimen de la sociedad de gananciales.
- Pérdida por el cónyuge culpable de los gananciales que proceden de los bienes del inocente.
- Extinción de la vocación hereditaria entre ellos.
- Posibilita que el cónyuge inocente exija una indemnización por el daño moral.
- Desaparece el parentesco por afinidad entre cónyuges y los parientes consanguíneos del otro; debemos tener en cuenta el artículo 237 del Código Civil según el cual el parentesco en línea recta (suegros y otros ascendientes, y descendientes del excónyuge) subsiste, del mismo modo que subsiste la afinidad colateral de segundo grado (cuñado y cuñada) lo cual se mantiene hasta el fallecimiento del ex cónyuge.
- El derecho de la mujer de llevar y conservar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio.
 - a) En cuanto a los hijos
- Patria potestad, tenencia y régimen de visitas.

- Alimentos.

1.7.7. Causales de divorcio

Siendo el Perú un país con mayor índice de divorcios ya que se permite el divorcio entre los cónyuges por causales taxativas expresadas en el artículo 333° del Código Civil, no es menos cierto que obtener el divorcio por causal resulta muchas veces una batalla muy difícil de vencer dada la exigencia probatoria requerida en los Tribunales peruanos.

Son causales de divorcio según los Artículos 333° y 349° del Código Civil:

1. El adulterio.
2. La violencia, física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave que haga insoportable la vida en común, la cual debe ser apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.

6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraídas después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años,impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyugestuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335 del Código Civil, que prescribe que ninguno de loscónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.
13. Separación convencional.

1.8. CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

1.8.1. Concepto

La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el hogar conyugal (Varsi Rospigliosi, 2011).

Es decir, viene a ser el incumplimiento del deber de cohabitación entendido como el deber que tienen los cónyuges de hacer vida conjunta y comunitaria en el domicilio conyugal.

Este causal será de orden objetivo al demostrar un hecho real y directo que es la falta de convivencia por un plazo determinado e ininterrumpido.

Una vez ocurrido cualquiera de los cónyuges sin necesidad de expresar motivo alguno sino únicamente probando el paso del tiempo de manera más clara y contundente ininterrumpido, solicitará la separación de hecho; a lo cual diremos que el matrimonio solo existe en términos jurídicos, pero dejó de existir en el plano de los hechos.

1.8.2. Elementos

Los elementos que constituyen la separación de hecho son:

1.8.3. Elemento objetivo

Es la separación de hecho en sí, es decir, la interrupción de la vida en común y se produce por la voluntad de uno o ambos cónyuges; lo cual implicará ausentarse del hogar sin autorización judicial con la sola voluntad del cónyuge que se retira o por una decisión conjunta incumpliendo el deber de cohabitación o de vida en común.

1.8.4. Elemento subjetivo

Es la falta de intención de normalizar la vida conyugal finiquitando la convivencia.

1.8.5. Elemento temporal

Tendremos: 1) a la falta de convivencia lo cual tienen que ser un periodo de alejamiento, es decir, el plazo transcurrido en el que los cónyuges no hacen vida común y 2) el plazo que no puede ser paralizado o suspendido el cual será de 2 años cuando no hay hijos o estos son mayores de edad y de 4 años cuando hay hijos menores de edad.

1.8.6. Improcedencia

No se considerará separación de hecho a aquellos que se produzcan por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias (Varsi, 2011).

1.8.7. Garantismo

Para poder demandar esta causal el demandante debe acreditar estar al día en el pago de los alimentos u otras obligaciones que los cónyuges hubieran pactado. A pesar de ser objetiva la causal se buscará determinar la existencia del cónyuge perjudicado con la separación de hecho para lo cual la lógica nos remite a considerar este como aquel que motivó la separación.

1.8.8. Legitimidad

Cualquiera de los cónyuges se halla legitimado para demandar dicha causal incluso alegando sus propios hechos.

1.8.9. Caducidad

La acción basada en esta causal está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.

1.8.10. Prueba

Las pruebas pueden ser diversas siempre y cuando posibilitan acreditar la causal como puede ser: movimientos migratorios, acciones judiciales por omisión a la asistencia familiar o denuncia policial.

1.8.11. Diferencia entre la separación de hecho y abandono injustificado del hogar conyugal

La diferencia radica en que en la separación de hecho no existe cónyuge culpable mientras que en el abandono si existe, ya que la separación se puede originar por mutuo acuerdo y también por voluntad unilateral; pero precisamente la existencia de ese acuerdo que en algunos casos se presumió como consecuencia del tiempo transcurrido sin que ninguno de los cónyuges promoviese juicio de divorcio excluyera existencia de otra causal que no sea la de separación de hecho. Otra diferencia radica en que la causal de abandono injustificado del hogar conyugal no podrá ser invocada por quien realizó el abandono, pero la causal de separación de hecho puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges así sea causal propia.

1.9. ALIMENTOS

1.9.1. Definición

La primera de las obligaciones emergentes del parentesco es la obligación alimentaria, que consiste en el deber de suministrar medios de subsistencia a quienes estén necesitados de ellos (Mazzinghi, 2006).

- El artículo 472 del Código Civil contempla la definición de alimentos al señalar:

Se entiende por alimentos los que son indispensables para el sustenta, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo. (CC, 2013)

- El Código de los niños y adolescentes en su artículo 92 define a los alimentos en los siguientes términos:

Se considera alimentos, lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de a madre desde la concepción hasta la etapa del post parto. (CC, 2013)

- Jara (2012), en su libro Manual de Derecho de Familia manifiesta que “se entiende por alimentos el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación”. (p. 249)

1.9.2. Personas obligadas a prestar alimentos

De acuerdo a lo normado en el artículo 474 del Código Civil, se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos.

Por su parte el Código de los niños y adolescentes en su artículo 93 establece quienes están obligados a prestar alimentos:

Art. 93.- Obligados a prestar alimentos

Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. (CC, 2013)

1.10. PATRIA POTESTAD

1.10.1. Definición

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado (Mazzinghi, 2006).

Según el Art. 428 del Código Civil la Patria Potestad es:

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. (CC, 2013)

Entonces diremos que la patria potestad, representa actitudes y facultades ejercidas y concedidas a los padres, con el objeto de procurar el cuidado y protección de sus hijos desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o emancipación y de sus bienes, pudiendo en algunos casos, hacer uso de ellos.

1.10.2. Titularidad

- El padre y la madre son los titulares, así como de su ejercicio
- Según el artículo 419 del Código Civil, la patria potestad es ejercida tanto por la madre como por el padre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal.
- Asimismo, en el artículo 420 establece que, en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio, la patria potestad será ejercida por el cónyuge a quien se confían los hijos: el otro queda mientras tanto suspendido.
- El pleno jurisdiccional de familia de 1997 establece que la distinción entre patria potestad y tenencia ya que ésta última la toma como un atributo de la primera que versa sobre la facultad que tiene quien se encuentra al cuidado del menor.

Por su parte el Art. 76 del Código del Niño y Adolescente establece que:

En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad. (CC, 2013)

Para su ejercicio intervienen dos clases de sujetos: quienes están obligados a ejercerla: los padres y quienes son objeto de tal ejercicio: los hijos (matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos). Entre ambos sujetos se establece una interrelación de derechos y obligaciones cuyo cumplimiento define la estabilidad integral del hogar.

1.11. TENENCIA

El acuerdo N° 08 del Pleno Jurisdiccional de Familia en 1997 establece un consenso en cuanto a la distinción entre patria potestad y tenencia los cuales se distinguen ya que la tenencia es solo un atributo de la patria potestad que exclusivamente le atañe a quien se encuentra en el cuidado del menor.

Como resultado, el hijo convivirá como uno de los pares, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de vistas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

1.12. RÉGIMEN DE VISITAS

Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial.

El régimen de visitas forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo efectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse; por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, el régimen de comunicación y de visita.

II. ETAPA POSTULATORIA

2.1. Demanda

a) Síntesis:

Interpuesto mediante escrito de fojas 18 al 25, con fecha 10 de marzo del 2006, ante el señor Juez del Segundo Juzgado Familia de Huaraz, Don Ángel Cirilo Penadillo Huamán interpone demanda de Divorcio por Causal de Separación de hecho contra Dionicia Elena Huamán Melgarejo (Dionicia Leona Huamán Melgarejo, según la partida de matrimonio civil recaudada que acompaña).

b) Pretensión

Disolución del vínculo matrimonial contraído ante la Municipalidad Provincial de Huaraz, con fecha 30-08-1986, que corre a fojas 2.

c) Fundamentos de hecho

El demandante señala como fundamentos de hecho en su demanda los siguientes:

Que el demandante (Ángel Cirilo Penadillo Huamán) afirma que el día 22 de enero del 1990 se retiró del hogar conyugal y que a la fecha

de presentación de la demanda son más de 16 años de separación de hecho con la demandada "Dionicia Elena Melgarejo Huamán" debido a la insoportable vida en común que sostenían y de esa manera se evitaría llegar a la violencia y perjudicar el normal desarrollo de su única hija Janeth Carmen Penadillo Huamán (de 22 años de edad al momento de la interposición de la demanda), afirma que por esa razón es el cónyuge perjudicado.

El demandante contrajo matrimonio civil con la demandada el 30 de agosto de 1986 en la oficina de registros civiles del consejo provincial de Huaraz. Acompaña la partida matrimonial en la que se consigna como esposa a Dionicia Elena Melgarejo Huamán.

Se advierte que el demandante y su abogado defensor omitieron consignar la existencia de un proceso sobre prestación de alimentos seguido entre las mismas partes, Número 1991-0046, el que fue acompañado al proceso sobre aumentos de alimentos seguido entre las mismas partes ante el segundo juzgado de paz letrado, registro N°2009_0005, causa en la que se fijó como monto de la pensión aumentada en ciento cuarenta nuevos soles en favor de la esposa.

Asimismo el demandante manifiesta que ha venido cumpliendo con

la responsabilidad alimentaria o pago de las pensiones de alimentos para su hija, mientras está fue menor de edad (con una declaración jurada), ya sea en forma personal o directa, y de igual forma con la pensión que se otorgó a su aún cónyuge, no existiendo deuda en su haber, ni requerimiento o liquidación lo cual se puede evidenciar con el proceso archivado y seguido con su hija, y siendo que la que tiene con su cónyuge deviene en incongruente ya que este debió esperar pronunciamiento del presente proceso.

La pareja está separada por más de diecisiete años (desde 1990), motivo por el cual se desea divorciar ya que el vínculo sentimental ha mermado y carece de sentido que la pareja siga ligada jurídicamente.

Con respecto a la sociedad de bienes manifiesta el demandante que no han adquirido bienes de trascendencia que sean pasibles de división salvo algunos objetos domésticos de escaso valor económico.

d) Fundamentos jurídicos o de derecho.

- i. Artículo 16 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos

- Humanos que reconoce la disolución del matrimonio y sus derechos.
- ii. Artículo 333 inciso 12 del Código Civil que señala como causal de divorcio la separación de hecho.
 - iii. Artículo 348 del Código Civil en la que se halla la definición de divorcio.
 - iv. Artículo 349 del Código Civil que establece específicamente las causales para demandar el divorcio.
 - v. Artículo 350 del Código Civil que regula las consecuencias del divorcio.
 - vi. Artículo 483 del Código Civil que prescribe el derecho de prestar alimentos y su exoneración.
 - vii. Artículo 24 inciso 2 del Código Procesal Civil que regula la competencia en casos de divorcio.
 - viii. Artículo 83, 85 y 87 del Código Procesal Civil que regula la acumulación objetiva originaria accesoria en el proceso.
 - ix. Artículo 130 del Código Procesal Civil referido a la forma del escrito.

- x. Artículo 424 del Código Procesal Civil sobre los requisitos de la demanda.
- xi. Artículo 425 del Código Procesal Civil que regula los anexos de la demanda.
- xii. Artículo 480 del Código Procesal Civil que establece el trámite de lapretensión de divorcio por Causal.

e) Monto del petitorio

Estando a la naturaleza de la acción demandada, que persigue la disolución del vínculo matrimonial, es inequívoco que carece la cuantía de petición.

f) Vía procedimental

El proceso establecido por ley es proceso de conocimiento, en aplicaciones al Inc. 1 del art. 475 y el art. 480 del Código Civil.

g) Medios probatorios

- 1) El acta de matrimonio civil a fojas 02.
- 2) La partida de nacimiento de su menor hija a fojas 03.
- 3) Certificado de probidad otorgado por el señor teniente gobernador

de la provincia de Huaraz, que acredita la fecha en que se retira del hogar conyugal a fojas 04.

- 4) Certificado domiciliario otorgada por el Comisario de la urbanización de Pachacamac a fojas 05.
- 5) Declaración jurada de no abandono a su entonces menor hija a fojas 06.
- 6) Certificado de Antecedentes Judiciales con resultado negativo en su contra a fojas 7.

Omite acreditar lo relativo al cumplimiento de la obligación alimentaria, pese que esta exigencia procesal o requisito imperativamente obligatorio y que se encuentra establecida en el primer párrafo del art. 345 - A del Código Civil.

2.2. CALIFICACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue declarada inadmisibles por el Segundo Juzgado de familia de Huaraz, mediante resolución N° 01 de fecha 14 de marzo del 2006; considerando, que el recurrente solo ha adjuntado un juego de la demanda y anexos, y siendo dos los demandados, esto es no se adjuntó para la notificación del señor fiscal, por lo que se debió acompañar otro juego más de las mismas, lo propio sucede con las cédulas de notificación, faltando el pago de uno de ellos, este se deberá acompañar

necesariamente. Concediéndole el plazo de tres días para que cumpla con subsanar las omisiones antes advertidas.

Al calificar la demanda el señor Juez no advirtió una incongruencia trascendente, puesto que en la partida del matrimonio civil la cónyuge aparece con los prenombrados o nombres de pila: Dionicia Elena, pero en la partida de nacimiento de la hija matrimonial, resulta con los nombres: Dionicia Leona; por lo que en el mismo auto de admisibilidad debió ordenar que se esclarezca esta ambigüedad u oscuridad advertida, a fin de definir con quién debía entenderse el presente proceso.

2.2.1. Subsanación de las omisiones

A fojas 27, mediante escrito de fecha 20 de marzo del 2006, el demandante cumple con subsanar las omisiones advertidas al no adjuntar otro juego de la demanda y sus anexos, así como la respectiva cédula de notificación.

2.2.2. Admisión de la demanda

A fojas 28, la demanda fue admitida mediante Resolución N° 02 de fecha 24 de marzo del 2006, y se menciona, primero: que la demanda reúne los requisitos de admisibilidad y procedencia; segundo: que el accionante ha acreditado interés y legitimidad para obrar, tercero: que el juzgado es competente para conocer el proceso; y en consecuencia resuelve: admitir a trámite la demanda en vía de proceso de conocimiento sobre divorcio absoluto por la causal de separación de

hecho de los cónyuges. Concediendo a la demandada "Dionicia Elena Huamán Melgarejo" un plazo de 30 días para que comparezca al proceso, así también a la señora Fiscal de Familia.

Como ya se tiene remarcado, nada se dijo sobre la variación de nombre de la demandada, en condición de la contrayente del matrimonio y de la madre de la hija matrimonial.

2.2.3. Variación del nombre de la demandada

A mérito de la razón de fojas 30, sobre imposibilidad para la notificación por inexistencia de la dirección domiciliaria de la demandada, a fojas 31 la Resolución N° 003, por resolución corregida en el número 003, el juzgado requiere al demandante: preste facilidades para la notificación y ordena oficiarse al RENIEC para la remisión de la hoja de datos de la demandada; y en cumplimiento de lo ordenado, con el oficio a fojas 36 se remite la hoja de datos de la demandada a fojas 37, la misma que aparece con los nombres de Dionicia Leona y de estado civil "soltera".

Con este antecedente el demandante por escrito de fojas 40, solicita la notificación de la parte contraria en su domicilio de la ciudad de Barranca y por recurso de fojas 50, el mismo actor dice existir error en la demanda al haberse consignado como nombres de la demandada Dionisia Elena, cuando verdaderamente le corresponde Dionicia Leona Huamán

melgarejo, y a mérito de esta petición por resolución N° 006 de fecha 10-05-2006 a fojas 51, el juzgado expide resolución, y bajo el fundamento que es potestad del juzgador corregir cualquier error material ya numéricos u ortográficos, que se ha incurrido en error al haberse admitido la demanda contra Dionicia Leona, siendo lo correcto Dionicia Leona y que por ello corresponde corregir el nombre de la demandada, resuelve corregir el nombre de esta consignado en la resolución número dos, debiendo ser lo correcto Dionicia Leona Huamán Melgarejo, con quién debe entenderse la causa.

Nada se resuelve sobre modificación o en su caso rectificación de la partida de matrimonio civil, documento en el que la demandada sigue siendo Dionicia Leona, por lo que se requeriría una rectificación de la partida de matrimonio civil.

2.2.4. Se declara rebelde al demandante

A fojas 80, mediante escrito de fecha 4 de febrero del 2007 el demandante solicita se declare rebelde a la demandante ya que habiéndose diligenciado oportunamente el exhorto por el Juez del Juzgado Mixto de Barranca, y habiendo transcurrido el plazo en exceso para la contestación de esta, solicita la aplicación del artículo 458° del código Procesal Civil, ordenando además se señale día y hora para la realización de la audiencia

correspondiente.

2.2.5. Resolución N°10

De fecha 08 de febrero del 2007, y considerando el escrito presentado por el recurrente y el artículo invocado por este más el artículo 465 del código Procesal Civil, se resuelve: declarar rebelde a la demandada señora Dionicia Leona Huamán Melgarejo. Asimismo, válida la existencia de una relación jurídica declarando saneado el proceso, y se señala fecha para la realización de la audiencia de conciliación y/o fijación de puntos controvertidos.

2.2.6. Se otorga poder por escritura pública

Con fecha 18 de mayo del 2007 el demandado otorga poder por escritura pública a la Sra. Isabel Victoria Rosales Penadillo, por motivos personales y laborales del mismo recurrente.

2.2.7. Resolución N° 14

A fojas 119, con fecha 07 de junio del 2007, se tiene por otorgado poder a favor de doña Isabel Victoria Rosales Penadillo y este se señala fecha para Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. Librándose exhorto a efectos denotificar a la parte demandada.

Teniéndose a fojas 124, la Constancia de que no se hizo presente la señora fiscal provincial de Familia, y tampoco se hicieron presentes las partes procesales; firmando este acto por la secretaria del Segundo Juzgado de Familia de Huaraz.

2.3. NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

2.3.1. Síntesis

Por escrito de fojas 163 a 166, de fecha 12-09-2008, la demandada ante de contestarla demanda, deduce nulidad de los actuados o actos procesales, específicamente de los Avisos Judiciales de fs. 76 y 129, constancias de notificación de fojas 77, 77 vuelta y fojas 130; al haberse verificado que el domicilio fijado como suyo no le corresponde, así mismo la nulidad de todo lo actuado en mérito de la constancia de fojas 24. Puesto que al no haberse hecho presente el representante del Ministerio Público ni las partes, se debió ordenar la conclusión definitiva del proceso, en aplicación de lo dispuesto en el art. 203 del C.P.C modificado por la Ley N° 29057. También argumenta que se ha incurrido en nulidad de los actuados, la partida de matrimonio de fs. 2, donde consigna como su segundo nombre el de "Elena", cuando en su partida de nacimiento de fs. 49 y su documento de identidad resulta ser " Leona " y que sin subsanar está contradicción

en la resolución de fs. 51 simplemente se tiene por corregido el nombre de Elena por Leona, cuando el error material subsiste en la propia partida de matrimonio, motivando que todo lo actuado resulte nulo por haberse contravenido lo ordenado en el art. 424 del C.P.C modificado por la Ley N° 28439.

Esta petición de nulidad se condiciona a que previamente la demandada acompañe los documentos sustentatorios de su petición de auxilio judicial cómo se ve de la resolución N° 20 de fojas 167 sobre la Constancia a fs. 124.

2.3.2. Fundamentos fácticos de la nulidad deducida

De conformidad con lo dispuesto en el Art. IX del Título preliminar del C.P.C. "Las normas procesales son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario...", a la recurrente debió habersele notificado en forma directa y personal, y no siendo así esto se agrava al haberse notificado a un domicilio totalmente distinto y que no corresponde esta, además que al advertirse un error sea este voluntario o no si te el nombre de la demanda, que causó una dilación de más de un año del proceso, este debió haberse sancionado.

De conformidad a los dispuestos por los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, en cuanto al principio de legalidad y

transparencia de la nulidad, su oportunidad y tramite pertinente.

Con relación a la nulidad que acarrea la incomparecencia a la Audiencia de Conciliación esta se encuentra relacionada a la aplicación cabal del art. 203 del C.P.C modificado por ley N° 29057, cuando precisa que si a la audiencia no concurren las partes se da por concluida el proceso.

2.3.3. Presentación de pruebas para resolver la nulidad

Para los efectos de declarar fundada la nulidad presentada, la demandada con fecha 29 de octubre del 2008 presenta pruebas, tales como: Actuados del proceso de Prestación de Alimentos, en donde se deja claramente establecido el domicilio real actual de la demandada, manifestado además que en dicho proceso el recurrente incumplió e incumple con dicha obligación sentenciada es más se dio por muerto por ante sus familiares; así también acompaña la partida de matrimonio y partida de nacimiento de su única hija.

2.3.4. Se absuelve traslado de la nulidad

Que efectuada la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, según acta de fs. 172 y 173; habiendo la demanda subsanado el mandato o resolución n° 20, y ordenado la formación del

cuaderno de auxilio Judicial, con resolución n° 023 de fojas 179, el Juzgado ordena correrse traslado de la nulidad deducida y esta se absuelve mediante recurso de fs. 182 a 184; argumentando el demandante: 1) que no se ha incurrido en causal de nulidad ya que para la notificación de su contraria agoto los medios para conocer el domicilio de esta. 2) Que la incomparecencia del señor Fiscal y de las partes a la primera citación de la audiencia, tampoco es causal de nulidad ya que se requirió al juzgado se reprogramara fecha para dicha audiencia, la cual posteriormente se efectuó con asistencia del señor fiscal y del demandante.

Omite efectuar algún argumento sobre la discrepancia de su segundo nombre (Elena o Leona), en las partidas de matrimonio civil y de nacimiento de la demandada; menos sobre la necesidad de la rectificación previa en la partida de matrimonio.

2.3.5. Resolución sobre la nulidad presentada

Luego que a fojas 186 y 187, la demandada por escrito solicita se declare fundada la nulidad y a su vez recada copias del proceso sobre alimentos seguidos con el demandante, corrientes de fojas 187 a 193, consistentes en la demanda, auto admisorio, constancia de notificación, pliego interrogatorio, acta de la diligencia de conciliación y las

sentencias de primera instancia y la de vista, actuados todos estos correspondientes al año de 1991.

Con resolución N° 026 de fecha 13-11-2008, corriente a fojas 195 a 196, el Juzgado analizando que la notificación se efectuó en domicilio distinto al que correspondía a la demandada, hecho que efectuaba el debido proceso y el de defensa; situaciones que producen la nulidad insubsanable de los actos procesales, resuelve: Declarar fundada la nulidad y como tal la nulidad de la Resolución N° 10 e fecha 08-02-2007, nulo todo lo hecho y actuado desde fojas 83 a fojas 160, dejando subsistente el poder de fojas 103 al 105, así como la resolución n° 14 en el extremo que tiene por otorgado el poder de fs. 119 y ordena que se notifique con la demanda y anexos a Dionicia Leona Huamán Melgarejo.

La resolución aludida omite considerando algún pronunciamiento sobre esos extremos básicos sobre la petición de nulidad; esto es:

Nada dice sobre la causal contenida en la constancia de inasistencia del fiscal y partes a la audiencia y que por aplicación de los dispositivos legales que invoca, debió ordenarse la conclusión definitiva del proceso y su archivamiento.

Tampoco existe considerando sobre la causal que previamente

requiere la rectificación de la partida de matrimonio, dado que en ese documento aparece que quien contrae matrimonio es Dionicia Leona y no Dionicia Leona.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.4.1. Síntesis

Mediante escrito de fs. 218 a fs. 224 y con fecha 07 de enero de 2009 ante el Segundo Juzgado de Familia de Huaraz, doña Dionicia Leona Huamán Melgarejo, procede a contestar la demanda de Divorcio por Causal de separación de hecho promovida por Ángel Cirilo Penadillo Huamán y solicita: Se declare infundada la demanda en todos sus extremos por contener hechos falsos, propuestos solo para propiciar la demanda de divorcio por causal inexistente. Que deben subsistir los alimentos fijados en la sentencia de primera y segunda instancia que genere ese derecho alimentario; y que debe pagar a su favor la suma de s/. 50 mil nuevos soles como indemnización por daño moral desde que ella es el conyugue perjudicado por el abandono moral y material de su esposo el demandante.

En los siguientes términos:

Primero: Que el demandante sustenta su supuesto retiro en una certificación

hecha por el teniente gobernador del Distrito de Huaraz, de fecha 29 de enero de 2006, esta se trata de una fecha a favor o ajena a la verdad, pues este fue expedido a 16 años después del retiro objetivamente hecho y que hogar conyugal se dio en Villon Bajo como se afirma, conducta que se tiene denunciada por ante la Primera Fiscalía Penal de esta ciudad.

Segundo: Que igualmente, en cuanto al domicilio del demandante es una contradicción ya que su certificado domiciliario de la Comisaria de Pachacamac se fija a las Naciones Unidas Mz. G, Lt. 04 – Villa El Salvador, mientras en su demanda consigna domiciliar en Psj. Tajamar S/N del Barrio Antonio Raymondi – Huaraz; aludiendo de esta manera responsabilidad en prestar alimentos y con esto desvirtúa su argumento de retiro del hogar conyugal.

Tercero: La demandada manifiesta que el demandado no se habría retirado del hogar conyugal, sino más bien lo habría abandonado debido a que mantenía una relación extramatrimonial con otra mujer y con la que tiene entendido se ha casado civilmente.

Cuarto: La demandada menciona que ha sido ella la que se ha hecho cargo sola de cuidar y velar por el normal desarrollo de su hija y que el demandado siempre evadió esta responsabilidad, jamás tuvo un

“carácter insoportable, egoísta y celosa” puesto que su conducta para la crianza de su hija se desvirtúa.

Quinto: La demandada menciona en la contestación de la demanda que el padre de su hija (demandante) pretende que, al tildarla de egoísta y celosa, se excusa de haber abandonado el hogar, cuando él era quien ejercía violencia contra ella y su propia hija.

Sexto: En la contestación de la demanda la demandada menciona el demandante nunca se preocupó en el sostenimiento del hogar, como es de verse que este se sita en la Mz. 167 – Lote 8, casa de sus padres quienes lo acogieron y brindaron su techo, sin que el demandante haya hecho mejoras o adquirido otro inmueble para conformar su hogar.

Séptimo: En cuanto al fundamento 6) rechaza por ser falsa dicha afirmación, por cuanto su hija durante su educación inicial, primaria y secundaria nunca tuvo una atención económica por parte del demandante, ya que a pesar de tener una sentencia para pagar pensión hasta la fecha no cumple con dicha obligación que se tiene para ser liquidada, aunque su hija ya sea mayor de edad.

Finalmente argumenta que la demanda ejercitada no conlleva una relación jurídica procesal, ya que según su DNI y su partida de nacimiento de fojas 49, los nombres correctos que usa en todos sus actos públicos y privados es

Dionicia Leona, pero según su partida de matrimonio de fojas 2, aparece con los nombres de Dionicia Elena, lo que debe ser materia de su previa rectificación.

2.4.2. Medios Probatorios:

1. Copia legalizada de su DNI.
2. Copia de la denuncia penal.
3. Los actuados judiciales de los procesos seguidos contra el demandante sobre prestación de alimentos de foja 187 – 193.
4. El recibo de pago de arriendos.
5. Documentos y recetas médicos.
6. Declaración jurada de su hija Janeth Carmen Penadillo Huamán.

2.5. CALIFICACIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante Resolución N° 28, del 15 de enero del 2009 se tiene por admitida la contestación de la demanda, señalando domicilio procesal y por ofrecidos medios probatorios; así también se corre traslado a las fiscales de familia.

Por escrito de fojas 226 la demandada persiste en el argumento de la diferencia de nombres en la partida de matrimonio, objeto de procesos y en su partida de

nacimiento, afirmando que mientras no se realice la rectificación por la vía judicial, la demanda no puede prosperar, ya que se ha recaudado con distinta denominación la que le corresponde. A fojas 227 por resolución N° 29 el Juez ordena tenerse presente en cuanto fuera de ley.

2.5.1. Auto de saneamiento procesal, se señala fecha para audiencia de conciliación y/o fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios

Mediante la resolución n° 15 de fecha 20 de abril del 2009 y obrante a fojas 229, se emite el auto de saneamiento procesal y base a los siguientes considerandos:

1°: Que, el artículo 465 del C.P.C establece que el juez de oficio debe expedir el auto de saneamiento procesal.

2°: Que, el escrito de la demanda sobre divorcio sobre causal de separación de hecho fue subsanado, admitiéndose la demanda mediante resolución N° 2.

3°: Que, corrido el traslado a la emplazada, esta es contestada declarando absuelta la demanda y ofrecido sus medios probatorios mediante resolución N° 28.

4°: Que, tanto el demandante como la demandada detentan interés y legitimidad para obrar en presente proceso, siendo demás que las pretensiones de los mismos tienen relevancia jurídica y es un caso justiciable amparado por la ley.

5°: Que, la demanda y la contestación no adolecen de las causales de inadmisibilidad e improcedencia; teniendo este juzgado competencia especial para conocer la tramitación del proceso.

6°: La resolución en comento no tiene ningún considerando sobre la persistente prevención de la variación del nombre de la demandada, en la partida de matrimonio civil objeto de disolución “Dionicia Elena”, con los nombres que le corresponden Dionicia Leona contenidos en su partida de nacimiento y en su DNI y por lo mismo sobre la necesidad previa de la rectificación de su nombre en la partida de matrimonio.

Por estas consideraciones y habiendo garantizado y derecho de defensa de las partes, advirtiéndose además de la existencia de una relación jurídica procesal válida y en aplicación del artículo 465 del C.P.C. se resuelve: declarar saneado el proceso de conocimiento sobre Divorcio por la causal de separación de hecho de los conyugues durante un periodo de más de 16 años.

Citando de igual modo a las partes, así como el representante del Ministerio Público para que concurran a la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos que se realizará el 12 de junio del 2009 a las 11 de la mañana.

2.5.2. Audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos

En la fecha señalada (12 de junio del 2009) en la Sala de Audiencias del

Segundo Juzgado especializado de Familia de Huaraz, que despacha a la señora juez Dra. María Magdalena Salazar Soto, el secretario, el demandante en compañía de su abogado; y la demandada a quien se consigna últimamente por Dionicia human Melgarejo, sin precisarse su segundo nombre que es materia de dilucidación si es Elena o Leona, en compañía de su abogado y la incomparecencia de la señora fiscal de la familia. La audiencia se efectuó de la siguiente manera:

2.5.3. Etapa de conciliación

Se da por frustrada la conciliación al no haber intención de reconciliación.

2.5.4. Fijación de puntos controvertidos:

En este acto se fijaron los puntos controvertidos que serán materia de prueba, siendo estos los siguientes:

- 1.- Determinar la separación de hecho entre el demandante y la demandada interrumpidamente por más de 4 años
- 2.- Determinar de hijos contraídos dentro del matrimonio.
- 3.- Determinar si el demandado se encuentra al día en su obligación alimentaria o si existe algún acuerdo al respecto.
- 4.- Determinar la existencia del conyugue perjudicado por la separación, a efectos de fijar monto indemnizatorio o adjudicar bien de la sociedad conyugal.

5.- Determinar si los conyugues han adquirido bienes dentro de la sociedad de gananciales.

Nada se ordena para determinar la variación del segundo nombre contenidos en la partida del matrimonio civil materia de disolución y en los documentos de identidad, partida de nacimiento y DNI; a pesar de que este aspecto es esencial a la contienda.

2.5.5. Admisión de medios probatorios

- De la parte demandante se admiten:

Copia legalizada de su documento de identidad a fojas 1 de autos.

Partida de matrimonio a fojas 2 de autos.

Partida de nacimiento a fojas 3 de autos.

Certificado de fojas 4 de autos.

Certificado domiciliario de fojas 5 de autos.

Declaración jurada de fojas 6 de autos.

Certificado de antecedentes negativos de fojas 7 de autos.

- De la parte demandada ministerio público, se admiten:

El escrito de la demanda y anexos.

- De la parte demanda, se admite:

Copia de la denuncia penal contra el demandante de fojas 211 al 213 de autos.

Los actuados judiciales seguidos por alimentos contra el demandante de fojas 187 a 193 de autos.

Recibo de fojas 213 de autos.

Tres documentos médicos que sustentan tratamiento médicoespecializado de fojas 214 a 217 de autos.

Declaración jurada de fojas 198 de autos.

En este mismo acto se procede a fijar fecha para la audiencia de pruebas para el día 11 de agosto del 2009 a horas 09:00 de la mañana.

2.6. ETAPA PROBATORIA

2.6.1. Audiencia de pruebas

La audiencia de pruebas se llevó a cabo el día 21 de septiembre de 2009 a las 15:00 de la tarde en la Sala de Audiencias del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Huaraz que despacha la señora juez Dra. María Magdalena Salazar Soto, el secretario, el demandante Ángel Cirilo Huamán Penadillo en compañía de su abogado; y la demandada Dionicia Leona Huamán Melgarejo acompañada de su abogado,

asimismo dejándose constancia de la concurrencia del Representante del Ministerio Público Fiscal de Familia Sandra Salas Toledo; audiencia que se efectuó de la siguiente manera:

- **De la parte demandante se actúan:**

- Copia legalizada de su Documento de Identidad a fs. 1 de autos.
- La partida de matrimonio a fs. 2 de autos.
- La partida de nacimiento a fs. 3 de autos.
- Certificado de fojas 4 de autos.
- Certificado domiciliario de fojas 5 de autos.
- Declaración jurada de fojas 6 de autos.
- Certificado de antecedentes negativos de fojas 7 de autos.

- **De la parte demandada ministerio público, se actúa:**

- El escrito de la demanda y anexos.

- **De la parte demanda, se actúan:**

- Copia de la denuncia penal contra el demandante de fojas 211 al 213 de autos.

- Los actuados judiciales seguidos por alimentos contra el demandante de fojas 187 a 193 de autos.
- Recibo de fojas 213 de autos.
- Tres documentos médicos que sustentan tratamiento médico especializado de fojas 214 a 217 de autos.
- Declaración jurada de fojas 198 de autos.

En este estado se procede a comunicar a las partes que se les concede el plazo común de cinco días hábiles a partir de la presente audiencia, para que si lo crean conveniente puedan presentar sus alegatos por escrito.

2.6.2. Informe del demandante.

Con fecha 03 de noviembre de 2009, se formula informe escrito y se pide que se declare fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, en atención a las siguientes consideraciones:

- a) La separación de hecho como figura jurídica está prevista por el artículo 333 inciso 11 del Código Civil, que no es otra cosa que la interrupción de la vida en común de los conyugues producido por la voluntad de uno o de ambos, esta causal no sustenta la existencia de un conyugue culpable o un conyugue perjudicado por lo que a través de esa causal es posible que el accionante funde

su pretensión en hechos propios.

- b) Que, si se ha sostenido procesos de alimentos con la demandada el mismo que ella ha referido, pero la separación de hechos se dio desde el 22 de enero de 1990, pero que fue de una vida en común insoportable que no dejó más alternativa que dejar la vida conyugal y mudarse a vivir con su hermana.
- c) Que, su conyugue la demandada posee un negocio muy solvente en Barranca y no tienen necesidad de alimentos, y en cuanto se refiere a que nunca ha acudido con alimentos, es falso por cuanto si no ha reclamado antes es porque se encontraba satisfecha de las pensiones que si le asistía a su hija cuando era menor de edad.

2.6.3. Referencia del expediente N° 046-1991.

A fojas 301, Marlene Rodríguez Rojas – jefa del Archivo Central de la Corte Superior de Justicia de Ancash, informa que dicho expediente se remitió al Tercer Juzgado Transitorio de Paz Letrado de Huaraz, con fecha 05-10-2009; teniendo de fojas 358 a 380 se tienen las copias certificadas de las piezas procesales de dicho proceso.

2.6.4. Referencia del expediente N° 0005-9

De fojas 306 a 353 se tiene las copias certificadas de las piezas procesales del proceso seguido entre el demandante y la demandada por

Aumento de Alimentos aun en trámite.

2.7. PRIMERA ETAPA DECISORIA

2.7.1. Sentencia de primera instancia

Mediante resolución N°45 de fecha 21 de abril del 2010 a fojas 383 a 389 corren lasentencia de primera instancia emitida por el Juzgado de Familia de Huaraz, en la causa seguida por Don Ángel Cirilo Huamán Penadillo contra Doña Dionicia Leona Huamán Melgarejo, obre Divorcio por Causal de Separación de Hecho. Señalandola mencionada sentencia como fundamentos:

1. Que, conforme al artículo 196 del C.P.C. la carga de la prueba corresponde a quienes alegan hechos, debiendo valorarse los medios probatorios en ofrecidos por las partes en forma conjunta y razonada; conforme al artículo 197 del C.P.C.
2. Que, la separación de cuerpos según Ripert y Voulanger, es el estado de dos esposos que han sido dispensados por la justicia de la obligación de vivir juntos.
3. Que, en base a las causales señaladas en los incisos 1) al 12) del artículo 333°, concordante con el artículo 349° del C.P. y el artículo 480, ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.

4. Que, según Carbonier, refiere que la separación de hecho implica una separación de antijuricidad, pues una de las obligaciones derivadas del matrimonio es que los cónyuges hagan vida en común; por lo que la separación de hecho configura una infracción al deber de convivencia; hay dos posibles maneras de practicarla; a través de un acto unilateral consistente en el abandono del domicilio conyugal o en virtud de la mutua acuerdo de separación amistoso.
5. Que, bajo este contexto, atendiendo a que los medios probatorios constituyen instrumentos a lograr en el juez certeza sobre los hechos materia de Litis, por constituir medios verificadores de los hechos expuestos por las partes procesales; estando a lo dispuesto por el artículo 122° del Código Procesal Civil; se procede a dilucidar cada punto controvertido.
6. Que, con respecto a determinar la existencia de una separación de hecho entre el cónyuge demandante y demandada, y si esta esta interrumpidamente más de cuatro años; según las copias certificadas del Poder Judicial N° 00046-1991, donde la ahora demandada refiere textualmente al momento de interponer la demanda (Fs. 302) “tengo a mi desnaturalizado e infiel esposo Don Ángel Penadillo Huamán, que al haber contraído matrimonio, hemos llegado a tener a la menor Janeth Carmen Penadillo Huamán, y que mi esposo indicado sin que hubiera

motivo de mi parte a abandonado el hogar conyugal que hemos formado en la Mz. 177, Lt. 8- Villon Alto, y nos ha dejado abandonado moral y materialmente...”; escrito que data de fecha 12 de febrero de año 1991; con lo cual se evidencia que los cónyuges se encontrarían separados desde aquella fecha, a la interposición de la presente demanda (10 de marzo de 2006), más de quince años de forma ininterrumpida, por lo que resulta amparable la demanda conforme lo estipulado en el inciso 12) del artículo 333°, resultando irrelevante establecerse que la separación se dio desde el 22 de enero de 1990, como refiere la demandante.

7. Que, determinar la existencia de menores hijos dentro del matrimonio, para ello se tiene en cuenta la partida y nacimiento de los cónyuges, obrante a fojas 3, quien ha nacido el 09 de agosto de 1983; estando que a la fecha de la interposición de la demanda contaba con 23 años, es decir era mayor de edad.
8. Que, determinar la existencia de menores hijos contraídos dentro del matrimonio, para ello se tiene en cuenta la partida de nacimiento de la hija de los conyuges, obrante fojas tres, quien ha nacido el 09 de agosto de 1983; estando que a la fecha de la interposición de la demanda, contaba con veintitrés años, es decir era mayor de edad, no obrante en autos medio probatorio alguno que acredite que ella este cursando

estudios superiores con éxito o que no se encuentre en aptitud de atender a sus subsistencia por causas de incapacidad física o mental comprobadas.

9. Con, respecto a determinar si el demandante se encuentra al día en su obligación alimentaria o si existe algún acuerdo al respecto, nos remitimos al Expediente N° 0046-1991, tramitado por ante el Primer Juzgado Civil de la provincia de Huaraz, se le fijo una pensión alimenticia global de quince millones de intis a favor de su esposa Dionicia Huamán de Penadillo y de su hija Janeth Carmen Penadillo Huamán, en partes iguales, no obrando en autosconstancia alguna que el demandante haya cumplido con el pago de las pensiones fijadas en dicho proceso; empero tampoco existe constancia de que se haya solicitado liquidación alguna por la parte actora o secretario judicial de la causa; más aún si de acuerdo al inciso cuatro del Artículo 2001° del código Civil, la acción proveniente de una pensión alimenticia prescribe a los dos años; siendo que la actora en dicho proceso no requirió el cumplimiento de la sentencia, máxime si dichas pensiones en la actualidad se han devaluado completamente, resultando montos irrisorios; ahora en cuanto al proceso N° 2009-0005, sobre aumento de alimentos tramitado ante el Juez de Paz Letrado de la provincia de Huaraz; el mismo que recién se ha expedido sentencia con fecha ocho

de marzo del año dos mil diez; la cual aún no se encuentra firme, aunando el hecho que en la misma tan solo se ha incrementado el pago de pensión alimenticia en la cantidad de ciento cuarenta nuevos soles; mas no así respecto a su hija.

10. Respecto al hecho de la existencia de un conyugue perjudicado con esta separación, resulta evidente que el demandante hizo abandono del hogar y deja la demandad sola y cuidando a su hija; por el contrario, el demandante no ha probado que de dicho abandono fue responsable su conyugue; debiendo fijarse un monto indemnizatorio a favor de la emplazada Dionicia Huamán de Penadillo.
11. Con respecto a determinar si se adquirió bienes dentro de la sociedad de gananciales, esto no se habría producido de acuerdo a los fundamentos esgrimidos dentro de la demanda de alimentos y el proceso de aumento de estos.
12. Que, si bien no se ha fijado como punto controvertido, si continuara vigente el pago de la pensión alimenticia fijada en el Expediente N° 2009-0005 a favor de la emplazada Dionicia Leona Huamán Melgarejo en su caso disponerse el cese del mismo; de acuerdo al artículo 350 del código civil, estamos obligados a pronunciarnos con la finalidad de eliminar incertidumbres o resolver conflictos de intereses, y que la

finalidad es alcanzar la paz social en justicia, el artículo 345 del propio código establece que el juez en el caso de Divorcio por Causal debe pronunciarse, entre otros con respecto a este punto, y siendo que no obra Historia Clínica que demuestre que la emplazada se encuentre imposibilitada de trabajar y solventar sus gastos trabajando, la pensión fijada en el proceso de aumento de alimentos debe de ser suspendida.

13. Que, en cuanto a la prueba extemporánea presentada por la emplazada, mediante escrito de fojas 251, consiste en la Resolución Fiscal N° 091-2009- 3ra FPP.MP.HUARAZ, la misma que formaliza denuncia penal contra el autor del certificado domiciliario del demandante, por el delito contra la fe pública –Falsedad Ideológica, tal se ha presentado en fotocopias simples, por lo que no cabe admitirse como medio probatorio alguno, por no cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 235° del Código Procesal Civil.

Por lo que en base a medios probatorios, normatividad y fundamentos mencionados el Juzgado Especializado de Familia Transitorio de la provincia de Huaraz, falla: declarando improcedente el ofrecimiento del medio probatorio consistente en la resolución Fiscal N° 091-2009-3ra FPP.MP.HUARAZ, de Fs. 246 a 250, ofrecida por la emplazante, y FUNDADA la demanda de Divorcio Absoluto por la causal de Separación de Hecho, por disuelto el vínculo matrimonial y fenecido el

régimen de sociedad de gananciales, fíjese: Un monto indemnizatorio a favor de la conyugue, la cantidad de cinco mil nuevos soles, dispóngase: El cese de la pensión alimenticia a favor de la demandante Dionicia Leona Huamán Melgarejo, establecido mediante sentencias de los expedientes N° 046-1991 y 0005-2009 y carece de objeto pronunciarse por la patria potestad, custodia y régimen de visitas de su hija mencionada por ser mayor de edad; “elévase a consulta, si no es apelada”.

2.8. ETAPA IMPUGNATORIA

La demandada interpone recurso de apelación a la sentencia mediante escrito de fecha 27 de abril de 2010 obrante a fojas 396.

2.8.1. Fundamentos de Apelación:

Que la sentencia contenida en la resolución 41, es ilegal, incompleta y parcializada.

El art. 565 A del Código Procesal Civil, señala que, si existe deuda de pensión alimenticia, se declara infundada la demanda en los casos de exoneración, divorcio y otros, y en el caso de autos el demandante adeuda alimentos como se ve del expediente número 1991-40, así mismo en el proceso de aumento de alimentos N° 2009-005; hecho que no ha tenido en

cuenta el juez sentenciador.

Que el juez tampoco ha meritado que, en el proceso penal por delito contra la fe pública, contra Víctor Morales Rojas este fue quien expidió el certificado falso recaudado a la demanda sobre el divorcio; sobre hechos que desconocía el referido denunciado.

Que tampoco ha tenido en cuenta que Victoria Penadillo Huamán, Hermana del demandante, manifiesta que este había fallecido por la selva, para posibilitar que permaneciera escondido y no cumpliera con la obligación alimentaria.

Tampoco a meritado el hecho que el demandante se retiró del hogar conyugal por las razones que aduce, sino que este abandono con la finalidad de formar hogar extra legal con otra mujer.

Que en la sentencia se ha fijado en S/. 5 mil soles como indemnización, monto que no garantiza el cumplimiento de la obligación alimentaria incumplida.

En el recurso de apelación, la apelante no glosa ningún fundamento sobre la diferencia de nombres de Elena por Leona, contenidos en la partida de matrimonio civil y en sus documentos de identidad.

Mediante Resolución N° 47 de fecha 05 de mayo de 2010 obrante a

fojas 401, el juzgado resuelve conceder el recurso de apelación interpuesto con efectos suspensivo.

2.8.2. Se absuelve traslado

Por resolución N° 49 de fecha 13-07-2010, corriente a fojas 411, la Sala Civil ordena correrse traslado del escrito de apelación interpuesto por la demandada y el demandante mediante recurso de fojas 416 a 418 absuelve pidiendo que se confirme la demanda y que se revoque en cuanto fija pago indemnizatorio. Argumenta:

Que el art. 565-A del Código Procesal Civil, invocado en la apelación no resulta aplicable, puesto que dicho numeral tiene relación únicamente con los procesos alimentarios y no así para los efectos del divorcio, motivo por el que el fundamento de la apelación no es legal, que la no apreciación del proceso penal aludido tampoco es razón, puesto que las pruebas son aportadas por las partes, por todo ello pide que se confirme el fallo.

2.9. SEGUNDA ETAPA DECISORIA

Señalada la fecha para la vista de la causa por Resolución N° 50 de fecha 17-08-2010, corriente a fojas 419, con el escrito de tardíos alegatos de la parte demandada de fojas 422 a 424 y con la constancia de relatoría de fojas 426, se expide la sentencia de vista.

2.9.1. Sentencia de segunda instancia.

A la vista los alegatos de ambas partes, mediante resolución N° 52 de fecha 28 de enero de 2011; llevándose esta a cargo de tres magistrados Silvio Lagos Espinel, Melicia Brito Mallqui y Pastor Quinto Gomero.

De fojas 427 a 433 corre la sentencia de la Primera Sala Civil de Huaraz en la causa seguida por don Ángel Cirilo Penadillo Huamán contra doña Dionicia Leona Huamán Melgarejo sobre divorcio causal de separación de hecho. Señalando la mencionada sentencia como fundamentos:

Primero: Que, controversia gira entorno a la pretensión del demandante Ángel Cirilo Penadillo Huamán, quien interpone demanda de divorcio por causal de separación de hecho contra su conyugue Dionicia Leona Huamán Melgarejo, y quea la fecha se encuentran separados por más de 16 años, que no se han adquirido bienes y que solo han procreado con la emplazada a una hija, nacida con fecha 12-07-1983.

Segundo: Que, la demandante niega y contradice los hechos expuestos y solicita que en su oportunidad la demanda sea declarada e improcedente y/o infundada y resalta el hecho de la existencia de un proceso de aumento de alimentos en contra del recurrente.

Tercero: Ambos conyugues contrajeron matrimonio civil en 1986, por ante la Municipalidad Provincial de Huaraz, como es de verse en autos a fs. 2.

Cuarto: Que, con la pruebas recaudadas y presentadas en autos ha quedado establecidos los tres elementos para la configuración de la separación: quebrantamiento permanente del vínculo, la falta de voluntad para volver a unirse y la no existencia de hijos menores de edad contraídos dentro del matrimonio. Nada refiere al argumento de defensa de la demandada sobre el cambio de nombre existente entre las partidas de matrimonio civil y de nacimiento, como tampoco de la existencia de la obligación alimentaria.

Quinto: Que, de los mismos elementos de convicción y de los precisados en el considerando, se ha establecido que la parte no adquirieron ninguna propiedad durante la vigencia matrimonial, careciendo de objeto por tanto pronunciamiento al respecto.

Sexto: Que, para los efectos 345-A del Código Civil y su correlación con el inc. 12 del art. 333 del propio código, el demandante debe acreditar que se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, ya establecida o ya pactada, puesto que el Juez debe velar por la estabilidad económica del conyugue que resulte perjudicado por la separación de hecho, debiendo señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de la pensión alimenticia; que por esta razón resultan de aplicación los artículos precisados en el considerando.

Séptimo: Que, el primer párrafo del art. 345-A del C.C., que tiene como requisito de procedibilidad para interponer la demanda de divorcio por causal de

separación de hecho, el demandante está obligado de acreditar encontrarse al día en el pago de los alimentos ya establecidos en el proceso o pactados de común acuerdo y se sí incumple con esta exigencia, la omisión acarrea la improcedencia de la demanda.

Octavo: Que, en el caso de autos si bien es cierto existe una sentencia judicial firme que impone el pago de alimentos como se prueba con el expediente N° 0046-1991, seguida entre las mismas partes, proceso en el que se fijó el monto de la pensión a favor de la demandada y de su hija,; también es verdad que no obra constancia alguna que acredite que al demandante se le haya requerido el cumplimiento de dicha pensión; tampoco existe liquidación de pensiones alimenticia solicitada por la demanda o practicada por el Juzgado y que por ello la demanda no acreditada al contestar la demanda, que el demandante le adeude cantidad alguna por alimentos; habiéndose limitado a presentar copias de la sentencia y actuados de dicho proceso. Que, con posterioridad al proceso de alimentos, ha demandado Aumento de Alimentos, hecho que hace pensar a la Sala que no ha existido deuda alguna en el proceso primigenio; por lo que no existe obligación que cumplir por parte del demandante, de modo que los agravios expresados por la apelante no se pueden estimar; más todavía cuando existe jurisprudencia al respecto, la misma que hace relación en sus alcances y efectos.

Noveno: En cuanto a la determinación del conyugue perjudicado; con el texto expreso de la demanda de alimentos queda privado que el emplazado (demandante en el caso de autos) fue el que se retiró del hogar conyugal, dejando en desamparo material y moral a su esposa, la que asumió el cuidado de su hija menor de edad para aquel

entonces; frustrando su expectativa personal de constituir una familia sólida. Por consecuencia con el proceso de contrarrestar las dificultades económicas que enfrenta la conyugue perjudicada con la separación de hecho, se ha establecido a su favor el pago de la indemnización, cuyo monto es correcto.

Decimo: Con relación a la obligación alimentaria en favor de la demandada, existe el proceso de Aumento de Alimentos N° 005-2009, en el que se estableció como nueva pensión S/ 140 soles en favor de la demandada. Sin embargo, la aludida pensión debería cesar en mérito del artículo 350 del Código Civil. La demanda que se encontraría dentro de los supuestos de la norma glosada, de la prueba escrita de fojas 214 a 216 sobre informe ecográfico transvaginal, demuestra encontrarse imposibilitada de procurarse por sí, que su estado de salud se le limita; por lo que la pensión debe subsistir; debiendo disminuirse prudencialmente a la suma mensual de 80 nuevos soles mensuales; por lo que este aspecto debe revocarse la sentencia apelada.

Decimo primero: Se ha demostrado que la pensión alimenticia para la hija ha cesado, por tal no es factible de pronunciamiento con respecto al cese de este, debiendo el demandante hacer valer su derecho en este aspecto de acuerdo con la ley.

Décimo segundo: Se debe tener presente a tenor de la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 27495, que esta se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada de vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Décimo tercero: Finalmente con respecto al medio probatorio extemporáneo como es la Resolución N° 091-2009-3ra. FPP.MP. Huaraz, esta fue presentada en fotocopia simple, por tal no cumple con los presupuestos establecidos por el art.235 del Código Procesal Civil, y debe rechazarse.

Por las consideraciones mencionadas la Sala Civil resuelve confirmar: la sentencia contenida en la resolución N° 45 de la fecha 21 de abril del 2010, corrientede fojas 383 a 389, que falla declarando improcedente el medio probatorio en la Resolución Fiscal N° 091-2009-3ra FPP.MP. Huaraz; fundada la demanda interpuesta por Ángel Cirilo Penadillo Huamán, mediante escrito de fojas 18 a 25, subsanado a fojas 27 sobre divorcio por la causal de separación de hecho contra Dionicia Leona Huamán Melgarejo; REVOCARON: el extremo que declara fenecido el régimen de gananciales, desde el 12 de febrero de 1991; reformándola declararon: fenecido el régimen de gananciales desde el 08 de julio del 2011; revocaron: la propia sentencia en el extremo del cesede pensión alimenticia a favor de la demandada y reformándola: fijaron como monto de pensión de aumento de alimentos la suma de 80 nuevos soles y nulo: el extremo del cese de pensión alimenticia a favor de su hija Janeth Carmen Penadillo Huamán, en el Expediente N° 046-1991.

2.10. ETAPA CASATORIA

2.10.1. Del recurso de casación

Por escrito de fojas 459 a 462, de fecha 17-03-2011, la demandada interpone

recurso de casación por considerar la existencia de errores in iudicando e in procedendo en la sentencia de vista. Luego de precisar sobre el objeto del recurso de casación y sobre las causales de forma y de fondo o requisitos exigidos por el art. 345 del Código Procesal Civil, como razones argumenta:

1.- Que, en el segundo considerando de la sentencia de vista que, por el abandono de hecho del hogar del demandado, la recurrente se vio obligada a demandar alimentos con fecha 01-02-1991 ante el Juzgado de Familia y que el demandante jamás pago pensión alguna por alimentos, incumpliendo así con el requisito legal de estar al día en el pago de pensión alimentaria; de modo que la demanda no procedía. También existe el proceso de aumento de pensión alimenticia, causa en la que tampoco cumple con la obligación alimentaria; pero sin embargo en la sentencia de vista impugnada se interpreta en contrario por lo que existe aplicación errónea de la Ley materia.

2.- En el quinto considerando de la sentencia de vista se dice que no adquirieron bienes de propiedad; sin embargo, se dice en la parte resolutive que el régimen de la sociedad de gananciales feneció el 08 de julio de 2001. Que, en el sexto considerando, a pesar de que el código civil señala que si en el proceso de divorcio existe culpa de algunos de los conyugues, se debe indemnizar al perjudicado; antecedente legal que en la causa no existe lógica, ya que, si en primera instancia existe pronunciamiento al respecto, en segunda instancia no corre pronunciamiento al respecto.

3.- Que, en el octavo considerando se dice que para que prospere la demanda

de divorcio, el demandante debe demostrar que se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia; pero que a pesar de que se encuentren ofrecidos como prueba los expedientes de alimentos y de aumento de alimentos, procesos en los que el demandante sigue incumpliendo sin pagar la suma alguna y que el cumplimiento de la sentencia del proceso de aumento de alimentos.

4.- Que, así mismo en el octavo considerando de la sentencia de vista se hace apreciación errónea de la Casación N° 2414 -2006-CALLAO de 02-04-2007, pero no se indica la fuente “como el hecho de que los conyugues jamás requirieron de alimentos” y en el caso de autos su parte ha demostrado que demandó por alimentos y aumento de alimentos y que el demandante nunca cumplió.

2.10.2. Concesorio

Por Resolución N° 56 de fojas 463, de fecha 22-03-2011, manda a elevarse los autos a la Sala Civil de la Corte Suprema.

2.10.3. Pronunciamiento de la corte suprema de justicia de la republica

Por Resolución N° 2171-2011-ANCASH, la Sala Civil permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica resuelve teniendo en consideración los siguientes argumentos:

Primero: Que, se han cumplido con los requisitos de admisibilidad regulados por el art. 387 del Código Procesal Civil.

Segundo: Hace análisis de los requisitos de fondo que debe contener el recurso de casación como medio impugnatorio extraordinario de carácter formal, que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria.

Tercero: Que, la impugnada recurrió en casación invocando infracción normativa del art. 565-A del C.P.C., esto es que para que prospere la demanda de divorcio por separación de hecho, el demandante debe demostrar que se encuentra al día en el pago de la pensión alimenticia, que en empero a pesar de las pruebas ofrecidas por su parte éste no ha cumplido con el pago a pesar de los requerimientos correspondientes y pese a ello se declara fundada la demanda atentando contra el derecho material y el debido proceso, amparado por la Constitución del Estado en si art. 139 inc. 14 (*debiendo ser inc.3*).

Cuarto: El Tribunal Supremo advierte que los fundamentos del recurso están dirigidos a cuestionar que no se ha cumplido con acreditar el estar al día con el pago de las pensiones alimenticias al momento de la presentación de la demanda, en consecuencia, se habría infringido el art. 345-A del Código Civil.

Sexto: Que, los fundamentos de sustentación del recurso sobre infracción normativa del art. 245-A del Código Civil y el art. 139 inc. 3 de

la Constitución cumplen con las exigencias de procedencia directa que estas tendrían sobre la decisión impugnada, por lo que el recurso debe calificarse como procedente en aplicación del inc. 1 del art. 391 del C.P.C.

Séptimo: Que, el Tribunal Supremo también advierte, que si bien la sentencia emitida por la Sala Civil de Ancash, confirmando la apelada que declaró fundada la demanda; lo que es también que la misma carece de motivación escrita por ello es menester declarar procedente el recurso de casación en forma excepcional en conformidad con lo señalado en el art. 392-A del C.P.C., por la infracción normativa del art. 139 inc. 5 de la Constitución Política del Estado.

Por las razones expuestas declare procedente el recurso de casación, por infracción normativa material respecto del art. 345-A del C.C., y del art. 139 inc. 3 de la Constitución Política y excepcionalmente por infracción normativa del art. 139 inc. 5 de la Carta Magna, ordenando señalarse oportunamente fecha para la vista de la causa.

2.10.4. Resolución final

Con fecha 10 de mayo del 2012 la Sala Civil permanente de justicia de la república expide en definitiva la Resolución que pone termino al proceso y

luego de Callar las razones que motivan el proceso fija las causales por las que se declaró procedente el recurso de casación y son:

A.- Por Resolución de fecha 07 de setiembre de 2011 se declaró procedente el recurso interpuesto por la demandada por la infracción normativa material respecto al art. 345-A del Código Civil y del art. 139 inc. 3 de la Constitución Política del Estado.

B.- Así mismo excepcionalmente considero la existencia de infracción normativa del art. 139 inc. 5 de la Carta Magna; esto es por falta de motivación de la sentenciarecurrida.

C.- La Sala Suprema luego de efectuar el recuento de los solicitado en la demanda, de la contestación de esta y de analizar las sentencias de mérito, bajo los siguientes considerandos expide resolución:

Primero: Que, de los términos en los que se plantea el recurso Casatorio lo que se cuestiona en esencia es la inobservancia del deber del debido proceso, a la motivación de las resoluciones y a la valoración de los medios probatorios; al no haber acreditado el demandante encontrarse al día en el pago de las pensiones alimenticias al momento de interponer su demanda; requisito sin el cual no se podía amparar la demanda.

Segundo: Que, en materia de casación es factible ejercer el control Casatorio de

las decisiones Jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso.

Tercero: Que el debido proceso implica el respeto de los derechos y garantías con que debe contar todo justiciable, permitiendo que la causa pueda tramitarse y resolverse en justicia; teniendo dos expresiones: una formal y otra sustantiva.

Cuarto: Uno de los contenidos del derecho al debido proceso, es el de obtener de los órganos jurisdiccionales, una respuesta razonada, motivada y congruente; vale decir, que los Jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso metal que los ha llevado a decidir una controversia, pero con sujeción ala Constitución y a la ley.

Quinto: En el caso de autos se ha declarado la procedencia ordinaria del art. 345-A del Código Civil y el inc. 3 del art. 131 de la Constitución Política del Estado, al cuestionar que no se ha cumplido con acreditar estar al día en el pago de las pensiones alimenticias, al momento de la presentación de la demanda, por lo que se habría infringido el art. 345-A del C.C., que se remita a las exigencias para poder demandar por el divorcio por la causal de separación de hecho, previsto en el inc. 12 del art. 333 del C.C., que por consecuencia también se requiere la procedencia normativa del art. 139 inc. 5 de la Constitución, al sostenerse que la sentencia carecede motivación escrita.

Sexto: Que, antes de emitir el pronunciamiento sobre los extremos del recurso de casación, previamente es necesario referirse al divorcio remedio y después

desarrollar las infracciones materia de Casación. Que por lo mismo en el fundamento 33 del tercer pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, que trató precisamente del Divorcio por la causal de separación de hecho, el divorcio es de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no solo se configura con la verificación de la separación física y definitiva de los conyugues, sino también por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común; por ello contiene tres elementos: el elemento material, el elemento psicológico y el elemento temporal; este último configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los conyugues, de dos años si no existen hijos menores de edad y cuatro si los hubiera.

Séptimo: Efectúa análisis sobre las presuntas infracciones.

Octavo: Que, en autos la documental de fojas 187 a 193 solo prueba la existencia del proceso sobre alimentos, en el que se asigna una pensión alimenticia en favor de la demandada y de su hija, sentencia que fue confirmada por la de vista y que recién con fecha 07 de enero de 2009, se inició el proceso sobre aumento de alimentos, el mismo que en la oportunidad de la interposición de la demanda de divorcio aún no había concluido, verificándose que en la fecha el demandante interpuso la demanda de divorcio, no obraba en autos liquidación alguna por cuotas vencidas respecto a los alimentos; por lo que las instancias de mérito en este sentido han motivado la sentencia que ampara la demanda.

Noveno: Que, con lo que se tiene expuesto se determina que la resolución de

vista no infringe el derecho al debido proceso por supuesta causal de falta de motivación de las resoluciones judiciales de la valoración conjunta de las pruebas; por lo que el Colegiado Superior interpreto bien el art. 345-A del Código Civil y en consecuencia al no configurarse las causales denunciadas el Recurso de Casación debe desestimarse y procederse conforme lo dispuesto por el art. 397 del Código Procesal Civil.

Por las razones resumidas declara: infundado el recurso de casación decidiendo no casar la sentencia de vista, Resolución N° 52 de fecha 25 de enero del 2011.

III. JURISPRUDENCIA

A continuación, se cita algunas sentencias de las salas superiores y casatorias que nos grafica la forma como son interpretadas y aplicadas a casos concretos las normas relativas al divorcio por causal de separación de hecho luego del Tercer Pleno Casatorio Civil llevado a cabo el 15 de diciembre de 2010 y publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de mayo de 2011.

Pleno Casatorio que se llevó a cabo con la finalidad de buscar una salida a la situación disfuncional de muchos matrimonios que solo conservan la forma mas no la sustancia que sería una verdadera relación conyugal; es decir, los diversos pronunciamientos contradictorios hicieron necesaria la realización del Tercer Pleno

Casatorio Civil.

3.1. DEFINICIÓN DEL DIVORCIO

Que, por la institución del divorcio uno o ambos cónyuges de acuerdo a ley puede acudir al Órgano Jurisdiccional a fin de que se declare la disolución del vínculo matrimonial civil existente entre ellos, conforme es de entenderse del artículo 384° del Código Civil, concordado con los artículos 349°, 333° y 354° de ese mismo texto normativo. (CAS N° 1358-05-Lima, 2006)

3.2. CONCEPTO DE SEPARACIÓN DE HECHO

La separación de hecho de los cónyuges por un período prolongado e interrumpido de dos a cuatro años, según sea el caso, sin la voluntad de hacer vida común, puede acaecer por el abandono de hecho de uno de ellos, por provocar uno el alejamiento del otro, o por acuerdo mutuo de separarse de hecho en otras vicisitudes. Cualesquiera que fuere la circunstancia, la interrupción de la cohabitación durante un lapso prolongado constituye la revelación más evidente de que el matrimonio ha fracasado; es por eso, que el divorcio por esta causal objetiva no requiere que los cónyuges refieran las motivaciones que los llevaron a interrumpir la cohabitación, basta con confirmar dicho hecho. (CAS N° 540-2007-Tacna, 2009)

3.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO

A la causal de divorcio doctrinariamente se le ha denominado divorcio remedio que reposa en su aspecto objetivo, sin embargo, en nuestro ordenamiento civil está concebido no solo desde el aspecto objetivo sino también en el ámbito subjetivo, pues en su análisis y aplicación el juez está obligado a determinar al cónyuge culpable de la separación. Esta causal posee una naturaleza mixta, pues contempla características objetivas del sistema de divorcio remedio y subjetivas del sistema de divorcio sanción. (CAS N° 5079-2007-LIMA, 2008)

3.4. DIVORCIO REMEDIO

No cabe en esta causal alegar que la separación es atribuible a uno de los cónyuges pues se trata de un caso de divorcio remedio, por lo que resulta irrelevante para la solución la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación. El juez debe limitarse a constatar el cese definitivo de la cohabitación por el periodo establecido. (CAS N° 1124, 2011)

3.5. CONCEPCIÓN DE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO, POSIBILIDAD DE QUE EL ACCIONANTE FUNDE SU PRETENSIÓN EN HECHOS PROPIOS

El Colegiado Superior considera que solo puede accionar quien propicia la

interrupción de la convivencia conyugal, interpretando así el *Ad quem* el inciso décimo segundo del artículo trescientos treinta y tres y el artículo trescientos cuarenta y cinco-A del Código Civil; al respecto debe hacerse las siguientes precisiones; en primer lugar la separación de hecho es la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos; en segundo término que ya se haya producido la desunión por decisión unilateral o conjunta, la naturaleza de esta causal no se sustenta en la existencia de un cónyuge culpable y de un cónyuge-perjudicado y, en tercer lugar, que a través de esta causales posible que el accionante funde su pretensión en hecho propios, pues en este caso expresamente no resulta aplicable el trescientos treinta y cinco del Código Civil; por consiguiente ni el inciso décimo segundo del artículo trescientos treinta y tres ni el artículo trescientos cuarenta y cinco-A del Código Civil limitan la acción de Divorcio únicamente a quien unilateralmente haya invocado la separación de hecho. Por consecuencia han sido interpretadas en forma errónea las referidas normas; conforme a lo expuesto cualquiera de los cónyuges puede de manera irrestricta actuar como sujeto activo en una acción conforme a la causal bajo estudio; más aún si tenemos en cuenta que ambos cónyuges disfruten de igualdad ante la ley, no pudiendo ser discriminados por ninguna razón, según lo contempla el inciso Segundo del artículo dos de la Constitución Política del Estado. (CAS N° 1120, 2002).

3.6. DIFERENCIA CON EL ABANDONO INJUSTIFICADO

En un caso de demanda divorcio por dos causales: el abandono injustificado del hogar conyugal y la separación de hecho. La sentencia casatoria consideró que el juicio de hecho, realizado por el juez según el cual el accionante habría entrado en contradicción al proponer en la demanda en forma simultánea ambas causales de divorcio, resulta errado por cuanto cada una de las referidas causales tiene su propia naturaleza, elementos, requisitos y consecuencias jurídicas. (CAS N° 2264- 2010-Huaura, 2011).

A diferencia se encuentra, asimismo en el considerando 40 de la sentencia recaída en el Tercer Pleno Casatorio Civil, en cuyo texto se indica que la causal de abandono injustificado del hogar conyugal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges, con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Por lo cual no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consciente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (cohabitación, asistencia alimentaria, entre otros). Esto no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que el demandante puede ser perfectamente quien se alejó del hogar.

3.7. REQUISITO PARA EL AMPARO DE PRETENSIÓN DE DIVORCIO PORCAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

En busca de la protección a la familia las normas que la regulan (a la causal de separación de hecho) establecen determinados requisitos para que pueda entablarse y en su caso ampararse (la pretensión de divorcio por causal de separación de hecho), como es el plazo de dos años (sino) existen hijos y de cuatro si los hay, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones alimentarias y la fijación de una indemnización al cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente a su parte de los bienes de la sociedad conyugal independientemente a la pensión de alimentos que pudieran corresponder. (CAS N° 606-2003-Sullana, 2003).

3.8. ACREDITACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE ALIMENTOS

La Sala Civil Transitoria se pronunció sobre un caso de separación de hecho en donde solo existía con anterioridad una propuesta de liquidación de pensiones alimenticias devengadas a cargo del demandante de la separación, pero no había resolución que apruebe su pago ni requerimiento para su cumplimiento. La sala establece que no podría conminarse al litigante en el proceso de divorcio por separación de hecho, cumplimiento de una obligación alimentaria, esto es, que esté al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, al no existir respecto de la solicitud de la demandada sobre liquidación de

pensiones alimenticias devengadas, resolución judicial que apruebe el pago de estos o, en su caso, requerimiento alguno para su cumplimiento. En consecuencia, al no existir ni un requerimiento formal, ni resolución judicial que exija el pago derivado de dicha liquidación de pensiones devengadas, no puede conminársele al recurrente, al cumplimiento del requisito de procedibilidad de la causal de separación de hecho. (CAS N° 3944-2010-Lima, 2012).

Como se sabe para poder invocar a la causal de separación de hecho el demandante debe acreditar estas al día en el pago de sus obligaciones alimentarias y tras pactadas de común acuerdo.

El primer párrafo de la precipitada norma (art. 345 C.C.) regula como requisito de procedibilidad para interponer la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, que la parte demandante acredite encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas de común acuerdo a favor del cónyuge demandado, en tal sentido, cuando la norma alude a que el demandante se encuentre al día en el pago de dicho concepto, debe mediar mandato judicial que conmine al pago periódico de determinada suma por concepto de alimentos o que el actor haya convenido con su cónyuge la forma y monto por ese concepto, de manera que si la parte demandante no logra acreditar; al momento de interponer su demanda, que viene acudiendo con el pago de sus obligaciones alimentarias en la fecha

establecida – sea en vía judicial o mediante acuerdo-, a favor del cónyuge demandado o perjudicado, tal omisión acarrea la improcedencia de la demanda. (CAS N° 3133-2009-La libertad, 2010)

3.9. INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN PREFERENTE

En consecuencia, se establece que la indemnización a que se refiere el artículo 345-A del Código Civil no se circunscribe a los elementos subjetivos de dolo o culpa que integran la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tiene un carácter de obligación legal. (CAS N° 3808-2010-Lima Norte, 2012).

La indemnización o la adjudicación preferente tiene la naturaleza en una obligación legal cuyo fundamento está dado por la equidad y la solidaridad familiar. Para la indemnización es necesario solo que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico y el daño personal con la separación de hecho y en su caso con el divorcio en sí.

Se ha establecido, también que solo se indemnicen los perjuicios que originan con ocasión de la separación de hecho producida mucho antes de la interposición de la demanda y los perjuicios que se originen desde la nueva situación jurídica que se produzca con ocasión del amparo de dicha demanda, es decir, la situación creada con el divorcio mismo. (CAS N° 3808-2010-Lima Norte, 10/10/2011, El Peruano 31/01/2012).

En otra ocasión se verificó que se había adjudicado un inmueble de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicando a quien se le frustró su proyecto de vida personal y se le originó un cuadro de trastorno depresivo recurrente (CAS N° 2180-2011-Arequipa, 2011).

En el proceso deberá verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí; debiendo tener las siguientes circunstancias:

- a) El grado de afectación emocional o psicológica.
- b) La tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad y la dedicación al hogar.
- c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos ante el incumplimiento del cónyuge obligado.
- d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge.

3.10. INDEMNIZACIÓN Y ADJUDICACIÓN PREFERENTE SON EXCLUYENTES

Según el artículo 345-A del Código Civil el juez deberá señalar una

indemnización u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Sobre la base de la letra del precepto, se afirma que la normacitada utiliza el conectivo disyuntivo “u”, el cual tiene un sentido excluyente. Ellos comporto que el juez, con el propósito de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado, puede optar por dos alternativas excluyentes, por lo cual si opta por una de ellas se debe excluir a la otra. En el caso concreto al ad Quem habíaseñalado una indemnización a favor del cónyuge reconviniente, en consecuencia, yano era necesario ordenar la adjudicación preferente. (CAS N° 1814-2010-Lima, 2011)

3.11. MONTO INDEMNIZATORIO

En este punto se considera que se puede determinar, con base en parámetros objetivos, el quantum indemnizatorio. Así, se podrá tener en cuenta, entre otros factores, las edades de las personas perjudicadas, la duración del perjuicio, la capacidad económica del causante del daño y las demás situaciones particulares de la víctima del daño. (CAS N° 2450-2010-La Libertad, 2011).

CAPITULO IV

3.12. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

Del examen del expediente en sus diversas etapas y hasta su conclusión con la

Resolución en Casación, pueden advertirse las siguientes irregularidades, omisiones o deficiencias, que la graduada propone para su valoración por el jurado.

3.13. ETAPA POSTULATORIA

3.13.1. La demanda interpuesta con fecha 29-02-2006, a lo largo del proceso, se ha demostrado que deliberadamente el demandante mintió, ocultó la verdad y por lo mismo incurrió en temeridad; contrario a las obligaciones de ética que le corresponden prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial y como tal por existir infracción a su deber de no actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales, debió aplicársele las sanciones que prescriben los art. 109 y 112 del C.P.C. Siendo también responsable su abogado defensor y por lo mismo pasible de la misma sanción acorde al Art. 111 el propio código sustantivo.

3.13.2. En efecto consciente y deliberadamente ocultaron la existencia del proceso sobre el pago de alimentos que se resolvió en el año 1991 y si bien es verdad que a más de la sentencia no aparece petición de liquidación, ni exigencia para su pago; también lo es que la sentencia dictada no es simplemente declarativa de un derecho sino tiene naturaleza de ejecución por consecuencia si se le notificó la sentencia ya legalmente existió obligación alimentaria que cumplir.

3.13.3. El Juzgado al emitir el auto que declaró la inadmisibilidad de la

demanda, por inadecuado estudio de la demanda y de sus recaudos, no aprovechó la oportunidad para que se esclarecieran o definieran la oscuridad y ambigüedad incurridas y no solo requerir el pago de una cédula más de notificación por la intervención del señor fiscal.

En efecto si es que en la demanda se precisa, conforme a la partida de matrimonio civil que la acción está dirigida contra su esposa Dionicia Elena Huamán Melgarejo y sin embargo de la hija procreada dentro del matrimonio, según su partida de nacimiento de fojas tres, la madre parece ser ya no Dionicia Elena sino Dionicia Leona; debió solicitar la precisión de esta incongruencia; como también que se acreditará documentalmente la inexistencia de la obligación alimentaria no solamente con la declaración jurada que recaudo a fojas 6; tanto más el artículo 345-A en su primer párrafo, como requisito de procedibilidad obliga que para la procedencia del divorcio por la causal de la separación de hecho, prevista por el inc. 12 del art. 333 – 349 del Código Civil, necesariamente debía demostrarse encontrarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias y en el caso de autos mediaba sentencia judicial.

3.13.4. En el auto admisorio de la demanda, el juzgado pese a la disconformidad de nombres (Elena por Leona) sin esclarecimiento alguno admitió a trámite contra Dionicia Elena Huamán Melgarejo y sin que tampoco se hubiese demostrado el requisito de procesabilidad.

3.13.5. El trámite se dilató excesivamente porque el demandante, prosiguiendo en sus falsedades consigno como domicilio de la demandada direcciones distintas, dilatando así la norma secuela del proceso.

3.13.6. A consecuencia del mandato del juzgador sobre la hoja RENIEC correspondiente a la demandada, está resuelta ser Dionicia Leona, pero en el documento público aludido esta aparece con el estado civil de soltera; subsistiendo la ambigüedad en los nombres consignados en la demanda; dificultad que tampoco se superó por intervención fiscal, quien contestó la demanda, pero sin advertir el hecho trascendente.

3.13.7. Que si bien el demandante por petición expresa pidió que se corrigiera el nombre de la demandada Dionicia Elena por Dionicia Leona Huamán Melgarejo, reconociendo que había consignado erróneamente en la demanda, nombre que se autenticaba con la partida de nacimiento de la demandada y que por ello por Resolución N° 006 de fojas 51 se resolvió corregir el nombre de la demandada por Dionicia Leona Huamán Melgarejo, con quien se entendió el trámite; este acto procesal carecía de efectos legales para modificar o rectificar el nombre de la contrayente en la partida de matrimonio civil, donde aparece como Dionicia Elena Huamán Melgarejo.

3.13.8. Que en la Resolución N° 0010 de fojas 81 se declaró saneado el proceso sin tener en cuenta la divergencia en el nombre correcto de la demandada; toda vez que

si bien por autos se regularizó el nombre que le corresponde, también lo es que, en la partida de matrimonio civil, objeto de disolución, subsistía su identificación con el nombre de Dionicia Leona, corrección que nunca se ha efectuado durante el curso del proceso.

3.13.9. En la petición sobre nulidad de actos procesales promovida por la demandada en su escrito de fojas 163 a 166, con fecha 09-09-2008, la causal que se invoca no solo es por haber sido notificada en domicilio que no le corresponde, sino también porque de a constancia de secretaria sobre incomparecencia del fiscal y partes a la audiencia, por aplicación del art. 203 del C.P.C. modificado por la Ley N° 29057, dicha incomparecencia debió causar la conclusión del proceso. También se argumentó que la disconformidad en sus nombres, Dionicia Leona, en la partida de matrimonio y Dionicia Leona Huamán Melgarejo en su partida de nacimiento y DNI, ocasionaba un error material que obligaba a regularizar previamente en la propia partida de matrimonio. Sin embargo, en la resolución que resuelve la nulidad, N° 0026 de fecha 13-11-08, obrante a fojas 195-198, el juzgado omitió pronunciamiento alguno sobre el aspecto de la incomparecencia de partes y del fiscal y sobre la ambigüedad en los nombres consignados en los documentos públicos mencionados anteriormente de la demandante, cuando estos extremos resultaban indispensables y solo declaró a nulidad por deficiencia en la notificación por haberse efectuado en domicilio que no le correspondía.

3.13.10. En el escrito de la contestación de la demanda de fecha 07-01-2009, la

demandada que argumentó esencial que debió ser dilucidado en el párrafo décimo segundo, reiteró el argumentó que según su documento de identidad, así como de su partida denacimiento de fojas 49, sus prenombrados que le correspondían son Dionicia Leona, pero que en la partida de matrimonio de fojas 2, recaudó de la demanda y objeto de la contienda aparece como Dionicia Elena, por lo que debe ser materia de previa rectificación. Sobre este mismo aspecto volvió a reiterar en su recurso de fojas 226 de fecha 19-02-2009 y el juzgado por resolución de fojas 29, corriente a fojas 227 ordenó que se tuviera presente en cuanto fuese de ley. Sin embargo, en el auto de saneamiento, resolución N° 30 de fecha 20-04-2009 corriente a fojas 229, enada se refiere a este extremo expresa y claramente peticionados y por lo mismo la resolución que declaró saneado el proceso es incompleto.

3.13.11. En la audiencia de conciliación, fijación de puntos en controversia y de medios probatorios con fecha 12 de junio de 2008 corriente a fojas 244 a 245, se ha admitió como medio probatorio de la demandada los actuados judiciales seguidos entre las mismas partes sobre alimentos, de fojas 187 a 193 y se tuvo como actuado su mérito en el acta de audiencia de actuación de medios probatorios de fojas 265 a 266. Aún más por resolución N° 43 de fecha 26-03-2010 corriente a fojas 355, el juzgado ordenó agregarse las copias certificadas del Expediente N° 2009-0005, remitidas por el Segundo Juzgado de Paz Letrado sobre aumento de pensión alimenticias seguido entre las mismas partes; con conocimiento de aportes, corriendo entre ellas la sentencia de fecha 08 de marzo del 2010 que aumentó la pensión

mensual a 140 nuevos soles en favor de la cónyuge. Sin embargo, de estos antecedentes, en la sentencia dictada por el Juzgado de Origen, Resolución N° 45 de fecha 21-04-2010 corriente de fojas 383 a 389, el juzgado sentenciador incurrió en contradicción comose puntualiza en el análisis crítico siguiente.

3.14. PRIMERA ETAPA DECISORIA

3.14.1. Si es que el Juzgado llegó al convencimiento que fue el demandante quien de hecho abandonó el hogar conyugal; que así mismo también con la prueba documental sobre el proceso de Alimentos tramitado y resuelto en 1991, se estableció que este incumplió con su obligación alimentaria; no se llega a entender cómo es que en el noveno considerando lo libera del pago bajo el supuesto que por el transcurso del tiempo hasta la interposición de la demanda de divorcio, la obligación alimentaria ya habría prescrito por aplicación del inc. 4 del art. 2001 del C.C. Sin tener en cuenta que la cesación alimenticia tiene que ser solicitada expresamente por el obligado y no concedida de oficio y aún peor aplicando igualmente de oficio la excepción de prescripción, en contra posición a la prohibición prescrita por el Art. 1992 del mismo Código Civil que impide que el Juez no puede invocar ni resolver si la prescripción no ha sido solicitada y en el caso de autos el demandante no lo pidió.

3.14.2. Igualmente la argumentación del juzgador en el décimo segundo

considerando para liberar de la obligación alimentaria al demandante, bajo el argumento que la documental presentada por la demandada en cuanto a sus dolencia, no le impedía conseguir sus subsistencia por sí misma; constituye en el fondo una usurpación de la labor de compulsar la prueba que inequívocamente se produjo en los procesos de alimentos y de aumento de alimentos y si la autoridad judicial que sentenció en ellos llegó al convencimiento que la demanda requería de los alimentos aún aumentados y por aplicación del art. 482 del C.C.; inequívocamente a criterio de la ponente la sentencia es contradictoria a la apreciación del propio juzgado; tanto más, si hasta la declaro cónyuge perjudicada y por ello señalo a su favor pago indemnizatorio.

3. 15. ETAPA IMPUGNATORIA

3.15.1. Por deficiencia de defensa: de la demandada, cuando esta interpuso recurso de apelación por escrito de fojas 396 a 398 con fecha 28-04-2010, no argumentó sobre la diferencia esencial en los nombres que realmente le corresponden “Dionicia Leona” con quien se ha seguido el proceso, por el de “Dionicia Elena” consignados en la partida de matrimonio civil objeto de disolución y es talvez por ello que en la sentencia de vista, la sala civil superior no emite considerando algunos sobre este extremo, pero pudo hacerlo por devenir trascendente a las resultas del proceso; toda vez que declarado el divorcio ¿Cómo se podría anotar marginalmente el mandato judicial en la partida correspondiente a Dionicia Elena cuando a quién están divorciando es a Dionicia Elena.

3.16. SEGUNDA ETAPA DECISORIA

3.16.1. La Sala superior por sentencia contenida en la resolución 52, de fecha 25-01-2011, corriente de fojas 427 a 433, no tiene argumento alguno sobre la variación de nombres que se tiene precisados y de la importancia de ese aspecto. Como se tiene explicado, posiblemente por no haberle sido planteado ese aspecto; pero requiere análisis el hecho que hubiera disminuido el monto de la pensión alimenticia aumentada en favor de la demandada; esto es de 140 soles mensuales fijados en el proceso de aumento de alimentos por el juez que valoro las pruebas y elementos de convicción 80 soles mensuales en la sentencia de vista y sin ser el juez revisor; deviene en cuestionable, puesto que si la sentencia de vista también llega al convencimiento que el demandante fue quien abandonó; que la demandada fue quien asumió toda la carga para su subsistencia y la de su hija; que por ello es la cónyuge perjudicada y como tal resulta procedente el pago indemnizatorio a su favor; a mi criterio no existe relación en haber beneficiado al demandante con la disminución de la pensión alimentaria y aún más sin tenerse en consideración que el juez de la causa de aumento de alimentos compulso.

3.16.2. También debe resaltarse que si la sentencia ordenó la reducción de la pensión alimenticia en favor de la demandada y en el proceso de divorcio para su cumplimiento debió ordenarse que se remitiera copia del fallo al juez de origen del Aumento de Alimentos; pero no aparece así.

3.17. TERCERA Y ULTIMA ETAPA DECISORIA

3.17.1. En la resolución en Casación N° 2171-2011-ANCASH de fecha 10 de mayo del 2012, corriente de fojas 470 a 479, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declara infundado el recurso de casación interpuesto por la demanda, sin tener presente la variación de nombre que se viene repitiendo; tanto más si en el recurso de casación la defensa de la emplazada tampoco argumentó sobre este extremo; habiendo quedado sin solución este aspecto decisorio e ignorándose si en ejecución de la sentencia se ha consignado marginalmente en la partida correspondiente a Dionicia Elena Huamán melgarejo, cuando a quien se divorcia es Dionicia Leona Huamán Melgarejo; pues no aparece haberse remitido las partes.

Como análisis y conclusión a mi criterio de la ponente el demandante a pesar de haber falseado desde el momento de la demanda, a resultado beneficiado con el fallo, que inequívocamente tenía que declararse fundada la demanda por separación de hecho; pues por tratarse de una causal sobre divorcio remedio, lo que interesa es acreditarse la temporalidad del plazo fijado por ley, y este supuesto ocurrió.

IV. CONCLUSIONES

- ✓ El divorcio surge por la necesidad de subsanar un matrimonio en el cual no se cumplen los objetivos primordiales del mismo. Es decir, debe verse como una excepción, cuando un matrimonio ya no cumple con los fines para los que fue creado.
- ✓ El trámite se dilató excesivamente porque el demandante, prosiguiendo en sus falsedades consignó como domicilio de la demandada, direcciones distintas, dilatando así la norma secuela del proceso. Asimismo, que el proceso se llevó a cabo dentro de los cánones establecidos por nuestra legislación vigente, respetando los principios establecidos en el mismo ordenamiento.
- ✓ Que los jueces al momento de admitir la demanda por separación de hecho solo deberían tomar en cuenta el propio hecho de la separación efectiva o cese de la convivencia, dicha en otras palabras, constatar que la ruptura es definitiva, mas no considerar o evaluar situaciones de menor importancia.
- ✓ En los procesos de separación de hecho el juez velara por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación, así como de los hijos. Asimismo, esta causal es considerada como un sistema mixto, y no se toman en consideración el factor de atribución, dolo o culpa de los cónyuges.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, B. (2016). *Tratado de derecho de familia*. Lex & Juris.

Albaladejo, M. (1982). *Derecho Civil- Tomo III*. Librería Bosh.

Bardales, O. (2012). *Violencia Familiar y Sexual en el Perú*. Sagitario Editores.

Barner, R. (1998). *Violencia Familiar*. Revista de electrónica del trabajador social.

Bautista, P. (2008). *Manual de derecho de familia*. Ediciones Jurídicas.

Borda, G. (1984). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Perrot.

Cabello, C. (1999). *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Espín, D. (1960). *Manual de Derecho Civil Español*. *Revista de Derecho Privado*.

Febregas, M. (2019). *Criterios de Valoración en la evaluación pericial en casos de traslado de menores post-divorcio* [Universitat Ramon Llull].
https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/668179/Tesi_Maria_del_Mar_Fabregas.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Hinostroza, A. (2008). *Procesos judiciales derivados del Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.

Jara, R. (2012). *Manual de derecho de familia*. Juristas editores.

- Lehmann, H. (1953). *Derecho de Familia*. Revista de Derecho Privado.
- Mallqui, M., & Momethiano, E. (2001). *Derecho de familia*. San Marcos.
- Mazzinghi, J. (2006). *Tratado de Derecho de Familia*. La Ley.
- Peralta Andía, J. (1995). *Derecho de Familia* (2nd ed.). Editorial Moreno.
- Planiol, M., & Ripert, J. (1942). *Tratado Práctico de los Derecho Civil*. Cultura S.A.
- Puig, F. (1947). *Tratado de derecho civil español*. Revista de Derecho Privado.
- Puma Ojeda, G. S., & Torres Vilca, A. J. (2017). *La responsabilidad parental por el inadecuado cumplimiento del Derecho Alimentario de los hijos en la ciudad de Puno*. Universidad Nacional del Altiplano.
- Quispe, D. (2002). *El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil*. Cultural Cuzco.
- Suarez, R. (2001). *Derecho de familia* (8th ed.). Editorial Temis S.A.
- Valencia, A. (1980). *Derechos Reales*. Temis.
- Valverde, A., Sañudo, F., & García, J. (2001). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.
- Valverde, E. (1942). *El derecho de familia en el código civil peruano*. Editorial del Ministerio de Guerra.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.



DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL

Expediente: N° 00029-2014-0-0201-JR-PE-01

Delito: Usurpación

Procesados: Emilio Alejandro, Guillermo Felipe.

Agraviada: Marzano Muños Teodora Valeriana.

Juzgado: 1° Juzgado penal de investigación preparatoria de Huaraz.

Proceso: Común, en aplicación del Nuevo Código Procesal Penal.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
I. MARCO TEÓRICO.....	3
1.1. EL IMPUTADO	3
1.2. LA VÍCTIMA, EL AGRAVIADO Y EL ACTOR CIVIL.....	4
1.3. EL HECHO PUNIBLE.....	4
1.4. TEORÍAS DEL DELITO	15
1.5. CLASIFICACIÓN DEL DELITO POR LA FORMA DE EJECUCIÓN	28
1.6. FALTA	30
1.7. USURPACIÓN – DEFINICIÓN.....	30
1.8. BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE USURPACIÓN	31
1.9. LA POSESIÓN.....	31
II. RESUMEN DEL EXPEDIENTE.....	43
2.1. EL PROCESO PENAL NRO. 00029-2014-0-0201-JR-PE-01 - (ETAPAS PROCESALES).....	43
2.2. REQUERIMIENTO DE LA ACUSACIÓN	76
2.3. DE LA CUANTÍA DE LA PENA	79
2.4. CONTROL DE ACUSACIÓN.....	83
2.5. AUTO DE ENJUICIAMIENTO	87
2.6. ETAPA DEL JUICIO ORAL	89
2.7. ETAPA FINAL.....	91
2.8. SENTENCIA CONDENATORIA	94
2.9. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	97
2.10. DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	100
2.11. DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL	101

2.12. PARTE RESOLUTIVA	102
2.13. SEGUNDA INSTANCIA.....	102
III JURISPRUDENCIA.....	110
IV. CONCLUSIONES.....	112
V. BIBLIOGRAFÍA	114



INTRODUCCIÓN

El presente informe, tiene como objetivo primordial, que la suscrita en su condición de Bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, obtenga el título profesional de abogada mediante la modalidad de sustentación de expedientes.

Por ello, se realizó un análisis sobre el correcto desarrollo del proceso dentro del Expediente Penal Nro. 00029-2014-0-0201-JR-PE-01, cuya materia radica sobre el delito de usurpación, ilícito penal previsto y sancionado por el Art. 202 del Código Penal. Por lo que se analizó el tipo penal invocado, desprendiéndose que el bien jurídico protegido es la posesión, que constituye el patrimonio de las personas, situación determinante para dilucidar si se configura dicho tipo penal en el presente expediente.

De la misma manera se pudo establecer si se han respetado los principios y derechos procesales, tratando de profundizar en cada etapa procesal y así lograr una conclusión general, con respecto a la sentencia. En aras de establecer si la debida motivación y el suficiente análisis empleado. Finalmente, esperando cumplir con todos los requisitos, el presente informe se ha desarrollado en cuatro capítulos. El primer capítulo se basa en el resumen del expediente, en primera y segunda instancia. El segundo capítulo desarrolla todo el complejo de conceptos y doctrina empleada, contenida en el marco teórico; el tercer capítulo presenta toda la jurisprudencia recopilada y el cuarto capítulo desarrolla las conclusiones a las que arribó la presente investigación.

I. MARCO TEÓRICO

1.1. EL IMPUTADO

El imputado, denunciado, procesado o encausado, es la persona que se comprende desde el inicio del procedimiento hasta la resolución firme final.

La identificación del inculcado es imperativa, ya que al iniciar el proceso no es necesario la presencia física, pero sí, su individualización. Es entonces que, al tomar la declaración, recién será necesaria su presencia para que ejerza su derecho.

En el nuevo modelo procesal la declaración del inculcado, no constituye medio de prueba, sino solamente la materialización de su derecho a la defensa (Cafferata, 1998).

Sánchez (2009) refiere que “el imputado es la persona sobre la cual recae la incriminación de un hecho punible y la investigación. También se le puede llamar procesado y acusado durante la etapa del juzgamiento” (p. 76).

Sobre este sujeto procesal, gira la relación jurídica, aunque su presencia no es indispensable para el inicio y continuación del proceso. Es así que el Artículo 71 del Código Penal vigente encontramos lo referente a los derechos del imputado.

Al respecto Ore (2016) señala que:

Imputado, desde una definición amplia, es la persona frente a la que ejercita el ius puniendi mediante los órganos competentes del Estado. Esta condición supone que el imputado puede ejercer su derecho de defensa y exigir, el cumplimiento de derechos conexos que le asisten tanto durante la investigación como en el juicio oral.
(Pp. 277-278)

1.2. LA VÍCTIMA, EL AGRAVIADO Y EL ACTOR CIVIL

Sánchez (2009) manifiesta que:

La víctima es aquella persona, grupo, entidad o comunidad afectada por la comisión del delito, aunque no sea específicamente la tenida en cuenta por el sujeto activo del delito. Comúnmente es la persona que sufre la acción delictiva y aparece en el proceso penal como agraviado. (p. 82)

El Artículo 94 del Código Penal, señala la definición del agraviado, se considera agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito operado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la ley designe.

El acto civil es la persona legitimada para intervenir en el proceso penal y reclamar la reparación civil. En tal sentido, el agraviado, sus parientes cercanos o las organizaciones afectadas en los intereses colectivos o difusos pueden solicitar la constitución en actor civil. Solicitando así una indemnización equiparable al daño o perjuicio que se ocasionó.

1.3. EL HECHO PUNIBLE

El hecho punible es una perturbación grave del orden social, que se encuentra penada por la ley. Dentro de nuestro Código Penal, tenemos una clasificación bipartita del hecho punible: Delitos y faltas.

1.3.1. Delito

1.3.1.1. Consideraciones generales:

- a) Ciencias penales, escuelas penales

A lo largo de la historia se puede constatar que el fenómeno de la

criminalidad es un hecho que siempre ha estado presente. El ideal deseado por los especialistas es obtener la disminución del índice delictivo, ya que, es imposible pensar en su total erradicación (Salinas, 2015). Así existe la evolución del Derecho Penal, a través de las siguientes escuelas penales:

b) Antiguo régimen

Referida a la época de las monarquías. El derecho penal en esa época era desigual entre las personas, pues, se sancionaba a las personas dependiendo de la clase social a la que pertenecían. Los más ricos tenían más privilegios, era arbitrario pues dependía de una sola persona, el rey, el decidía según su criterio que hecho era delito y que sanción merecía. No existían garantías de ningún tipo.

c) Clásica

Surge como respuesta al antiguo régimen. La persona individual estaba por encima del Estado, el pueblo decía que hecho debía ser considerado delitos y qué sanción debía merecer. En esta época surge Beccaria (1764), que es el punto de partida del derecho penal moderno, en el que se establece todo delito debe estar en una ley, la pena debe ser proporcional al hecho, la pena es igualitaria.

d) Positiva

Surge en Italia, según esta escuela el derecho penal dependía de las ciencias empíricas, es decir de la experiencia. Por ende, en esta idea predomina la concepción determinista, la cual decía que delincuente ya nacía determinado para obrar de tal modo. Aquello alimentado con los postulados de la criminología positiva, dado que para ese entonces era la mayor conquista del Derecho Penal.

Por ello se aplicaba la sanción de acuerdo a las características físicas del inculpado. Se quería defender la sociedad de los delincuentes anormales.

1.3.2. Desarrollo del Derecho Penal en el Perú

a) Indígena

Son objeto de protección la vida, el patrimonio, el culto a la divinidad. En la época del Inca y las penas eran las del incanato el creador de las normas era el Inca y las penas eran las de cárcel y la de muerte. Todo esto, obrante en los textos históricos y grandes pinturas. Se debe recalcar aquella normativa simple e imperante.

b) Indiano

Se da durante el virreinato, las leyes penales son drásticas y protegían básicamente a la metrópoli, la aplicación era desigual. En este momento lo que se pretendía era lograr la mayor cantidad de ingresos para la corona española, no importando las injusticias que se produjeran en las colonias.

c) Nacional

El primer antecedente a un Código penal lo constituye el proyecto Vidaurre de 1828, nuestra primer Código Penal data de 1863, después vinieron los códigos de 1924 y el actual de 1991, el cual está siendo modificado continuamente.

1.3.3. Desvalor de acción y desvalor de resultado

Para castigar penalmente un comportamiento, éste debe haber cumplido con haber producido un desvalor de acción y uno de resultado.

a) Desvalor de acción

Es la valoración negativa que efectúa la sociedad respecto de una conducta, la que plasma en una norma legal. Todo tipo penal de la parte especial, tiene necesariamente un desvalor de acción. Hay que ver que el sujeto está realizando el acto conscientemente. Las normas pueden mandar o prohibir resultados, sino sólo actos, de aquí entonces que, desde un punto de vista valorativo la tipicidad es el ámbito del desvalor del acto.

b) Desvalor de resultado

Representado por la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, sino se realiza no podrá ser castigado – esto es el contenido de la antijuricidad- El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Esto tiene su sustento en el principio de lesividad recogido en el Art. IV del título preliminar del Código Penal.

Debemos volver a remarcar que para que se configure un delito, debe darse al mismo tiempo es desvalor de acción y el de resultado.

1.3.4. Principio de legalidad y sus consecuencias

Es el principio más importante y tiene su base en la frase de Feuerbach, *Nullum crimen, nullum poena sine lege* que quiere decir que no hay delito, no hay pena sin ley.

“Sólo se considera delito el hecho y sólo se puede aplicar la sanción penal si este está establecido previamente en la ley. Este aforismo es una seguridad para sociedad, el cual dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene su asidero en el Art.

2 inc. 24 de la Constitución Política del Estado peruano, que señala que nadie está prohibido de hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, el cual debe ser concordado con el Art. II del título preliminar del Código Penal, que refiere que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentra establecido en ella.

La única fuente del derecho penal es la ley, la cual debe cumplir con tres requisitos:

- a. Debe ser escrita, se descarta el derecho consuetudinario. Abigeos.
- b. Debe ser previa, anterior a la comisión del hecho delictuosa.
- c. Debe ser estricta, precisa en la descripción del delito.

Las fuentes de interpretación de la ley penal son:

- Legislativa, la propia ley.
- Doctrinal, la opinión de los juristas.
- Jurisprudencia, los fallos judiciales.

1.3.5. El Derecho Penal, utiliza tres métodos de interpretación de la ley

a) Gramatical o literal

Es la de mayor importancia, es el pre, se analiza el significado gramatical de la norma vocablo. En nuestro concepto no existe una verdadera interpretación literal o gramatical porque, porque cuando ésta se realiza siempre lleva consigo la carga subjetiva de la persona que la efectúa.

No debemos olvidar que, la interpretación es un proceso intelectual y que, por consiguiente, cada persona lo realiza y no necesariamente coinciden en sus apreciaciones.

b) Tecnología

Le interesa la finalidad de la ley, el sentido de la ley penal, busca hallar el porqué de su creación.

c) Sistemática

En este caso se interpreta de acuerdo a la ubicación de la norma, es decir, teniendo en cuenta el ámbito del área penal en que está.

La interpretación histórica carece de valor en el derecho penal, dado que, la sociedad es dinámica y cambiante, por lo que no existen parámetros que se puedan perpetuar.

A esto debemos añadir que no se pueden crear delitos por analogía, sin embargo, sí se permite la interpretación analógica, siempre que, la ley penal lo permita en forma expresa. En la interpretación analógica no se crea un nuevo supuesto, sino que, se extiende el supuesto dado cuando lo permite la ley (ejemplo Art. 196 CP. Otra forma fraudulenta).

1.3.6. El Concurso aparente de Leyes

Es un problema de interpretación y, se da, cuando frente a un hecho realizado por el sujeto aparentemente concurren dos o más disposiciones legales, pero sólo una es aplicable.

Para saber cuál disposición se debe aplicar, se deben interpretar ambas normas y seguir los siguientes principios:

a) Principio de especialidad

La norma específica o especial prima sobre lo general. Por ejemplo, en el caso de los artículos 106 y 107 se puede producir un concurso aparente (homicidio y parricidio) que se solucionará recurriendo al principio de especialidad, por localidad de los sujetos (Benites, 1959).

b) Principio de subsidiariedad

Cuando no se puede aplicar la norma específica, se aplica la regla general.

c) Principio de consunción

Se aplica la norma que comprende todo el ilícito penal en desmedro del que no lo tiene; es decir cuando el hecho previsto en una ley se comprende en otra disposición legal de mayor vastedad, esto es, tomando en consideración un mayor desvalor.

Delito de defraudación tributaria con delito contra la fe pública.

Casos en los cuales se aplica el principio de presunción:

- 1) Realización de imperfección o perfección: el delito consumado desplaza al frustrado, y esta a su vez a la tentativa inacabada.
- 2) Relación de colaboración a una conducta directa: el autor consume al cómplice, el cómplice excluye al encubridor.
- 3) Relación de menos a más: se muestra palpable en los delitos progresivos, ya que en estos la acción inicial se moviliza de un delito leve a otro de mayor gravedad.
- 4) Relación de medio fin: en caso de los delitos compuestos o complejos, aquellos que nacen de la unión de dos o más delitos para formar uno nuevo.
- 5) Relación de parte todo: es la consumación de actos anteriores y posteriores.

- a. Actos anteriores: El robo consume el delito de violación de domicilio.
- b. Actos posteriores: El que hurta y vende a otro la cosa sustraída, está agotando el tipo delictivo del hurto, no está cometiendo otro delito; perosi comete el que compra y se le denomina receptor.

1.3.7. Principio de protección de bienes jurídicos

Toda norma de la parte especial del Código Penal o de las leyes especiales debe proteger por lo menos un bien jurídico. De aquí, que para aplicar la sanción penal se requiere necesariamente que se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido (Art. IV del Título Preliminar del Código Penal). Por ejemplo, no se afecta un bien jurídico si uno se casa dos veces con la misma persona.

Debemos diferenciar conceptualmente el bien jurídico del objeto de la acción, por ejemplo, en el delito de hurto, una cosa es la posesión – bien jurídico – y otra cosa es el bien inmueble total o parcialmente ajeno – objeto de la acción – al Derecho Penal no le interesa el objeto sobre el que recae la acción, sino el bien jurídico que se está afectando.

1.3.8. Principios limitadores en el Código Penal de 1991

a) Principio de responsabilidad subjetiva

Es decir, la responsabilidad penal de la persona es producto de su voluntad o de su imprudencia o culpa. Esto elimina la responsabilidad penal objetiva, la cual está prohibida en nuestro actual Código Penal (Art. VII del Título Preliminar), basta el daño producto, sin necesidad de determinar dolo o culpa, responsabilidad en base a resultado (menor, incapaz, etc.), por el contrario, abandonó la responsabilidad a base

del resultado y el reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad.

b) Principio de orientación de las penas privativas de libertad a la socialización del sujeto

La función de la pena privativa de libertad, apunta a que el sujeto sea rehabilitado y resocialización para que, de esa forma, pueda incorporarse a la sociedad nuevamente (Art. IX del Título Preliminar del C.P.).

Lamentablemente nuestro Código Penal en una de sus modificaciones incorporó la cadena perpetua, que es una constancia del fracaso del sistema, ya que, esta medida demuestra que existen sujetos que no se pueden resocializar.

c) Principio de presunción de inocencia

La inocencia se presume la culpabilidad se aprueba, la duda favorece el reo, es un principio que se recoge constitucionalmente, pero en nuestra realidad funciona al revés.

- Principio de proporcionalidad

La gravedad de la pena tiene que ver proporcional a la gravedad del hecho cometido por la persona (Art. VIII del Título Preliminar del C.P.) en tal sentido nuestro Código Penal hace la distinción entre los delitos y las faltas, siendo los primeros más graves que los segundos.

- Principio de culpabilidad

Ahora se llama responsabilidad (Art. VII del Título Preliminar) la pena requiere que el sujeto sea culpable o responsable de un hecho; se excluye de esta manera a las personas jurídicas como sujetos activos en la comisión de

delitos (Vela, 1991).

- Principio de protección de los bienes jurídicos

Sólo se sancionan los actos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos Art. IV del Título Preliminar.

1.3.9. Concepto del Delito

El delito es la acción típica, antijurídica y culpable. Es decir, es delito la conducta humana, que afecta o hace peligrar bienes de trascendencia social que el Estado protege; acción realizada mediante comisión u omisión, dolosa o culposa, previamente descrita en la ley penal y contraria al orden jurídico vigente.

a) Categorías del Delito

- ✓ Tipicidad

Consiste en adecuar el comportamiento concreto al tipo penal abstracto.

Sus elementos son: 1) Tipo objeto (bien jurídico, acción típica, sujetos, nexo causal, imputación objetiva y elementos del tipo), y 2) tipo subjetivo (dolo y culpa).

- ✓ Antijuricidad

Es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta las cuales contraria al orden jurídico. Sus causas de justificación son: Legítima defensa, Estado de necesidad, Justificante, obrar por disposición de la Ley, obediencia y el consentimiento.

✓ Culpabilidad

Es el reproche que se hace al autor por el hecho cometido (responsabilidad penal), elementos inculpanes, imputabilidad y conocimiento de la antijuricidad. Causas ex culpantes: Estado de necesidad y miedo insuperable.

b) Tipos de delito

Existen diversas clasificaciones, sin embargo, la más acertada teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico nacional es el referente a las formas básicas de comportamiento del hecho punible:

✓ Delito de comisión

Acción que se manifiesta en el mundo externo que materializa la voluntad de una persona mediante un “hacer”.

✓ Delito de omisión

Implica el “no hacer” la conducta debida con lo cual se hubiera evitado el resultado.

✓ Delito doloso

El agente realiza una conducta con conocimiento y voluntad.

✓ Delito culposo

El agente incumple el deber de cuidado lo cual produce un resultado que no quiso causar (no hay intención).

1.4. TEORÍAS DEL DELITO

1.4.1. El causalismo

Era la corriente seguida por el Código Penal anterior (1924) del cual podemos definir la siguiente definición del delito: Es toda acción u omisión típicamente antijurídica – describe por ley y no meditando una causa de justificación – Imputable – atribuible a un hombre y no mediando una causa de inimputabilidad – culpable – a título de dolo o de culpa, y no meditando una causa de inculpabilidad – y punible – en abstracto, aunque en concreto no resulte penada (Salinas, 2010).

Acto.- Comportamiento humano dependiente de la voluntad que, produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, pudiendo consistir aquel en solo un movimiento corporal – delitos de actividad – o en un movimiento corporal con el resultado causado por el mismo en dicho mundo exterior, delito de resultado, es decir, es la manifestación de voluntad que, mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo exterior cuya modificación se aguarda.

Este concepto de la acción se llama causal, porque en la voluntad humana solo es abarcada en función causal, y no es su fuerza directora del curso del acontecer. Se señala como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

Tipicidad. - Es la adecuación de la acción al tipo. Se hace la división de los tipos en normales – escuela descripción objetiva – y anormales – Elementos subjetivos y normativos -. El código de 1924 consignaba ambas figuras. El esfuerzo de adecuación del hecho al tipo penal supone el examen de los elementos del tipo, tal como lo describe la ley.

Antijuricidad. - Es la oposición a las leyes reconocidas por el Estado. Al realizar

una acción adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica, en tanto no se pruebe una causa de justificación – legítima defensa, estado de necesidad, practicar un acto permitido por ley, proceder en cumplimiento de deberes de función o de profesión y obrar por disposición de la Ley.

Imputabilidad. - Imputable es el sujeto capaz de recibir un reproche, para lo cual ha de gozar de la facultad de conocer y de querer, de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación.

Culpabilidad. - Supone indagar si el sujeto ha obrado con dolo o culpa, indagación de carácter positivo que o excluye otra de carácter negativo para el efecto de saber si se dan o no causa de inculpabilidad, como son: la coacción, estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son iguales, obediencia jerárquica y no exigibilidad de otra conducta.

Condiciones objetivas de Punibilidad. - Son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad objetiva. Esta indagación puede ser seguida de otra relativa a la ausencia de condiciones de procesabilidad.

Penalidad. - Se debe determinar la magnitud de la pena que deber ser aplicada, de conformidad con el precepto legal pertinente.

1.4.2. El Finalismo

Nuestro Código penal vigente se inclina por esta corriente, de esta se desprende que el delito es: una acción típica, antijurídica y culpable.

Acción. - Se toma en cuenta el comportamiento humano que se da con voluntad,

dejándose de lado las acciones que se den como consecuencia del estado de inconsciencia, el movimiento reflejo y la fuerza física irresistible.

Tipicidad. - Aquí es donde se presenta una diferencia esencial con la corriente causalista, dado que aparece el concepto de acción típica, por acción u omisión, que es aquella que tiende a un Fin, no se queda en un mero cambio en el mundo exterior. Como señala Jescheck. En el nuevo sistema del delito la finalidad de la acción típica fue equiparada con el dolo. De la estructura final de la acción se infería que el dolo, en forma conjunta con los otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, puesto que la función de esta consiste en señalar todos sus elementos del injusto esenciales para la puntualidad (Yataco, 2008).

Por tal razón, no se consideran acciones relevantes para el Derecho Penal las que se produzcan por fueras físicas, irresistibles, movimiento reflejo o en estado de inconsciencia.

La acción típica al tener una finalidad plantea una voluntad, es decir una intención – dolo o culpa de producir un resultado. La tipicidad por tanto incluye un aspecto objetivo – sujetos, bien jurídico, relación de causalidad, elementos descriptivos y normativos, y un aspecto subjetivo-dolo, culpa-.

Antijuricidad. - Se debe presentar la antijuricidad formal – ver si la acción va en contra del ordenamiento jurídico – y material – la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. No se debe presentar ninguna causa de justificación – legítima defensa, estado de necesidad justificante, obrar por disposición de la ley, obrar en cumplimiento de un deber, obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el consentimiento (San Martín Castro, 2012).

Culpabilidad. - Es el juicio de reproche que se puede hacer al sujeto activo. Aquí se analizan tres criterios: la imputabilidad – persona capaz y consciente de sus actos

momento de realizar la acción típica, mayor de 18 años-, el conocimiento de lo injusto – se ve si se presenta un error de prohibición, el cual puede haberse presentado dentro de una causa de justificación o dentro de una causa de exculpación-; y la exigibilidad de otra conducta.

1.4.3. Elementos negativos del tipo

Según esta teoría no sólo abarca la tipicidad – objetiva y subjetiva- sino, también la antijuricidad – las causas de justificación-. Se maneja entonces un concepto diferente al del tipo usado en las corrientes causalista y finalista. Los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, como elementos negativos del tipo. Se incluye dentro del tipo porque, solo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho.

La teoría de los elementos negativos del tipo se apoya en la idea previa de que el tipo no sólo encierra la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos, como oposición a la norma, sino que incluye ya en el concreto juicio de desvalor sobre el propio hecho. Se presupone entonces que el legislador ya contempla también las excepciones al establecer la orden normativa, de modo que la prohibición queda limitada desde el primer momento a las causas de exclusión del injusto.

Al unir todo dentro de un tipo total – que reúne a las normas de mandato prohibitivo con las normas permisivas, se equipara en valor a los elementos del tipo y a las causas de justificación, dando esto lugar a que la tipicidad y la antijuricidad se superpongan, originando que se dé un solo elemento del delito, surgiendo así la siguiente definición del delito: La de conducta típicamente antijurídica y culpable. Lo que se sostiene es que, cuando se formula el juicio de

tipicidad – elemento positivo del tipo- al mismo tiempo se está formulando el juicio de antijuricidad – elemento negativo del tipo -. El elemento negativo del tipo delimita el tipo positivo. En consecuencia, para la teoría de los elementos negativos del tipo, todo lo típico es antijurídico (Gonzales, 2010).

Si la conducta de que se trate presenta los elementos positivos – objetivos y subjetivos- exigidos por el correspondiente tipo y no concurre alguna de las causas de justificación – elementos negativos del propio tipo -, debe considerarse típica y, por ella, ya antijurídica. Si, por el contrario, cumple los requisitos positivos, pero está amparada por una causa de justificación, no se da el necesario elemento negativo del tipo (ausencia de cualquier causa de justificación) y consiguientemente habrá que afirmar su atipicidad.

Siguiendo esta idea surge una diferencia fundamental con la tesis finalista respecto de las conductas justificadas. Según la teoría finalista, las conductas justificadas son típicas, pero no antijurídicas; en cambio, para los elementos negativos del tipo sería una conducta atípica. Por ejemplo, el que mata a otro en legítima defensa, para los finalistas será una conducta típica pero no antijurídica, dado que existe una causa de justificación; por el contrario, para la teoría de los elementos negativos del tipo será una conducta atípica.

Teniendo lo anterior como punto de partida, el dolo para la teoría de los elementos negativos, abarca todo el tipo global, es decir el tipo positivo – elementos objetivos – y el tipo negativo – las causas de justificación -. Entonces el sujeto para obrar dolosamente debe saber que su comportamiento no está amparado en una causa de justificación, es decir, saber que su conducta es antijurídica. Esto se relaciona íntimamente con la cuestión del error, dado a que cualquier error que se presenta y sea en el tipo positivo – tipicidad para los

finalistas –o, en el tipo negativo – causas de justificación que será la antijuricidad para los finalistas – se considera como error de tipo. El error del presupuesto de una causa de justificación es denominado por esta teoría como el error de tipo negativo.

Actualmente hay en otros países otros tipos de planteamientos basados en la teoría finalista, entre ellos se puede mencionar que existe el planteamiento de Roxin que menciona que el análisis de cada uno de estos elementos del tipo debe asociarse en función a las penas, es decir un planteamiento político criminal. Otro planteamiento es el funcionalismo de Jakobs que analiza los elementos finalistas desde el punto de vista del funcionamiento del sistema (la sociedad es un sistema dividido en subsistemas), es decir, trata de ver si tal elemento es funcional para el sistema (Pegoraro, 1999).

1.4.4. El Comportamiento humano

No todos los comportamientos humanos son materia de análisis del derecho penal, éste sólo sanciona aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos penalmente. Para que un comportamiento determine la responsabilidad penal del agente debe ser evaluado por los elementos o categoría del delito: tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad (Muñoz, 2002).

El comportamiento humano viene a ser una manifestación del individuo por lo que, no necesariamente tiene que presentarse de una forma positiva – exteriorizarse – sino que, que puede darse en forma negativa – dejar de hacer algo-. Conforme señalan los profesores Cobo del Rosal y Vives Anton (1998), la conducta humana, en términos generales, es una manifestación externa de la voluntad a través de un hecho positivo o negativo. Debe quedar claro que el

comportamiento que se presenta en la realidad debe tener una suerte de identidad con la conducta descrita en el tipo penal, para, que de esa manera, se pueda pensar una posible sanción.

La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico – penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo.

a) Comportamiento humano – base de la reacción penal

Todas las normas penales tienen como base una conducta humana, sin embargo, el derecho penal, solo toma en cuenta aquellas conductas que la sociedad considera como de mayor gravedad, es decir, aquellos que vulneran bienes jurídicos importantes.

Hay que tener en cuenta un aspecto externo y la subsumibilidad de éste en un tipo penal, es decir, que se corresponda en parte o en un todo con un tipo de delito; pero, entonces la relevancia de la acción será conferida por voluntad del derecho positivo, el cual libremente contempla la dimensión final de la acción, o sea, que el agente se proponía alcanzar una meta, o bien su significado causal, esto es, su capacidad de producir resultados (Hurtado, 2005).

El derecho puede ser de acto o de autor.

Nuestro ordenamiento jurídico plantea el derecho penal de Acto pues, se sancionan las conductas.

Actualmente no existe derecho penal de autor, ya que, al derecho penal no le interesan las características personales o físicas del agente. Lombroso.

La conducta humana tiene dos formas de manifestarse, las cuales son

recogidas en forma expresa en el Art. 11, el que señala “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

- Por acción.
- Por omisión.

b) Formas del comportamiento humano

Al manifestarse como Acción u omisión, el entendimiento de estas depende de la corriente de pensamiento o teoría que se siga, teoría causalista, finalista, elementos negativos del tipo.

Como quiera que el Código Penal actual sigue la corriente finalista, estudiaremos guiados por esta corriente:

La Acción. - Es aquella que se manifiesta por un actuar que produce un cambio o alteración en la realidad, el que, está destinado a la afectación de un bien jurídico penalmente protegido.

La omisión. - Es dejar de hacer algo que se debía hacer. El derecho penal debe determinar los requisitos en que la omisión puede configurar delito – debe existir una norma imperativa que obligue a actuar, no debe haber impedimento físico ni psicológico y por último se debe constatar el no actuar – y de esta forma afecte el bien jurídico, por ejemplo, el Art. 126 del C.P. referido a la omisión de socorro. Cuando se use el término acción, este incluirá el término de omisión.

Concepto penal de acción. - La acción es la base común de toda conducta punible, activa o pasiva, dolosa o culposa, esta puede dividirse en dos fases:

a) **Fase interna:** Ocurre dentro de la mente del sujeto, en su pensamiento, comprende tres etapas:

a.1. Ideación, comienza a pensar qué delito va a realizar.

a.2. Deliberación, razona sobre si va a cometer el delito o no y como la cometería.

a.3. Decisión, decide que va a cometer el delito y la forma en que la va a realizar.

Esta frase no es relevante para el derecho penal pues no se puede castigar a una persona por sus pensamientos.

b) **Fase externa:** Luego de haber pasado la fase interna, el sujeto la exterioriza, surgiendo así, esta fase. Se comienza a realizar los actos tendientes a consumir lo que se ha decidido. Es a partir de esta fase que el derecho penal pueda intervenir.

Sólo determinadas exteriorizaciones se castigan – delito. Los pueden dividirse en: de mera actividad y de resultado.

En los delitos de mera actividad, se castiga el comportamiento del sujeto sin que éste llegue a un resultado, no se exige un resultado para castigarlo penalmente, por ejemplo Art. 274 conducir en estado de ebriedad o drogadicción.

En los delitos de resultados se exige además del comportamiento un resultado para castigarlo como un delito consumado, de no producirse el resultado se podría castigar como tentativa ya que es un delito imperfecto.

En estos delitos de resultado en que el derecho penal exige la existencia de un nexo o relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

1.4.5. Relación de causalidad

Este análisis sólo tiene sentido en los delitos de resultado, es decir, aquellos en los que encontramos un lapso de tiempo entre el momento de la acción y el resultado. Es justamente el análisis de lo que sucedió en este lapso el que se denomina como nexo causal o relación de causalidad.

Existen diversas teorías para la determinación de la relación de causalidad, entre las más importantes tenemos: la equivalencia de condiciones, la causalidad adecuada y la imputación objetiva.

a) Equivalencia de condiciones

Para esta teoría es causa toda condición que ha intervenido o influenciado de una forma u otra en la producción de un resultado concreto, que suprimido mentalmente darle lugar a que pese resultado no se produce; la pregunta clave, entonces, para aplicar esta teoría es: ¿si yo no hubiera realizado esa conducta, se habría producido el resultado?

Para esta teoría todas las causas son equivalentes, no hay causa de mayor valor o menor que otra, de aquí entonces su nombre, equivalencia de condiciones.

Crítica. - Si toda causa es equivalente, uno puede aplicar el regreso al infinito en busca de causas de un hecho, así todos tendríamos responsabilidad penal.

Es una teoría demasiado amplia y no satisfactoria (Zolezzi, 1999).

Por ejemplo, si Jorge mata a Juan disparándole en la cabeza, serían responsables: Jorge, por haber disparado, los padres de Jorge, por haberlo engendrado, la persona que le dio o prestó el arma, el que descubrió la pólvora, etc.

b) Causalidad adecuada

Cuando el comportamiento del sujeto es adecuado para producir dicho resultado, en este caso se puede decir que dicha conducta es causal.

Una conducta es adecuada cuando una persona normal colocada en la misma situación hubiese podido prever que dicho resultado se produciría inevitablemente, si no puede prever el resultado no existiría relación de casualidad, además de la previsibilidad, se exige que el sujeto no haya actuado con la diligencia debida. Por ejemplo, si Jorge dispara y mata a Juan, de acuerdo a esta teoría, se restringe la relación de causalidad al actuar de Jorge, ya no interesan sus padres, ni quien descubrió la pólvora.

Mir Puig (2008), enfatiza en que solo deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción, contodos los conocimientos de la situación de que disponía el, autor al actuar, además de aquellos que hubiese tenido el observador (pronóstico posterior objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado.

Lo serán cuando apareciese como muy probable que produjesen el resultado y no pudiese contarse con su causación. Lo previsible debe ser el concreto resultado, con sus circunstancias esenciales.

Actualmente, además de la relación de causalidad se exige la imputación objetiva para limitar la relación de causalidad -, entonces para que una persona sea responsable penalmente tiene que darse la relación de causalidad y la imputación objetiva.

c) Imputación objetiva

Esta teoría se basa en el criterio del riesgo que existe de imputación objetiva cuando la conducta realizada por el sujeto crea un riesgo no permitido o aumenta uno ya existente – aceptado – más allá de los límites permitidos y como consecuencia ocasiona un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma. Esto no es válido cuando el riesgo es socialmente aceptado. Esta es la teoría más aceptada.

Siempre que falta la relación de causalidad según la teoría de la equivalencia de condiciones, faltará la imputación objetiva por la ausencia de la creación del riesgo, más no toda causa del resultado estará en directa relación con el riesgo, es decir, no implicará la imputación objetiva (Mezger, 1998).

El supuesto lógico de imputación objetiva, es que el sujeto activo, cree un riesgo o aumente un riesgo más allá de los límites permitidos; pero ¿qué sucede si el sujeto pasivo respuesta es el que aumenta el riesgo y no así el sujeto activo?

La respuesta es sencilla, no existe imputación objetiva, y por tanto, no se podría procesar penalmente al supuesto sujeto activo del delito, por ejemplo si Jorge conduce su vehículo por la vía expresa y Juan –peatón- cruza borracho por lo que Jorge atropella a Juan, en nuestro criterio no habría imputación objetiva, porque es B el que aumenta el riesgo.

Pero ¿qué sucede si Jorge crea el riesgo y Juan lo aumenta o si ambos crean el riesgo al mismo tiempo, existe imputación objetiva?

Por último, esta teoría establece que el resultado se debe dar dentro del ámbito de protección de la norma; por ejemplo, el Art. 106 del Código Penal, trata de una esfera de inmediatez con la acción atípica. Si Jorge mata a Juan y la anciana madre de la víctima al recibir la noticia fallece de un paro cardiaco, no puede

decirse que la muerte de la madre le sea imputable objetivamente a la acción homicida de Jorge, ya que dicha muerte queda fuera de la esfera de protección de la norma procesal.

d) Capacidad de actuar y actuación de las personas jurídicas

En principio debemos señalar que no se puede hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que, como tales, no pueden adquirir la calidad de sujetos activos, por lo que nuestro Código Penal ha establecido el Art. 27 de acuerdo al cual son responsables, los representantes de las mismas.

Penalmente las personas jurídicas no tienen responsabilidad, quienes responden son los representantes legales de la persona jurídica, aunque no tengan las características del tipo penal – en nuestra legislación sólo son sancionadas las personas naturales.

Se puede iniciar entonces, un proceso penal a todos los directores de la persona jurídica, y, a medida que avanza el proceso se comienza a deslindar responsabilidades. La responsabilidad puede caer – durante el proceso – en los empleados, desligando de toda responsabilidad a los directores.

e) Ausencia de Acción

Hay supuesto en que las conductas realizadas por los sujetos no son relevantes penalmente, estos supuestos son:

- **Fuerza física irresistible:** Es el único que se encuentra en forma expresa en el Código Art. 20 inc. 6 como una causa eximente de responsabilidad penal, aunque la correcta denominación es causa de inacción. La fuerza

física irresistible puede provenir de la naturaleza de un tercero, lo importante es que, que una persona actúe sin capacidad de control. Esta fuerza física debe ser absoluta, es decir el sujeto no debe tener la capacidad de actuar de otra forma. El tercero que causa la fuerza física irresistible es quién responde penalmente (Bacigalupo, 1999).

Por ejemplo, si ocurre un terremoto y varias personas estaba bajando por la escalera y, a consecuencia de esta fuerza uno de ellos resbala y cae sobre el anterior matándolo, este no responde.

- **Movimientos reflejos:** no constituye acción, ya que dichos movimientos no son controlados o producidos por la voluntad de las personas, por ejemplo, un ataque epiléptico.

- **Estado de inconsciencia:** Son etapas en que los actos que realiza el sujeto no dependen de la voluntad del mismo (ejemplo sonambulismo, embriaguez letárgica, etc.). Cuando es el mismo sujeto el que se pone en estado de inconsciencia para cometer un delito, este estado de inconsciencia no exime de responsabilidad del agente.

Como vemos en los tres casos no existe intención ni negligencia del individuo, no cumpliéndose entonces con el presupuesto básico del Art. 11 del Código Penal, según el cual, el sujeto debe actuar en forma dolosa o culposa.

1.5. CLASIFICACIÓN DEL DELITO POR LA FORMA DE EJECUCIÓN

a) Delito instantáneo

Aquel en que la vulneración jurídica realizada en el momento de consumación se extingue con ésta. La acción coincide con la consumación. El agente no tiene ningún poder para prolongarlo ni para hacerlo cesar. Ejemplo: el homicidio, robo, hurto.

b) Delito permanente

Aquel que después de la consumación continúa ininterrumpida la vulneración jurídica perfeccionada en aquella. Ejemplo: El rapto, el abandono de familia.

c) Delito continuado

Aquel en el que el autor, obedeciendo a una misma resolución y configurando un mismo delito, se lleva a efecto mediante una serie de actos idénticamente vulneratorios. La ley no da relevancia a esos actos (si fuera así, serían varios delitos). Se caracteriza por la unidad de resolución o de propósito de un mismo sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecuciones parciales de un solo delito (Salazar, 2019).

Por ejemplo: Él que roba una suma de dinero guardada en un lugar, llevándose centavo a centavo o billete a billete cada día hasta reunir una suma considerable.

Otro ejemplo de delito continuado quien introduce una partida de contrabando repartiéndola en varias expediciones; el que provoca un envenenamiento aplicando dosis sucesivas de algún producto.

En el delito permanente hay una sola acción que se prolonga en el tiempo, en el delito continuado hay pluralidad de acciones que configuran todo un solo delito perfecto.

d) Delito flagrante

Es el que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo en que lo cometía.

e) Delito conexo o compuesto

Las acciones están vinculadas de tal manera que unos resultados dependen de unas acciones y otros resultados de otras acciones. Por ejemplo, los delincuentes se ponen de acuerdo antes, luego cometen delitos en diferentes tiempos y lugares. Otros ejemplos tenemos la rotura de un mueble para robar algo encerrado en él; la sustracción de llavero y así poder abrir una caja de caudales en ocasión ulterior; el incendio de una habitación para borrar los rastros de un crimen.

1.6. FALTA

La falta en el derecho penal, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito.

Las faltas cumplen con todos los mismos requisitos que un delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) la única diferencia es que la propia ley decide caracterizarla como falta, en lugar de hacerlo como delito, atendiendo a su menor gravedad (Zaffaroni, 2006).

1.7. USURPACIÓN – DEFINICIÓN

El término de usurpación hace referencia a aquella situación en el cual un individuo hace uso de los bienes muebles o inmuebles de los servicios de otra persona sin contar

con su autorización o consentimiento, la usurpación podría significar daños materiales, psicológicos y sociales. En muchos casos, el fenómeno de usurpación es mucho más complejo especialmente cuando hablamos de usurpación de bienes a causa de situaciones sociales de desigualdad.

La definición etimológica del término usurpación proviene del latín para el cual el prefijo USUS simboliza el derecho de utilizar y RAPERE que significaba arrebatar, tomar algo por engaño o sin permiso del dueño, la usurpación es entonces el arrebato o la forma de posesión de algo de manera ilegal, cuando esa propiedad o beneficio pertenece a otra persona. La Usurpación es siempre un delito y puede generar importantes daños a la persona o entidad que las sufre ya que simboliza una pérdida de poder sobre los bienes afectados.

En el delito contra el patrimonio en la modalidad de usurpación, tipificaba en el artículo 202 del Código Penal, establece tres tipos de conducta respecto a los cuales existe diferentes posiciones para establecer adecuadamente su configuración.

1.8. BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE USURPACIÓN

El estado pretende proteger con la tipificación de los comportamientos delictivos de usurpación lo constituyen el patrimonio de las personas, más específicamente el pleno disfrute de forma pacífica de un bien inmueble, para ello se debe contar con la posesión mediata e inmediata, según los precedentes vinculantes, dentro de la usurpación el bien jurídico vendría a ser la posesión (Bramont & Arias, 2001).

1.9. LA POSESIÓN

Para atender los que significa posesión en nuestro sistema jurídico no queda otra alternativa que recurrir al artículo 896° del Código Civil, el cual prevé que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Es decir, por

la posesión las personas gozan del hecho de uno o más atributos inherentes al derecho real de propiedad sobre un bien inmueble, al poseedor siempre se le presume propietario del bien en tanto no se demuestre lo contrario. En otro término podemos concluir que la posesión viene a ser el despliegue de algunas de las facultades del derecho de propiedad en mérito al poder de hecho que se tiene sobre el inmueble, estándole restringido solo la facultad de disposición que si la tiene el propietario aun cuando se le presuma como tal mientras no se le pruebe lo contrario (Peña, 2009). Aquí debe de reiterar el principio que el derecho penal constituye el último recurso (último ratio) del que se vale el poder estatal para proteger ciertos bienes jurídicos considerados condiciones fundamentales de la vida en sociedad, esta protección sin embargo, no es discriminada; es decir un mismo bien jurídico no se protege contra todas las formas o conductas de lesión, sino que, el sistema selecciona ciertas conductas de ataque que estima específicamente peligrosa, tipificándolas como delito. Este es el caso de la posesión, la misma que no se protege penalmente de todas las formas de conductas lesivas, sino tan solo de algunas de ellas. Así conforme al inciso 2 del artículo 202° del CP, solo protege la posesión cuando la conducta que la lesiona o pone en peligro ocurre por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, y de no concurrir algunos de estos elementos típicos, la protección de la posesión debe buscarse en vía distinta a la pena.

La posesión puede ser inmediata o directa y mediata o indirecta, será inmediata cuando el poseedor se encuentre en posesión directa del inmueble, en tanto será mediata cuando el poseedor no esté en directa posesión del inmueble, sino que lo tenga en cuidado de un tercero (servidor de la posesión) u ocupando otro lugar, constantemente realice actos de disposición sobre aquel. Ambos tipos de posesión pueden ser afectados por el delito de usurpación.

1.9.1. Despojo de la posesión

El agente del delito es indiferenciado, por lo que puede ser cualquier persona, inclusive el propietario, quien puede despojar a una tercera persona que detenta la posesión de un inmueble, así, por ejemplo, el propietario que despoja de la posesión al arrendatario, usufructuando o comodatario.

1.9.2. Sujeto activo

El agente o sujeto activo de las conductas delictivas etiquetadas con el *nomen iuris* de usurpación, puede ser cualquier persona, incluso el verdadero propietario del inmueble en el supuesto de que haya entregado la posesión de su inmueble a un tercero y después haciendo uso de los medios típicos de usurpación despoja o perturba el tranquilo disfrute de aquel tercero sobre el inmueble (Salinas, 2010).

1.9.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es quien ejerce la posesión material o tenencia del inmueble, es poseedor quien ejerce de hecho uno o más poderes inherentes a la propiedad. La posesión confiere al poseedor el derecho a usar, disfrutar y servirse del bien; para que exista posesión basta que se exteriorice algunos atributos inherentes a la propiedad, es posible que un sujeto pasivo sea también una persona jurídica (Villa, 2014).

Conforme a la doctrina, la posesión se adquiere a través de la adquisición derivativa, esto es, cuando la posesión es transmitida por un poseedor anterior mediante la entrega del bien. La adquisición directiva puede realizarse inter vivos o mortis causa, la forma tradicional de adquirir la posesión es la tradición, que exige la

entrega corporal del bien, obteniendo el adquirente la tenencia del bien mediante dicha entrega y con ello un poder de hecho sobre el mismo, existen supuestos especiales de tradición, así la *traditio brevi manu* (tradición ficta) que implica el supuesto en que quien tiene la posesión de un bien por un título diferente hace la adquisición del mismo como el caso del arrendatario que adquiere la propiedad del inmueble materia de alquiler, la *constitutum possessorio*, que se produce cuando el propietario enajena el dominio (ya sea por compra venta, donación, permuta, etc.) que conviene con el adquirente en la retención de la posesión a su favor, estos supuestos de tradición se encuentran previstos en artículo 902° del Código Civil que señala que la tradición se considera realizada: 1. Cuando el título posesionario de quien está poseyendo.

También se puede adquirir la posesión de manera originaria, tal adquisición se produce cuando alguien entra a poseer la cosa por acto personal, sin recibir de otro⁸. Como bien sabemos lo que interesa es la posesión material o tenencia propiamente dicha del inmueble, sin interesar si estas son legítimas o no; pues tal como señala Creus, que a diferencia de otras legislaciones que requieren la legitimidad del título que funda la tenencia, la nuestra no tiene diferencia alguna en ese sentido, por lo cual se ha entendido que esa legitimidad no es un presupuesto del delito: solo sería necesaria la existencia de un poder de hecho y consolidado sobre la cosa. El delito de usurpación podría ser cometido, por lo tanto, por el propietario contra un simple tenedor, aunque aquel pudiera prevalerse de un interdicto de recobrar o pudiese tener éxito de una acción civil de despojo.

El código civil autoriza el uso de la fuerza para recobrar la posesión, ya que en ellos no se habría dado todavía la consolidación de la tenencia que justificaría la protección del poder de hecho contra la actuación del particular al margen de la

intervención de cuando ese poder está consolidado o no, ya que es una cuestión de hecho librada, en cada caso a la estimación de los jueces (Lafaille, 1947).

Fontan (1943) señala que el despojo se caracteriza por una doble consecuencia de una parte, el poseedor, tenedor o sus representantes deben resultar desplazadas o excluidos de su ocupación.

1.9.4. Tipicidad Objetiva

En primer término, la principal diferencia entre el delito de usurpación con las demás figuras delictivas que atacan también el patrimonio conformado con los bienes de valoración económica de las personas, radica en que la usurpación ataca la posesión o propiedad sobre los bienes de naturaleza inmueble, es decir, solo a aquellos bienes que tiene la calidad de inmuebles son susceptibles de ser usurpados, ya que jurídicamente es imposible usurpar un bien inmueble. Al explicar el delito de hurto, se sabe que se perpetra a toda cosa útil y beneficiosa que tienen un valor patrimonial ya que el término bien se refiere a toda cosa útil y beneficiosa que atrae nuestra voluntad, ahora bien teniendo en cuenta que significa el término bien, ahora corresponde determinar que se entiende por bien inmueble; una de las diferencias entre un bien mueble e inmueble radica en que los primeros son movibles o transportables de lugar a otro por excelencia en tanto que los segundos no pueden ser objetos de transporte, son inamovibles (Liebman, 1980).

En tal sentido un bien inmueble constituirá todo bien con existencia real y con valor patrimonial para las personas que no pueden ser transportados de un lugar a otro; no son movibles. Pueden ser de naturaleza pública o privada, en consecuencia, para nuestro derecho penal se utiliza el término de bien inmueble en su aceptación amplia

a diferencia del derecho privado que de acuerdo al código civil recoge la acepción restringida, pues no utiliza como base para conceptuar bien inmueble al elemento no transportable o inamovible, así por ejemplo en el inciso 4 del artículo 885 del código civil. Se indica que las naves y aeronaves son bienes inmuebles cuando bien sabemos que se tratan de bienes fácilmente transportables (Avendaño, 2011). En la jurisprudencia nacional se sostiene, en sentido estricto, sea material y efectiva, y que desde el primer momento se realice con el propósito de mantenerse en el bien usurpado con el goce de los beneficios del poseedor, siendo irrelevante el lapso que dura tal situación de ofensa del bien jurídico.

1.9.5. Bien jurídico protegido

El interés fundamental que el estado pretende proteger con la tipificación de los comportamientos delictivos de usurpación lo constituye el patrimonio de las personas, más específicamente el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como audiencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o cualquier otro derecho real sobre el mismo en este último caso, implica que la víctima esté en posesión del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia comprobada objetivamente no es posible el delito de usurpación (Villavicencio, 2006).

Para la jurisprudencia nacional, tal circunstancia aparece clara, así tenemos los siguientes precedentes jurisprudenciales, en el delito de usurpación, el bien protegido es la posesión más no la propiedad la cual debe delimitarse en la vía correspondiente. El derecho de propiedad se protege con la figura delictiva de usurpación, pero con la condición de que aquel derecho real vaya acompañado o unido al derecho de posesión. Esto es, el propietario debe estar a la vez, en posesión mediata o inmediata sobre su

inmueble. Si ello no es así, el simple derecho de propiedad no aparecería protegido con la tipificación del delito de usurpación, debiendo el perjudicado recurrir a la vía extrapenal y hacer prevalecer su derecho.

Como se sabe, conforme al código civil en su artículo 920° quien es despojado de la posesión de un inmueble puede emplear la fuerza en defensa de su posesión y poder recobrar el bien, siempre y cuando actué de manera inmediata debiendo abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Considera la doctrina civilista que a fin que el ejercicio de la fuerza empleada para repeler la desposesión no constituya un acto excesivo e indiscriminado, debe tener las mismas características que se exigen para el ejercicio de la legítima defensa, en tal sentido, si el poseedor desplaza por la fuerza a quien lo desplazó de su posesión, su conducta no será típica de usurpación el tercero no tiene una ocupación consolidada y por ende no puede hablarse de despojo (Peña, 2011).

1.9.6. Modalidades de usurpación

Aquí se reconocen las conductas que se diferencian por los medios empleados por el agente con la finalidad de adueñarse, apropiarse, quedarse o adjudicarse el total o parte de un inmueble vecino, si bien para alterar o destruir los linderos, el agente puede hacer uso de la fuerza, esta no debe efectuarse contra las personas, caso contrario, se configura el delito previsto en el inciso 2 del artículo 202 del Código Penal.

✓ La violencia

Es el empleo de la fuerza física ejercida por el agente del delito sobre determinada persona para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este puede oponer, en este caso referida a la defensa de la posesión o tenencia

del inmueble. Mayormente la doctrina considera que la violencia requerida por el tipo no solo puede ser la ejercida contra las personas, sino también sobre las cosas, entendida como violencia ejercida sobre las cosas para vencer la resistencia que se opone a la ocupación de un inmueble, así, por ejemplo, cuando se derrumba una pared o se destruye una puerta, en la jurisprudencia nacional se ha sostenido. En el despojo, la violencia del agente infractor puede ser ejercida contra los bienes o la persona y que no necesariamente debe encontrarse presente el agraviado para que se configure el delito, pero en este caso la violencia debe darse contra las cosas.

✓ La amenaza

Implica el anuncio de causar un mal posible y verosímil a la víctima. La amenaza debe representar el peligro inminente para la vida o la integridad física de la víctima, como se amenaza con matarla o lesionarla por ejemplo cuando se obliga al agraviado a desocupar el inmueble, amenazándolo con lesionar, en caso de oposición. La amenaza debe manifestarse a través de palabras, gestos, escritos y debe ser capaz de producir efectos intimidatorios en el sujeto pasivo, lo que permitirá al agente a vulnerar su resistencia, afectando su libertad de ocupación, ésta al igual que la violencia, tiene carácter medial pues constituye uno de los medios requeridos para la comisión del delito de usurpación, la amenaza debe ser idóneamente objetiva para vencer la resistencia de la víctima y lograr despojarla de la posesión o tenencia del inmueble.

✓ El engaño

Sostiene en crear la apariencia de la verdad de un hecho que en realidad no lo es.

Está dirigida al logro de la ocupación del inmueble por parte del sujeto activo, mediante el error en que se incurre la víctima. El engaño puede constituir la afirmación de hechos falsos, como en la simulación o desfiguración de los verdaderos. Si el engaño está dirigido a la privación del título de dominio que ejerce la víctima habrá delito de estafa (Muñoz, 2002). El destinatario del engaño será la persona que posee el bien o que detenta la tenencia del mismo; pues deberá estar dirigido a lograr que la ocupación del bien y el despojo del poseedor o del tenedor.

✓ El abuso de confianza

La doctrina como supuesto de despojo el abuso de confianza, el cambio del título que permitirá al agente ejercer la posesión, uso o disfrute del bien, invocando un título de distinta naturaleza para mantenerse en la posesión desplazando a quien debería ejercerla, así por ejemplo el servidor de la posesión que invoca ser poseedor, desplazando a la persona a nombre de quien permanece en el inmueble. Necesariamente para que éstos hechos puedan configurar el tipo bajo análisis, quien ocupa el bien invocando un nuevo título debe desplazar en la posesión mediante despojo, a quien ocupa el bien, de modo que no basta con que invoque un título distinto al que fundamenta su ocupación, cuando ésta debe igualmente continuar en mérito al título inicial, ya que en este caso no se realiza la actividad del ocupante anterior. De otro lado se discute si constituye supuesto de usurpación en caso del vigilante de un inmueble, que se le ha concedido un ambiente como habitación y que habiendo concluido la relación laboral no abandona el inmueble; no existe acuerdo en la doctrina sobre el particular sin embargo una posesión mayoritaria sostiene que existe el delito de usurpación en

tanto no se produce una intervención del título por lo que se habría despojado por abuso de confianza (Donna, 2016).

En cuanto al tipo subjetivo, atendiendo a las exigencias del tipo penal, se requiere necesariamente el dolo, esto es, el agente debe de actuar con conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, por lo que el agente debe conocer que está despojado de la posesión a la víctima empleando cualquiera de los medios típicos. Siendo así, sólo será admisible el dolo directo, descartándose del dolo eventual. Ahora bien, resulta subsumido el dolo la voluntad del agente de mantenerse en el bien ocupado, privando de su posesión al poseedor o tenedor del mismo; de forma que si el agente no obra con dicha intención no habrá usurpación por despojo.

1.9.7. Tipicidad subjetiva

Según la redacción del tipo, las modalidades de usurpación son de comisión dolosa (Peña, 2002) además se señala que debe de existir una apropiación del inmueble valiéndose de algunas conductas o medios para efectuar el delito, hecho que la apropiación o despojose haya dado sobre una parte del bien no inhibe el delito a quien lo perpetuo, en ambos casos se requiere del dolo y un ánimo subjetivo la cual implica un ánimo de lucro o en todo caso el goce de los beneficios del poseedor. El supuesto de perturbación, el agente actúa con consciencia y voluntad de realizar actos, violencia o amenaza que perturba la pacífica posesión que el sujeto pasivo tiene sobre el inmueble, siempre y cuando no haya intención de lograr el despojo del inmueble, en ese caso si solo se quedó en los actos perturbatorios, estaremos ante una tentativa de delito de usurpación en su modalidad de despojo (Bustos, 2004).

En el supuesto previsto en el art. 202 del C.P., el agente actúa con consciencia y

voluntad de alterar o destruir los linderos de un inmueble con la intención de apoderarse de todo o en parte de aquel. En este supuesto aparte del dolo, debe verificarse otro elemento subjetivo adicional como el *animus* de apropiarse, esto es, la intención de adjudicarse o adueñarse total o parcialmente del inmueble vecino, si tal intención no se evidencia en el actuar del agente, la conducta típica de usurpación en la modalidad de alteración o destrucción de los linderos no aparece.

En el segundo supuesto, el agente actúa con consciencia y voluntad de hacer uso de la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza para lograr el despojo de su inmueble a la víctima, en cambio en el supuesto de perturbación, el agente actúa con consciencia y voluntad de realizar actos de violencia o amenaza que perturben la pacífica posesión que el sujeto activo tiene sobre el inmueble, siempre y cuando no haya intención de lograr el despojo del inmueble, si se verifica que la real intención del agente es lograr el despojo del inmueble y solo se quedó en actos perturbatorios, estaremos ante una tentativa del delito de usurpación en la modalidad del despojo (Salas, 2011).

1.9.8. Antijuricidad

Una vez que se verifique que en determinado comportamiento concurren todos los elementos objetivos y subjetivos exigidos, corresponderá al operador jurídico, verificar si concurre alguna causa de justificación que haga permisiva aquella conducta o en su caso, descartar tal posibilidad (Salinas, 2010).

1.9.9. Culpabilidad

Es factible que se presenten supuestos de errores de prohibición; esto es, que el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica al momento de actuar por error desconozca la antijuricidad de su conducta, como sería el caso de que el agente altera los linderos

del predio vecino en la creencia errónea de que su propiedad le alcanza unos metros más o cuando el sujeto activo, haciendo uso del engaño despoja del inmueble a su arrendatario en la creencia errónea que tiene derecho a actuar de este modo para recuperar la posesión de un inmueble ante la negativa de retirarse de aquel.

1.9.10. Consumación

En este delito resulta ser de consumación instantánea debiendo señalarse, en ése sentido que la conducta típica en un solo momento, sin perjuicio de estado ilícito que acarrea luego de su perfeccionamiento y eventual duración de este, ello implica que se consumará en el momento en el cual el sujeto activo prive al sujeto pasivo en todo o en parte de la posesión, tenencia o del ejercicio del derecho real que se encontraba llevando adelante mediante la utilización de alguno de los medios comisivos enumerados, corresponde recordar que dicha privación bien podrá darse en cualquiera de las modalidades de comisión previstas, es decir mediante la invasión, mantenimiento o expulsión. Así la jurisprudencia ha considerado que corresponde condenar por usurpación y no por usurpación en grado de tentativa a quien cortó con una sierra el candado que cerraba el acceso a la finca y colocó otro en su lugar, luego de lo cual fue detenido; pues el hecho delictivo y se consumó, ya que la usurpación es un delito instantáneo de efectos permanentes y se consuma en el momento que se despliegan los medios para cometer el despojo, en este caso el cambio del candado.

II. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

2.1. EL PROCESO PENAL NRO. 00029-2014-0-0201-JR-PE-01 - (ETAPAS PROCESALES)

2.1.1. Etapa preparatoria y formalización de la investigación.

a) Hecho que motiva la investigación

Se inicia con la denuncia verbal interpuesta por Teodora Valeriana Marzano Muños, quién sostiene que el día 11 de agosto del año 2013, en circunstancias en que se dirigía a una reunión vecinal para el mejoramiento del servicio de agua potable; se percató que el Sr. Emiliano Alejandro Guillermo Felipe se encontraba tumbando el cerco de piedras que delimitaba su terreno con el de la denunciante. Por lo que la fiscalía provincial, dispone la apertura de investigación preliminar emitida por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar, mediante disposición Nro. 01, ordenando se remita los antecedentes a la Policía Nacional para que investigue, y recibe con la intervención del Ministerio Público la manifestación de las partes y las demás diligencias para el esclarecimiento de la investigación.

b) De los hechos que se le imputa al denunciado

- Mediante la constatación técnica policial llevada a cabo el día 11 de agosto de 2013 en presencia de la representante de la Tercera Fiscalía Penal Corporativa de Huaraz; doña Teodora Valeriana Marzano Muños expone que a horas 8 de la mañana aproximadamente se dirigió al terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira

S/N en el barrio de Nueva Florida, del distrito de Independencia, provincia de Huaraz, terreno de su propiedad, pudiendo observar que el Sr. Emiliano Alejandro Guillermo Felipe, previsto de un palo arremetió con violencia la percaque de piedras del cerco perimétrico que delimita su terreno, por lo que le increpó la denunciante. El denunciado se encontraba en compañía de una persona de sexo masculino y joven. Acto seguido, luego de que la denunciante les reclamara el porqué de su actuar, estos comenzaron a agredirla verbalmente por la cual procedió a llamar a sus dos hijos Carlos Alberto Gantu Marzano y Gregorio Jorge Gantu Marzano; quienes indican que el día de sucedido los hechos el imputado Emilio Alberto Guillermo Felipe estuvo derrumbando la perca de piedra que sirve como cerco perimétrico del terreno de su madre la ahora agraviada.

- El fiscal provincial, mediante disposición 02, de fecha 22 de noviembre del 2013 emitida por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar, ordena la no formalización ni constitución de la investigación preparatoria.
- Estando a dicha disposición la agraviada presenta su escrito de queja, solicitando sea revocado por el superior y se ordene la formalización y continuación de la investigación preparatoria, el mismo que es elevado a la fiscalía superior para su trámite correspondiente.

c) De la formalización de la investigación

- Mediante la disposición N° 496 – 2013 – 2FSPA. Emitida por la fiscal adjunta superior encargada de la Tercera Fiscalía Superior penal del distrito fiscal de Ancash se ordena que el fiscal provincial formalice la investigación preparatoria.
- Mediante disposición 04, de fecha diez de enero del 2014, el fiscal provincial ordena la formalización y continuación de la investigación preparatoria por el

plazo de 120 días en los seguidos contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, indicado que se advierte indicios razonables de que el imputado con violencia o amenaza, siendo ello así los hechos denunciados tienen relevancia penal, por lo que se encontraría subsumido en el tipo penal contra el Patrimonio – usurpación en la modalidad de turbación de la posesión de inmueble, previsto en el numeral 3 del artículo 202° del Código Penal (injusto fue adecuado al inciso 3 del artículo 202° del CP).

d) De los elementos de convicción

- Delito Denunciado: usurpación en la modalidad de turbación de la posesión del inmueble.
- Pruebas: Se ofrece como medios probatorios las siguientes:
 - Acta de constatación policial de fecha 11 de agosto del 2013.
 - 07 fotografías impresas a colores, donde salen las imágenes de las piedras esparcidas a causa del derrumbe del cerco perimétrico que delimita el terreno de la propietaria.
 - Declaración de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Uños, donde indica los hechos y circunstancias de su denuncia.
 - Declaración del agraviado Carlos Alberto Gantu Marzano.
 - Declaración del agraviado Gregorio Jorge Gantu Marzano.
 - Copia legalizada ante notario público del testamento de compra venta y plano del terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el barrio de Nueva Florida. La cual acredita la titularidad de la agraviada sobre el predio.

- Ficha de RENIEC del imputado Emilio Alejandro Guillermo Felipe. Con lo que se encuentra plenamente identificado.

e) Disposición de conclusión de la investigación preparatoria

- Mediante disposición número seis emitida el nueve de mayo del dos mil catorce dispone dar por concluida la etapa de investigación preparatoria instaurada contra el imputado, dejándose en el despacho fiscal emitir pronunciamiento respectivo y poniendo a conocimiento del 1° Juzgado Penal de Investigación Preparatoria – sede central; quién mediante resolución número 2 emitida el 29 de mayo del 2014, dispone que se tenga presente la disposición de conclusión de la investigación preparatoria.

2.1.2. Requerimiento de sobreseimiento fiscal

La fiscal provincial de la tercera fiscalía provincial penal corporativa de Huaraz, Yamira Leslie Torre Rubina; al amparo del Artículo 344 numeral 2, inciso d., y 348 del Código Procesal Penal, solicita el Sobreseimiento del proceso incoado contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, en calidad de autor por la comisión del delito contra el Patrimonio – en la modalidad de turbación de la posesión de inmueble, mediante violencia amenaza, en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, bajo los siguientes términos:

2.1.3. Descripción detallada del Iter investigado (Resultado de las diligencias preliminares e investigación preparatoria)

- a) A folios 01 a 05 obra el informe N° 144-2013-REGPONOR-DIRTEPOL-A-DIVPOS-H/CRPNP-MONTERREY, que contiene el acta de denuncia verbal de fecha 11 de agosto del año 2013, donde doña Teodora Valeriana Marzano Muños interpone denuncia ante la Comisaría de Monterrey; contra la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe por el presunto delito contra el patrimonio – usurpación, indicando que con fecha 11 de agosto del 2013 siendo las 08:00 aproximadamente, en circunstancias que la denunciante se dirigía a una reunión vecinal para tratar el problema de agua potable. Se da con la sorpresa de que el mencionado imputado se encontraba derrumbando la perca de piedra que delimita el terreno de la denunciante.
- b) De folios 14 obra el Acta de inspección técnica policial, de fecha 11 de agosto del 2013, llevada a cabo por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar, fiscal provincial de la tercera fiscalía provincial penal corporativa de Huaraz en el lugar de los hechos.
- c) A folios 12 a 22 obran las 08 fotografías impresas a colores, correspondientes a la inspección fiscal llevada a cabo el día de los hechos.
- d) A folios 54 a 56, obran la disposición de apertura de investigación preliminar emitida por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar.
- e) De folios 62 a 64 obra la declaración de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños, quien indica ser propietaria del terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el Barrio de Nueva Florida en el distrito de Independencia, Provincia de Huaraz. Por lo tanto, la agraviada ejerce su

- derecho de posesión durante varios años, siendo que el día de ocurrido los hechos la persona denunciada estaba tumbando el cerco perimétrico de su terreno.
- f) De folios 71 a 75 obra la disposición Nro. 02, de no formalización ni continuación de la Investigación Preparatoria de fecha 22 de noviembre del 2013, emitida por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar.
 - g) A folios 88 a 90 obra el escrito formulación de queja, solicitando por la agraviada la elevación de actuados.
 - h) De folios 91 a 92 obra la disposición de elevación de actuados al fiscal superior de fecha 4 de diciembre del año 2013, emitido por el Dr. Guillermo Carlos Lizarzaburu Palma.
 - i) De folios 94 a 97 obra la disposición número 496 – 2013 – 2FSPA, de fecha 16 de diciembre del 2013 por la cual la Dra. Julia Zulia folios Durán Corillo, fiscal adjunta superior de la tercera fiscalía superior penal del distrito fiscal de Ancash, la cual dispone declara fundado el requerimiento de elevación, ordenando la formalización de la investigación preparatoria contra Emili Alejandro Guillermo Felipe por el delito contra el patrimonio.
 - j) A folios 100 a 108 obra la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria dispuesto por el Dr. José Antonio Pagaza Guerra.
 - k) De folio 110 a 112 obra la notificación N° 3314-20012-JP-PE, expedida por el primer juzgado penal de investigación preparatoria, mediante el cual se adjunta la resolución N° 01 que decide tener por comunicado la disposición fiscal N° 04 de fecha 10 de enero del 2014, disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

- l) De fojas 113 obra el oficio N° 201-2014-R.D. J-CSJA/PJ; mediante el cual el responsable del área de registro distrital judicial de la Corte Superior de Justicia de Ancash, informa que el investigado no registra antecedentes.
- m) De fojas 115 obra el oficio N° 127-2014-REGPONOR/DIRTEPOL-A/DEPCRI-PNP.HUARAZ, mediante el cual el jefe del departamento de Criminalística PNP de Huaraz, informa que el investigado no registra antecedentes policiales.
- n) De fojas 118 obra el oficio N° 119-2014-INPE/18-201-URP-J, expedido por el jefe del INPE; mediante el cual informa que el acusado no registra antecedentes judiciales.
- o) De fojas 122 a 123 obra la disposición de reprogramación de diligencias.
- p) Finalmente, se emite la disposición fiscal N° 06, mediante el cual la Dra. Yamira Leslie Torre Rubina, da por concluido la Investigación Preparatoria; ara que se emita el pronunciamiento que corresponda.

2.1.4. Sustento del requerimiento de sobreseimiento fiscal

El sustento es que solo existe la mera sindicalización de la agraviada corroborada por sus hijos, por lo que no se ha acreditado objetiva y plenamente que el imputado haya estado presente en el lugar de los hechos y no existiendo posibilidad de incorporar nuevos elementos de convicción por lo que solicita se sobresea el caso.

- ✓ Fundamentos de hecho y de derecho por las cuales se solicita el sobreseimiento

En la formalización de la Investigación Preparatoria se le imputó a Emilio Alejandro Guillermo Felipe ser autor de la comisión del delito contra el Patrimonio

en la modalidad de turbación de la posesión de inmueble con, violencia o amenaza, en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños; imputación que se originó tras declararse fundado el requerimiento de elevación de los actuados interpuesto por la presunta agraviada.

De los actuados obran en autos la sindicación de la denunciante Teodora Valeriana Marzano Muños; quien señala que el día 11 de agosto del 2013, siendo las 08:00 horas aproximadamente mientras se constituía a una reunión vecinal para el mejoramiento del servicio de agua potable, en el camino vio a la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe, se encontraba retirando las piedras del cerco que delimita su terreno. Por lo que de inmediato procedió a pedir ayuda llamando a sus hijos Gregorio Jorge Gantu Marzano y Carlos Alberto Gantu Marzano con quienes se produjo una discusión.

En el artículo 344° del Código Procesal Penal establece que concluida la investigación preparatoria el fiscal decide si se procede con retirar la acusación o requerir el sobreseimiento, procediendo tal sobreseimiento cuando:

- a) El hecho objeto de la causa no se realizó, o no puede atribuírsele al imputado;
- b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;
- c) La acción penal se ha extinguido;

No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y n haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

En mérito a esta disposición legal el despacho fiscal requiere mediante la presente el sobreseimiento total de la causa, por cuanto para el presente caso respecto a la responsabilidad penal del imputado, se encuentra en el supuesto detallado en el numeral 2 del inciso d) no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, del artículo 344 del código adjetivo.

Así al analizar el delito contra el patrimonio – usurpación en la modalidad de Turbación de la Posesión de Inmueble con violencia o amenaza podemos señalar que se encuentra tipificada en el inciso 3 del artículo 202° del Código Penal que prescribe: “Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años, inc. 3, el que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble”.

Su fundamento represivo de este inciso prescribe una conducta por la acción misma del agente, el cual es realizar actos perturbatorios a la pacífica posesión que tiene el agraviado sobre el inmueble. No obstante, dependiendo de la forma empleada del agente para lograr su objetivo de perturbar, turbar o alterar la pacífica posesión del inmueble por parte de la víctima. La cual puede materializarse hasta por dos modalidades.

- ✓ Perturbar la posesión con el uso de violencia, la modalidad delictiva aparece cuando el agente, haciendo uso de la violencia o de la fuerza física sobre las cosas que forman parte del inmueble de la víctima, le turba o alteran la posesión del inmueble que goza el poseedor.

- ✓ Perturbar la posesión mediante amenaza, el comportamiento delictivo se configura cuando el agente haciendo uso de amenaza o intimidación en contra de la víctima perturba o altera la pacífica posesión de su inmueble.

La turbación de la posesión es mucho más restringida que la acción de usurpación por despojo. El delito consiste en tan solo turbar la posesión o tenencia de un inmueble con violencia o amenaza. Mientras la usurpación por despojo podía recaer sobre la posesión, tenencia o cualquier otro derecho real constituido sobre el inmueble, la acción de turbación solo cae sobre la posesión o tenencia del bien siendo ambas un presupuesto del delito, turbar significa restringir temporalmente o permanentemente el ejercicio de los derechos que corresponden a la posesión del sujeto pasivo. Y se da cuando el sujeto activo no ocupa el inmueble en cuestión y no tiene intenciones de hacerlo, dicha turbación debe de realizarse a través de violencia o amenaza ambos términos están utilizados en el mismo sentido antes expuesto. Siempre que se den en un grado tal que efectivamente turben de manera arbitraria, es decir, la acción violenta o amenaza, objetiva y subjetivamente deben estar orientadas en el sentido de turbar la posesión en sí misma y no simplemente en el de molestar a la persona del poseedor momentáneamente al menos de una parte de su campo, con la pretensión de que no le pertenece, pero sí sin invadir el campo o cuando se le amenace personalmente con ejecutar violencias. Una acción es turbativa sí importa una limitación a los derechos inherentes a la posesión sin que se reduzca en la total privación que llega a configurar el despojo. Por tanto, la turbación no solo comprende los actos posesorios, sino todo acto material en relación con el uso y goce del inmueble, es decir que vaya contra el corpus posesorio, que, sin despojar, restrinja el uso y goce del inmueble.

Que de la valorización de los actuados preliminares y de la investigación preparatoria se tiene que en el presente no se ha podido determinar con los medios probatorios que el imputado Sr. Emilio Alejandro Guillen Felipe, haya dolosamente turbado la posesión inmueble mediante violencia o amenaza.

Que, estando el acta de Inspección Técnica Policial, de fecha 11 de agosto del año 2013, en presencia de la representante del Ministerio Público Dra. Yvone Teodora Aguilar polar, fiscal provincial provisional de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, se dejó constancia:

1. Hubo personas presentes en el lugar inspeccionado ubicado en la Av. Interoceánica del Barrio de Nueva Florida, pasaje Santa Elvira hacia la parte este del terreno y por el sur colinda con el Río Auqui mencionado que dicho inmueble colinda con la del Sr- Emilio Alejandro Guillermo Felipe, en donde se encontraron con dos personas que en ningún momento procedieron a identificarse.
2. Donde se consta un cerco perimétrico de 10 metros de largo, con 1.80 en la parte más alta y 1.20 en la parte más baja constándose además que en la parte del cerco a la parte próxima del terreno del Sr. Demetrio Barreto ubicado al Sur este del terreno a unos tres metros aproximadamente ha sido destruido constatándose las piedras regadas, de lo que se colige que si bien se ha evidenciado la comisión del delito sub examine, esto es, derrumbe del supuesto cerco de piedras del terreno de la agraviada, por tanto no se ha llegado a establecer la responsabilidad del imputado toda vez que en autos no obra medio probatorio idóneo y suficiente que acredite que el imputado haya derrumbado el cerco perimétrico que rodea el terreno de la supuesta agraviada. En tanto no se ha establecido el medio físico con el que

presumiblemente el imputado habría causado el derrumbe, esto es, por medio de un pico, lampa, barreta, etc. Máxime si en el acta de inspección técnica policial no se ha identificado ninguno de esos objetos, aunado que tampoco se ha llegado a determinar con precisión si la persona que se le imputa el delito ha estado el día 11 de agosto del 2013 en el lugar de los hechos.

Que obran en autos las declaraciones de Gregorio Jorge Gantu Marzano a todos 58 a 60 y Carlos Alberto Gantu Marzano a folios 66 a 68, quienes sindican como autos del derrumbe a Emilio Alejandro Guillermo Felipe no obstante se aprecia en dichas declaraciones que ambos hermanos acudieron al llamado de su madre la presunta agraviada, cuando esta se encontraba discutiendo con el imputado supuestamente habría causado el derrumbe del cerco perimétrico. En tal sentido dichas declaraciones no pueden ser tomadas como medio probatorio idóneo para determinar la responsabilidad penal del imputado, en tanto contienen factores subjetivos, es decir el vínculo de parentesco con la agraviada la cual para ser incorporada como medio idóneo y suficiente se requiere de otros medios probatorios, máxime si la jurisprudencia nacional es unánime al referir que la sola sindicación no constituye medio de prueba suficiente, para imputar los cargos al investigado, en consecuencia no se ha llegado a quebrantar el principio de presunción de inocencia que reviste a toda persona investigada y tampoco a determinar su responsabilidad en la presente investigación, por lo cual se procede a sustentar el requerimiento de sobreseimiento al no existir razonablemente medios probatorios suficientes, para solicitar el enjuiciamiento del investigado.

2.1.5. Se formula oposición al sobreseimiento por parte de la agraviada

En aplicación al Artículo 345 inc. 2 del Código Procesal Penal y dentro el término que la ley le faculta, recurre ante el Despacho del juez formulando oposición al acta de sobreseimiento por considerarlo parcializado e ilegal de acuerdo a los fundamentos que pasa a exponer por parte de la agraviada.

Que en el punto número IV del requerimiento de sobreseimiento en la presente investigación la Fiscal sostiene que únicamente tiene la declaración de la agraviada, cuando se dirigía a una reunión vecinal el día 11 de agosto del 2013, siendo aproximadamente las 08:00 de la mañana y en el camino vio a la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe se encontraba retirando las piedras del cerco perimétrico que rodea su terreno para lo cual pide ayuda a sus hijos Gregorio Jorge Gantu Marzano y Carlos Alberto Gantu Marzano, con quienes se produjo una discusión por lo cual se constituyeron a su terreno y preguntarle porque habían procedido a bar el cerco de piedras que colinda con la propiedad del imputado. Y al final indica que desde hace 10 años venía siendo amenazada y amedrentada por esa persona además de no dejarla vivir tranquila y que se quiere apoderar de su terreno, que además en la intervención de uno de los hijos de la agraviada, el mencionado señor le arrojó una piedracausándole una lesión hecha que se acredita con el certificado médico legal de fecha 12 de agosto del 2013, cuyo diagnóstico es de atención facultativa de 1 a 3 días de incapacidad médico.

Que en el punto 3 de los considerados menciona que no se recabo la declaración del imputado, sin embargo, a fojas 124 corre el escrito presentado por la Dra. Raquel Rosas Virguez Castillo abogada del imputado mediante el cual adjunta documentos que señala que el imputado en mención es dueño de un terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el barrio de Nueva Florida, además menciona que en este

considerado no se recabó la declaración de imputado toda vez que el imputado se presentó el día 15 de noviembre del 2013 en compañía de su abogada defensora a la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz con la finalidad de rendir su declaración.

En el 4 y 5 de sus considerándonos el representante del Ministerio Público hace referencia al artículo 344 del CPP que establece que concluida la investigación preparatoria el fiscal decide si procede con formular acusación o requerir sobreseimiento, procediendo tal procedimiento cuando hace referencia al punto a, b, c y d, en este punto d, dice no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

En cuanto al séptimo considerando de la representante del Ministerio Público, es un total contrasentido lleno de incongruencias que se detallan a continuación: “su fundamento represivo de este inciso prescribe una conducta por la acción misma del agente el cual es realizar actos perturbatorios a la pacífica posesión que tiene el agraviado sobre el inmueble”. No obstante, dependiendo de la forma empleada por el agente para lograr su objetivo de perturbar, turbar o alterar la pacífica posesión del inmueble por parte de la víctima puede materializarse hasta por dos modalidades en cual es perturbar la posesión mediante la violencia o amenaza, en consecuencia se entiende por perturbación de la posesión a todo acto ejecutivo material realizado por el agente con la finalidad o intención de alterar o turbar la pacífica posesión que tiene la víctima sobre el bien inmueble. Por tanto, en calidad de propietaria la agraviada señala que tiene la posesión pacífica y pública por más de 10 años.

2.1.6. Acta de audiencia preliminar de control de sobreseimiento

Con fecha 20 de agosto del 2014, se llevó a cabo la audiencia preliminar de control de sobreseimiento, en el que la representante del Ministerio Público basa su requerimiento en el artículo 3 de 44.2 literal d) y artículo 348° del CPP, solicitando el sobreseimiento del proceso incoado a Emilio Alejandro Guillermo Felipe por la comisión del delito contra el patrimonio – usurpación en la modalidad de turbación de propiedad inmueble mediante violencia o amenaza. En agravio de doña Teodora Valeriana Marzano Muños. En consecuencia, la fiscal provincial oraliza el pedido de sobreseimiento, conforme al requerimiento escrito.

En la intervención del abogado defensor de la agraviada el cual manifiesta que la representante del Ministerio Público no ha consignado todos los elementos de la denuncia y que habiendo existido una investigación preliminar deficiente solicita se declare improcedente el pedido de sobreseimiento.

Por tanto, en la misma audiencia. El juez expide la resolución número 05, declarando fundado el pedido de oposición de sobreseimiento formulando por la defensa técnica de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños y ordena la reapertura la investigación preparatoria por el plazo de

45 días, a fin de que el ministerio público realice las siguientes diligencias:

- Recabar la declaración del imputado Emiliano Alejandro Guillermo Felipe.
- Recabar la declaración de los testigos que proponga la parte agraviada.
- Los elementos de cargo y descargo que en este plazo se recabe por las partes.

2.1.7. Constitución en actor civil

En el presente expediente la parte agraviada solicitó constituirse en actor civil. En aplicación al artículo 98° del Código Procesal Penal, por tener la condición de agraviada en la presente investigación preparatoria con tal fin cumple con los requisitos siguientes:

- b) Nombres y apellidos. Teodora Valeriana Marzano Muños, con DNI N° 31633252, de estado civil soltera, 53 años de edad, ama de casa, grado de instrucción – primaria completa y domiciliada en el Pasaje Santa Elvira S/N – del Barrio de Nueva Florida – Distrito de Independencia – Huaraz.

En donde relata los hechos materia de investigación, ocurrido el día 11 de agosto del año 2011 aproximadamente a horas 08:00 de la mañana en circunstancias en que se dirigía a una reunión vecinal para tratar el problema de agua potable, se dio con la sorpresa de que el imputado Emilio Alejandro Guillermo Felipe se encontraba votando las piedras del cerco que delimita su propiedad ubicada en el pasaje Santa Elvira S/N.

2.1.8. Decreto que declara inadmisibles las constituciones en actor civil

Mediante resolución número dos de fecha trece de octubre del año dos mil catorce, dan cuenta que con el escrito presentado por la señora Teodora Valeriana Marzano Muños, ingresado al módulo penal el día 30 de septiembre de 2014; mediante el cual solicita se constituya en actor civil la cual se le advierte que el presente proceso está previsto dentro del plazo de ley. No obstante, en la revisión del escrito presentado por la denunciante se prevé que este no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 100 del referido código, por lo que el juzgado considera que no se ha cumplido con la exposición de las razones que justifiquen su

pretensión la cual implica que el ofendido debe de acreditar con documentos idóneos lo que está pidiendo. Por tanto, también se debe precisar la existencia de un daño material o moral verosímilmente acreditado y económicamente apreciable en dinero. Así como su interés personal, directo y actual.

2.1.9. Auto que subsana omisiones y declara constitución en actor civil

Dado cuenta con el escrito presentado por Teodora Valeriana Marzano Muños, mediante el cual cumple con lo ordenado en la resolución número uno; y con respecto a las observaciones hechas en la resolución número dos, se tiene por levantadas las observaciones hechas al requerimiento de constituirse en actor civil, y siendo que su solicitud de constitución a actor civil cumple con los requisitos establecidos en el artículo 100° de acotado código resulta atendible al pedido de la recurrente.

Con fecha veintiséis de diciembre del año dos mil catorce se da por pronunciada la resolución número cuatro donde se cita para el día 08 de enero del año 2015 a efectos de realizar la audiencia pública para la constitución en actor civil. Mediante la resolución en actor civil mediante el análisis y valoración – fundamentación jurídica.

- a) El artículo 98° del CPP establecen que las partes que se consideren agraviadas o perjudicadas por el delito pueden constituirse como tal, siempre y cuando de acuerdo a la relación civil tengan relación directa y excluyente respecto a la indemnización que persigue. Según los hechos detallados y circunstancias se trata de un presunto delito de usurpación que se había cometido en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños. Quien había sido perturbada en su posesión y propiedad en cuanto a un cerco.

- b) Por otro lado, el artículo 101° del código procesal penal señala que el pedido de constitución de actor civil debe de realizarse antes de la conclusión de la investigación preparatoria.
- c) La formalidad a que está referida en el artículo 100° del CPP está referido que la solicitud esta presentada por escrito, lo cual ha ocurrido en el presente caso por parte de la defensa técnica de la parte solicitante en constitución de actor civil, indicando los requisitos que prescribe.
- d) Por otro lado, se indica que la solicitando en constitución de actor civil ha planteado el quantum indemnización que viene solicitando. Por tanto, se declara fundado el pedido en constitución de actor civil a Teodora Valeriana Marzano Muños. Con DNI N.º 31633253, de estado civil soltera, ama de casa, grado de instrucción primaria completa la domiciliada en el Pasaje Santa Elvira S/N – Barrio de Nueva Florida.

2.1.10. Disposición de investigación preparatoria suplementaria

Mediante Disposición Nro. 07 y en cumplimiento del mandato judicial, la representante del Ministerio Público, dispone realizar la investigación preparatoria suplementaria por el plazo de 45 días y se llevan a cabo las diligencias que el Juez de investigación preparatoria ordenó.

Estando a la fecha vencida el plazo para la investigación preliminar suplementaria emitida por el Juez de Investigación Preparatoria. El Ministerio Público dispone que se dé por concluida la etapa de investigación preparatoria suplementaria instaurada contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe.

2.1.11. Diligencias actuadas de la investigación suplementaria de investigación preparatoria dispuesta por el juez

- A. Declaración del imputado Emiliano Alejandro Guillermo Felipe. Quien sostiene que en circunstancias que se encontraba descansando en su domicilio recibió una llamada telefónica de una de las vecinas del terreno ubicado en el Pasaje Las Flores S/N Nueva Florida en el que me informa que en su terreno se estaban metiendo, invadiendo colocando piedras en el área del terreno del mencionado por lo que procedió a desplazarse a su terreno y constato que efectivamente habían colocado una perca o muro de piedra, estando a la altura del muro en la que se encuentra su terreno, donde apareció uno de los hijos de la denunciante y sin medir palabras algunas le propino un golpe en el tabique nasal; en la cual se apareció el otro hermano y comenzaron a instaurarlo además de eso apareció la madre de estos y en conjunto comenzaron con la gresca, prestándole auxilio los vecinos de la zona la Sra. Gaudencia Juana Albornos Obregón y su esposo, además también de Briceño Esteban Doroteo Damazo. Además de eso menciona que el imputado no vive en dicho terreno por lo que periódicamente va a hacerle su mantenimiento respectivo y también manifiesta que el muro que derrumbó está dentro de su terreno por lo que no tenía ningún derecho de denunciarlo por usurpación puesto que este estaba dentro del terreno de su propiedad.
- B. Declaración testimonial de Briceño Esteban Doroteo Damazo. Quien manifiesta que estaba dentro de su casa tratando de amarrar a sus animales en la cual escuchó unos ruidos de discusiones entre varones y mujeres, la cual habrá durado unos 10 minutos aproximadamente

y luego de haber acomodado a sus animales salió y se encontró con el señor Emilio, la cual estaba un poco agitado y le invita a pasar a su casa, y también le ofrece el lavadero para que pudiera lavar y en ese momento le comento del problema que venía suscitando. La cual menciona también que es colindante entre el terreno de los dos señores.

C. Declaración de Javier Andrés Guerrero Tamariz. Quien indica que se encontraba haciendo trabajos de ingeniería en casa de Carlos Gantu Marzano, en el cual vieron que el hermano menor de este se encontraba en una gresca con tres personas a razón de eso bajaron y lograron separarlos y así evitar mayores agresiones, además manifiesta que su domicilio no se encuentra en los terrenos de los mencionados.

D. Declaración de Pedro Humberto Sernaque Guillermo. Manifiesta que ellos llegaron a su terreno del imputado ubicado en el barrio de Nueva Florida y vieron construido un cerco de piedras en el límite del terreno de su tío, luego de eso manifiestan haber ido a ver a una vecina la cual habían dado una parte del terreno para la crianza de sus animales y este procedió a preguntarle si ella lo había construido o quien lo había hecho a lo que respondió que la denunciante lo había realizado con la ayuda de sus dos hijos, ante ese hecho regresaron al predio del denunciado y de la casa vecina salió un muchacho que llevaba puesto un polo color celeste la cual le propinó un golpe en la nariz, acto seguido llega el otro hermano y proceden a agredirle verbalmente. Luego de eso aparece la madre de estos y conjuntamente empiezan nuevamente a agredirle para lo cual la madre se pone a su delante del sobrino para que no pueda brindarle auxilio. En consecuencia, el mismo día de ocurrido los hechos se apersonaron a la fiscalía de turno para

realizar la respectiva denuncia por lesiones. Medianter resolución N° 10 de fecha de octubre del 2014, se da por concluida al plazode la investigación suplementaria de investigación preparatoria.

2.1.12. Medios de prueba testimonial y documental

Entre los medios probatorios ofrecidos tenemos los siguientes:

- 1) 01 CD, con seis imágenes tomadas el día 11 de agosto del 2013 en donde se aprecia a los supuestos agraviados dentro del terreno de propiedad y posesión del Sr. Emilio Alejandro Guillermo Felipe.
- 2) La declaración Testimonial de Gaudencia Juana Albornos Obregón, identificada con DNI N° 40022522, domiciliada en la Urbanización Nueva Florida.
- 3) La declaración testimonial del Sr. Esteban Doroteo Damazo identificado con DNI N° 31940638, domiciliado en la Urbanización Nueva Florida al frente de la casa de la Señora Gaudencia Juana Albornos Obregón.
- 4) La declaración testimonial del Sr. Pedro Humberto Sernaque Guillermo, identificado con DNI N° 71195907, domiciliado en el Jirón Juan de la Cruz Romero N°813, en la que debe de declarar en las circunstancias en las que tomó las fotografías y que suscribo el día de los hechos.

2.1.13. Ofrecimiento de testigo de descargo por parte de la agraviada

Habiéndose ampliado la investigación preparatoria por el plazo de 45 días la agraviada recurre al despacho de la fiscalía a fin de ofrecer la declaración testimonial de los siguientes testigos:

- 1) Al Sr. Briceño Esteban Doroteo Damasco con domicilio en el pasaje Santa Elvira S/N del Barrio de Nueva Florida del distrito de Independencia, de ocupación docente.

Siendo las 11:00 de la mañana del día 10 de setiembre de 2014 en las oficinas de la Tercera Fiscalía, en presencia de la Fiscal y de su abogado defensor; se apersonó el mencionado para brindar su declaración como fue la siguiente:

- a) ¿Para que diga, si requería de la presencia de un abogado defensor?

Dijo que NO.

- b) ¿Para que diga, que profesión u ocupación tiene?, menciona que es docente de profesión y que viene elaborando en la institución educativa N°86090 del Centro Poblado de Chontayoc.

- c) ¿Para que diga, que si conocía a las partes que intervienen en el presente proceso? Dijo que si conocía a las partes que intervienen en el proceso.

- d) ¿Para que diga, como presencié los hechos ocurridos el día 11 de agosto del 2013? La cual menciona que esta persona no presencié el momento mismo de los hechos ya que se encontraba cerca de su casa en la que ve pasar al imputado en compañía de un joven, para lo cual lo saludo y éste le dijo que estaba yendo a su terreno, acto seguido pasó a entrar a su casa y después de cinco minutos escucha voces de entre varones y mujeres la cual duró aproximadamente unos diez minutos después de eso procede a abrir su puerta y encuentra al imputado a quien al verlo medio agitado le invita a pasar a su casa y a prestarle el lavadero para que se lavara y luego procedió a contarle lo que había ocurrido.

- e) Para que diga, que, si el imputado ingresó a su domicilio solo o acompañado de otra persona, lo cual menciona que entro solo y que no vio a otra persona.
 - f) Para que diga, que como pudo observar al imputado, si tenía algunos efectos de haber ingerido bebidas alcohólicas, para lo cual dijo que no que le notaba sano.
 - g) Para que diga, que, si su terreno se encuentra cerca de los terrenos de las partes que intervienen en este proceso, dijo que sí, su terreno colinda con los de las partes que intervienen en este proceso.
 - h) Para que diga, que, si el imputado vive en el terreno materia de investigación, dijo que no, ya que éste solo esta como terreno.
- 2) Al Sr. Javier Andrés Guerrero Tamariz, con domicilio en la Av.

Túpac Amaru S/N del Distrito de Independencia – Huaraz.

A continuación, se le invita al testigo que declara cuanto tenga por conveniente sobre los hechos materia de investigación.

- a) Para que diga, si requeriría la presencia de un abogado, menciona que no es necesario.
- b) Para que diga, que profesión u ocupación se dedica, la cual menciona que es ingeniero agrónomo.
- c) Para que diga, que, sí conoce a las partes involucradas en el presente proceso, la cual menciona que a las tres primeras personas si las conoce por mantener un vínculo amical con uno de ellos en cuanto al imputado menciona que no lo conoce.
- d) Para que diga, que, sí presencié los hechos suscitados el día 11 de agosto del 2013, aproximadamente a las 08:00 de la mañana, lo cual menciona

que no pudo apreciar el momento exacto de los hechos ya que se encontraba en el domicilio de su amigo Carlos Gantu Marzano, haciendo trabajos de ingeniería.

- e) Para que diga, como pudo observar a la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe, lo cual menciona que no se percató de que si hubiera estado con síntomas de alcohol
- f) Para que diga, que, si su domicilio estaba ubicado cerca del terreno de las partes intervinientes en el presente proceso, lo cual dijo que no, su domicilio está ubicado en la Av. Túpac Amaru S/N del Distrito de Independencia.

2.1.14. Ofrecimiento de testigo por parte del imputado

Declaración testimonial de Pedro Humberto Sernaque Guillermo.

- a) Para que diga, si requiere la presencia de un abogado, lo cual menciona que no requiere la presencia de un abogado.
- b) Para que diga, que profesión u ocupación tiene, a lo que responde que es asistente en un estudio jurídico ubicado en el jr. Juan de la cruz romero.
- c) Para que diga, que, si conoce a las personas intervinientes en el proceso, a lo que responde que a las primeras tres personas no las conoce, pero al imputado si ya que es su tío.
- d) Para que diga, que, si él presencié los hechos ocurridos el día 11 de agosto del 2013, a lo que dijo que él no presencié acto de usurpación en ningún momento por parte de su tío, sino que al momento de llegar a su terreno vieron construido un cerco de piedras, lo cual fueron al encuentro de una vecina para preguntarle si sabía quién es el que había construido ese cerco

- a lo que le responde que la denunciante conjuntamente con sus hijos había construido la cerca.
- e) Para que diga, al momento de llegar al terreno de su tío las piedras como se encontraban, a lo que respondió que había una parte de la cerca construida y otra parte estaba derrumbada y que servía como pasadizo al terreno colindante.
 - f) Para que diga, que, si la persona imputada tenía síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, a lo que responde que no estuvo ebrio.
 - g) Para que diga, que, si el investigado vive en el terreno la cual es materia de investigación, a lo que responde que no ya que es un terreno no habitable al no encontrarse construcción alguna.
 - h) Para que diga, que, si él vio que su tío actuó con violencia o amenaza en contra de los presuntos agraviados, a lo que responde que en ningún momento les agredió o amenazó verbalmente.
 - i) Para que diga, si desea agregar o quitar algo de la declaración, a lo que dijo que en el acta de denuncia mencionan que su tío estaba ebrio el día de los hechos para lo cual esta versión es totalmente falsa, ya que ese mismo día se apersonaron a la fiscalía de turno para asentar la denuncia por lesiones.

2.1.15. Conclusión de investigación suplementaria

La representante del Ministerio Público, mediante disposición Nro. 10, de fecha 10 de octubre del 2014, dispone dar por concluida la investigación preparatoria suplementaria, dejándose los autos en despacho para emitir el pronunciamiento respectivo.

2.1.16. Requerimiento de sobreseimiento

Al requerir el auto de sobreseimiento a favor del imputado por el delito de usurpación en la modalidad de turbación de la posesión con el empleo de violencia o amenaza, previsto en el numeral 3 del Artículo 202° del CP, sustentándose el sobreseimiento en el supuesto contenido en el apartado d) del inciso 2 del Artículo 344 el Código Procesal Penal, es decir que no existe razonablemente la posibilidad de reincorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

Además, no existe medio probatorio idóneo y suficiente que el imputado haya turbado la posesión dolosamente, mediante violencia o amenaza en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muñoz.

Mediante auto del juzgado de investigación preparatoria, corre traslado de requerimiento de sobreseimiento, por el cual, dentro del plazo de diez días, el imputado se adhiere al sobreseimiento, invocando al artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo IX del título preliminar del Código Procesal Penal con fundamento en el artículo 350° inciso 1 literal d) del NCPP.

2.1.17. Observación del sobreseimiento fiscal por parte de la agraviada

La agraviada observa el sobreseimiento señalando:

Que no se llevó a cabo la constatación fiscal en el lugar de los hechos.

Menciona además la agraviada que al imputado le informaron que otras personas habían construido el cerco perimétrico que rodea su terreno a lo que se acercó para

constatar y que efectivamente había una cerca dentro de su terreno además menciona que él no había destruido, cosa que menciona la denunciante que es falsa constatándose con la inspección técnica policial en presencia del representante del Ministerio Público la cual constato el derrumbe del cerco de piedras dentro del terreno de la agraviada a lo largo de tres metros aproximadamente, además se menciona también en el requerimiento de sobreseimiento que no se ha podido precisar si la persona imputada estaba o no estaba el día de ocurridos los hechos. Ya que en la versión que da el imputado, menciona que, una vecina le había llamado por teléfono para comunicarle que estaban construyendo un muro de piedra en su terreno y que posteriormente a eso él se apersonó a dicho terreno, entre otras alegaciones más.

2.1.18. Audiencia de control de sobreseimiento

Se llevó a cabo la audiencia de control de sobreseimiento el 16 de enero del año 2015, presente el fiscal, la defensa técnica del agraviado y la defensa técnica del imputado, quienes oralizan el requerimiento de sobreseimiento, la adhesión y la observación, respectivamente emitiendo en ese mismo acto el Juez, el Auto de elevación en consulta, al declarar fundada la oposición al sobreseimiento y se ordenó que se eleve los actuados al señor fiscal superior con la finalidad de que se sirva ratificar o rectificar la solicitud de sobreseimiento de la fiscal provincial.

La representante del Ministerio Público requiere el sobreseimiento total de la causa ya que para el presente caso nos encontramos con el supuesto detallado en el numeral 2 inc. d) no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos

datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, del artículo 344° de código acotado. Que en la valorización de los actuados preliminares y de la investigación preparatoria señala que en el presente caso no se ha podido determinar el medio probatorio idóneo y suficiente de que el imputado haya perpetrado dolosamente el delito de usurpación en la modalidad de turbación de posesión inmueble mediante violencia o amenaza, en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, además de eso menciona que en la investigación ampliada por un plazo máximo de 45 días esta se basó en las declaraciones que dio la presunta agraviada la cual menciona que el día 11 de agosto del 2013 a horas 08:00 de la mañana se dirigía a una reunión vecinal a lo que vio a la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe destruyendola cerca de piedras que delimita su terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N del Barrio de Nueva Florida del Distrito de Independencia lo cual procedió la señora a llamar a sus hijos y con ellos se produjo una gresca.

Además de eso la representante del Ministerio Público no recabó la manifestación de la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe por lo que se consta que, a fojas 124 la abogada defensora del imputado presenta un escrito donde adjuntan documentos que acreditan que entre ellos tenían problemas con los linderos de la propiedad de cada uno. Tomando en cuenta la declaración fiscal también manifiesta que el día de ocurridos los hechos la persona imputada se encontraba en el lugar.

Sin embargo, luego de haber concluido con la investigación preparatoria la representante del Ministerio Público decide no continuar con la investigación ya que menciona que no se encuentran elementos de convicción suficientes por lo que el juez no estaba de acuerdo y decide continuar con la investigación negando el sobreseimiento ya que en cuanto al tipo penal materia de investigación no existe ni

el despojo, ni la turbación ni el ingreso, sino solo se exige una actitud intencional y doloso de tener la finalidad de apropiarse; no exige que con dicha intencionalidad se tenga efectivamente la posesión del agresor, debido a que en ese sentido soportaría los tipos penales 2, 3 y 4 del artículo 202° del CP.

Para resolver la queja de la agraviada con disposición N° 496-2013, la Dra. Julia Zuly Durán Cotillo declara fundado el requerimiento de elevación y ordena la formalización de la investigación preparatoria por el delito de usurpación en la modalidad de turbación de posesión de bien inmueble con violencia o amenaza, tipificado en el art. 202 inc. 3, debiéndose tener en cuenta que la turbación de la posesión inmueble sería aplicable al presente caso pero por la modificatoria de la Ley 30076 se debe tener en cuenta que la violencia se ejerce tanto para las personas como para los bienes.

Toma en mención que el error sistemático de la calificación jurídica por parte de la Fiscalía podría generar impunidad al imputado.

Por lo que el juez declara fundado el requerimiento de oposición al sobreseimiento emitida por la actora civil y elevarse los actuados judiciales al Fiscal Superior con la final que se sirva rectificar la solicitud de la Sra. fiscal provincial en los actuados seguidos contra Emilio Alejandro Guillen Felipe.

2.1.19. Elevación del expediente a la fiscalía superior y disposición de rectificación

Mediante Oficio 29-2014-69-1er. J.I.P., el Juzgado de Investigación Preparatoria, remite a la Fiscalía Superior, el expediente para que emita la decisión que corresponda.

Mediante disposición 121-2015-SFSP-ANCASH, del 25 de marzo del 2015. La Fiscalía Superior, dispone: rectificar, el requerimiento de sobreseimiento a favor del imputado Emilio Alejandro Guillermo Felipe, en los que se le investigó por el delito contra el patrimonio en la modalidad de usurpación, sobre destrucción de linderos, prevista en el inciso 1 del Artículo 202 del Código Penal; y dispone que el Fiscal de la Tercera Fiscalía cumpla con requerir acusación contra el imputado. Bajo los siguientes fundamentos:

✓ Del principio de legalidad:

El artículo 2 inc. 24 literal d, de la constitución política del estado la cual prescribe “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

✓ Del análisis del delito de usurpación:

El delito de usurpación como tipo penal base está regulado en el artículo 202° el cual establece expresamente “será reprimido con pena privativa de la libertad no menor ni mayor de cinco años: 1) El que, para aprobarse de todo o en parte un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo; 2) El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real; 3) El que, con violencia o amenaza turba la posesión de un inmueble.

✓ Del bien jurídico:

El estado pretende proteger con la tipificación de los comportamientos delictivos de usurpación lo constituye el patrimonio de las personas específicamente el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo. En este caso implica que la víctima está en posesión del inmueble, con la condición de que aquel derecho real vaya acompañado unido al derecho de posesión. Esto es que el propietario del bien debe de estar en posesión mediata e inmediata sobre su inmueble.

✓ Verificación de los actuados

Conforme a la denuncia verbal N° 085-2013 de fojas 6 el supuesto hecho que se puso a conocimiento a la autoridad fue, que, el día 11 de agosto del 2013, Emilio Alejandro Guillermo Felipe había destruido el cerco perimétrico tratando de invadir el terreno de la denunciante en el pasaje Santa Elvira S/N del barrio de Nueva Florida. Tal y como obra en la diligencia se logró constatar que hacía la parte este del terreno y por el sur colinda con el río Auqui, como también con el inmueble del imputado, verificándose la presencia de dos personas que no quisieron identificarse, además se constató la existencia de un cerco perimétrico de 10 metros de largo por 1.80 metros de alto en la parte más alta y 1.20 metros en la parte más baja.

En la declaración de la agraviada a fojas 07 a 08, está señaló cuando se dirigía a una reunión vecinal para tratar el problema de agua potable se percató la presencia del imputado y de otra persona por lo que llamó a sus hijos, los cuales acudieron y preguntaron qué es lo que el imputado hacía en su terreno y

también le habían preguntado porqué es que había botado el cerco de piedras que colinda con el terreno del imputado. La declaración brindada de la agraviada concuerda con la de Gregorio Jorge Gantu Marzano, lo que precisó que cuando se encontraba descansando su madre se apersonó indicándole que unas personas estaban dentro del terreno y estaban causando daños a esta a la cual se apersonó la madre y constataron que efectivamente el imputado acompañado de otra persona estaban votado o destruyendo el cerco perimétrico que rodea su terreno.

Por otro lado, el imputado prestó declaración debidamente asesorado por su abogada defensora señalando ser docente de la universidad nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” y de conocer a la agraviada y sus hijos por tratarse de sus colindantes y que el día de ocurridos los hechos cuando se encontraba descansando en su domicilio recibió una llamada indicándole que se estaban metiendo a su terreno y que de inmediato éste fue a verificar y encontró un muro de piedras en su predio, cuando se encontraba a la altura del cerco apareció el hijo de la agraviada y le propinó un golpe en el tabique.

Mientras que el testigo Briceño Esteban Doroteo Damazo el cual presta declaración a fojas 185 a 188, con la asistencia de uno de los abogados defensores del imputado, el cual precisó conocer a la agraviada y a sus hijos por ser sus vecinos además agregó que no presencié los hechos pero que si vio al imputado en compañía de otra persona que lo acompañaba y le dijo que iría a ver su terreno, dentro de unos cinco minutos escuchó las voces de personas varones y mujeres que estaban discutiendo la cual duró aproximadamente unos 10 minutos, luego de haber asegurado a sus animales cuando salía de su casa se encontró con el imputado a lo que le invitó a pasar a su casa, lo cual se

contradice con la versión de imputado toda vez que este indica que acudió a auxiliarle.

De las pruebas testimoniales que presenta el imputado y su misma declaración se observa que no se pusieron de acuerdo para declarar en un determinado sentido sobre cómo ocurrieron los hechos, por lo que Doroteo Dámazo menciona que lo recibió en su casa y no que fue a auxiliarle como dice el imputado, lo cual constituye una actitud sospechosa.

Por el contrario, las versiones de la agraviada y sus hijos constan de mayor credibilidad por cuando incluso a las agresiones que habían sufrido lo acreditan con el certificado médico legal N° 005199-L del 12 de agosto del 2013, el día siguiente de ocurridos los hechos denunciados.

En cuanto a la tenencia o posesión del predio en el que habría destruido una parte del lindero, es parte del predio de la agraviada ya que por una parte colinda con la del imputado tal y como se tiene en la memoria descriptiva en fecha junio del 2013, debidamente firmado por el ingeniero Jesús Gamarra Maguiña.

En cuanto a la reconducción del tipo penal y la discrepancia del suscrito con el que firmó la disposición superior de fojas 94 a 97 sobre el particular se debe tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Para que opere una calificación jurídica diferente a la investigación en la investigación formalizada y en el requerimiento de sobreseimiento, la única condición es respetar la inmutabilidad de los hechos o la parte fáctica.
- 2) Además, que dichos hechos se encuentran acreditados, y con la nueva calificación no se cause indefensión a las partes.

- 3) Máxime que finalmente se discutirá en el plenario del juicio oral, previo control de la acusación.
- 4) En consecuencia, el suscrito considera que se dio inicio a las investigaciones preliminares de manera correcta, subsumiendo los hechos de manera correcta; subsumiendo los hechos de en el inciso 1 del artículo 202° del Código Penal; que al haberse variado al inciso 3 de la misma norma antes citada por lo que el Fiscal Superior no justificó adecuadamente ni sustentó los motivos por lo que los hechos investigados se subsumirían a esta última calificación jurídica.
- 5) Como ya se precisó, para el primer supuesto no se exige violencia ni amenaza, mientras que para el segundo supuesto si es condición, sino que con el empleo de la violencia o amenaza en la comisión del injusto por lo tanto debió rectificarse el requerimiento de sobreseimiento, pero por el inciso 1 de artículo 202° del Código Penal.

2.2. REQUERIMIENTO DE LA ACUSACIÓN

En cumplimiento a la disposición del Fiscal Superior y de conformidad con lo establecido en el artículo 349° y siguientes del Código Procesal Penal Lizzeth Karen Avendaño Macedo, Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, de conformidad con lo establecido en el artículo 349° y siguientes del Código Procesal Penal se presenta ante el despacho del Juzgado de Investigación Preparatoria el requerimiento de acusación fiscal contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, teniendo en cuenta lo siguiente:

Conforme aparece en los actuados de la denuncia de Doña Teodora Valeriana Marzano Muños, que, el día 11 de agosto del 2013 siendo las 08:00 horas de la mañana aproximadamente mientras se dirigía a una reunión vecinal para el mejoramiento del agua potable se percató el imputado Emilio Alejandro Guillermo Felipe, se encontraba retirando las piedras que sirven de cerco entre el terreno del imputado en mención y de la agraviada, haciendo uso de un palo y en compañía de otra persona, por lo que la denunciante procede a llamar a sus hijos Gregorio Jorge Gantu Marzano y Carlos Alberto Gantu Marzano a fin de retirar al imputado y evitar que derrumbe la totalidad del cerco perimétrico, originándose una gresca entre ambas partes.

2.2.1. De los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio

- A folios 01 a 05 obra el informe N° 144-2013-REGPONOR-DIRTEPOL-A-DIVPOS-H/PNP-MONTERREY, que contiene el acta de denuncia verbal de fecha 11 de agosto del año 2013, donde doña Teodora Valeriana Marzano Muños interpone denuncia ante la Comisaría de Monterrey, contra la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe por el presunto delito contra el Patrimonio – Usurpación, indicando que con fecha 11 de agosto del 2013 siendo las 08:00 horas aproximadamente en circunstancias que la denunciante se dirigía a una reunión vecinal para tratar el problema de agua potable. Se percató que la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe quien viene a ser su vecino se encontraba tirando las piedras que sirven de cerco perimétrico de su terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el Barrio de Nueva Florida en el distrito de Independencia, Provincia

de Huaraz, que haciendo uso de un palo arremetió contra dicho cerco logrando que se derrumbase en un aproximado de diez metros de largo, con quienes se dirigió a la comisaría antes indicada a presentar su denuncia.

- De folios 14 obra el Acta de Inspección Técnica Policial, de fecha 11 de agosto del 2013, llevada a cabo por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar, fiscal provincial de la tercera fiscalía provincial penal corporativa de Huaraz en el lugar de los hechos.
- A folios 15 a 22 obran las 08 fotografías impresas a colores, correspondientes a la Inspección Fiscal llevada a cabo el día de los hechos. Por la Dra. Yvone Teodora Aguilar Polar.
- De folios 62 a 64 obra la declaración de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños; quien indica ser propietaria del terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el Barrio de Nueva Florida en el Distrito de Independencia, provincia de Huaraz. Por ende, ejerce su posesión desde hace varios años, siendo que el día de los hechos denunciados, la persona denunciada tumbó la pared o cerco perimétrico de su terreno quedando este semidestruido.
- Las declaraciones de Gregorio Jorge Gantu Marzano de folios 58 a 60 y Carlos Alberto Gantu Marzano de folio 66 a 68, quienes sindicaron como autor del derrumbe a Emilio Alejandro Guillermo Felipe, no obstante, se aprecia en dichas declaraciones que ambos hermanos acudieron al llamado de su madre la presunta agraviada.

2.2.2. De la participación que se le atribuye al imputado

Al acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe se le imputa ser autor del delito de Usurpación en la modalidad de destrucción o alteración de linderos, esto al haberse acreditado la conducta dolosa del acusado al destruir el cerco o lindero de propiedad de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Gantu con la finalidad de apropiarse o recobrar su supuesta propiedad, por lo cual deberá ser juzgado en calidad de autor de conformidad con el Art. 23 del Código Penal.

2.2.3. Artículo de la ley Penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicita

Los hechos antes descritos que son materia de acusación se encuadran en el tipo penal previsto en el Artículo 202° inciso 1 del Código Penal, así mismo que prescribe “El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo”.

2.3. DE LA CUANTÍA DE LA PENA

Para este caso se debe tener en cuenta los principios de lesividad y proporcionalidad prevista en los artículos cuarto y octavo respectivamente del título preliminar del Código Penal esté acorde no solo con la culpabilidad por el hecho, sino, también por la trascendencia social que ocasiona el delito, entendida esta de mayor o menor grado, contribuyendo para esta determinación además otros factores de punibilidad con la forma y circunstancia del delito así como con las condiciones personales conforme los artículos 45 y 46 del Código Penal.

Se debe de precisar que el caso de autos el hecho imputado se encuentra tipificado en el primer inciso del artículo 202° del Código Penal, el mismo que tiene una penalidad no menor de dos ni mayor de cinco años; en este sentido de conformidad con el artículo 45-A inciso 2) literal a la pena a imponerse estará dentro del tercio inferior, al no incurrir circunstancias atenuantes ni agravantes.

Tercio inferior: De 02 años a 03 años.

Tercio intermedio: De 03 años a 04 años.

Tercio Superior: De 04 años a 05 años.

En este sentido, se solicitó dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución.

2.3.1. De los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia

➤ Testimoniales

- a) Declaración Testimonial de Teodora Valeriana Marzano Muños, propietaria del terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el Barrio Nueva Florida, en el Distrito de Independencia, Provincial de Huaraz. Quien declarará respecto de la forma y circunstancias en que el acusado tumbó la pared o cerco perimétrico de su terreno quedando esto semidestruido.
- b) Declaración Testimonial de Gregorio Jorge Gantu Marzano, quien declarará con respecto a la ayuda y auxilio que prestaron a su madre la agraviada el día de los hechos.
- c) Declaración Testimonial de Carlos Alberto Gantu Marzano, quien declarará con respecto a la ayuda y auxilio que prestaron a su madre la agraviada el día de los hechos.

d) Declaración Testimonial de Javier Andrés Guerrero Tamariz, quien declarará respecto de las circunstancias posteriores y de cómo ha sido la gresca producida luego de la destrucción del lindero.

➤ Documentales

- a) Acta de inspección técnica policial de fecha 11 de agosto del 2013, llevada a cabo en el lugar de los hechos.
- b) Ocho fotografías impresas a colores en original correspondientes a la inspección técnica fiscal llevada a cabo el día 11 de agosto del 2013.
- c) Copia Legalizada ante notario público del testimonio de compra venta y el plan del terreno ubicado en el Pasaje Santa Elvira S/N del Barrio Nueva Florida, distrito de Independencia, provincia de Huaraz, la cual acredita la titularidad de la agraviada.

2.3.2. De las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la investigación preparatorias

Se da a conocer que el acusado tiene comparecencia simple.

Por lo expuesto:

Lizzeth Karen Avendaño Paredes, fiscal provincial, formula acusación contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio en la modalidad Usurpación en la figura de destrucción o alteración de linderos, en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, prevista y sancionada en el artículo 202° del Código Penal.

2.3.3. Auto que corre traslado el requerimiento de acusación

Mediante resolución número 10 del 21 de abril del 2015, dado cuenta que con el requerimiento de acusación que antecede, remitido por la Dra. Lizzeth Karen Avendaño Macedo, fiscal provincial de la tercera fiscalía provincial penal corporativa de Huaraz, en la investigación que se le sigue a Emilio AlejandroGuillermo Felipe, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio – Usurpación en la figura de destrucción y alteración de linderos en agravio de TeodoraValeriana Marzano Muños. Luego del análisis de la Acusación Penal que se da cuenta, se advierte que cumple con los requisitos establecidos por el artículo 349° del Código Procesal Penal, en tal sentido se emite lo siguiente:

Tener por recibido el requerimiento de acusación Fiscal, contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, por la presunta comisión del delito contra el Patrimonio – usurpación en la modalidad de destrucción y alteración de linderos.

2.3.4. Se absuelve traslado de la acusación por parte de la abogada del acusado

La defensa técnica del acusado, en el ejercicio del derecho de defensa para su patrocinado hace unas observaciones al requerimiento de acusación fiscal, la cual menciona que el Requerimiento no cumple con las formalidades del caso establecidas en el Art. 349° inc. 1 del CPP, además de ello las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. Y por último hace mención a los medios probatorios las cuales menciona que no hay claridad ya que no se establece que no hay pertinencia, conducencia y utilidad de cada una de ellas.

2.4. CONTROL DE ACUSACIÓN

Huaraz 09 de junio del 2015. Mediante Resolución número 12 (autos de saneamiento formal, contiene auto de enjuiciamiento).

2.4.1. Antecedentes

Se debatió ampliamente el dictamen acusatorio escrito, además de eso se corrió traslado a las partes mediante Resolución número 10 del 21 de abril del 2015 a través del cual se otorgaba plazo de diez días para que se hagan valer sus derechos de conformidad con el artículo 350° del Código Procesal Penal, además se absolvió el requerimiento fiscal convocándose para audiencia para el día indicado concurriendo todas las partes procesales, en el cual el juzgado insta el criterio de oportunidad, el mismo que no fue aprobado por la parte del investigado. Llevándose a cabo el aspecto formal del dictamen acusatorio, en el desarrollo del control de acusación se lleva a cabo sobre el monto de reparación civil que pide por parte de la agraviada, también se actúan los medios probatorios sin ninguna observación por parte de los sujetos procesales.

2.4.2. Análisis y valoración – fundamentación jurídica

- El aspecto formal del dictamen acusatorio ha sido cuestionado por la defensa técnica del acusado, en tanto no se aprecia ninguna apropiación o despojo que había realizado por parte del acusado, hecho que incluso ya ha sido debatido por el señor fiscal en segunda instancia del Ministerio Público, por lo que a consideración del juzgado de investigación preparatoria de Huaraz formuló la tipificación llegándose a determinar que en el tipo penal no se necesita el despojo o la apropiación misma,

más solo la intención o finalidad de realizarlo. De manera que se encuentra debidamente motivada la subsunción de los hechos a la norma correspondiendo el saneamiento formal de dictamen acusatorio.

- No se han deducido excepciones, ni densa previas, tampoco pedidos de sobreseimientos; además el suscrito juez consideró que el hecho es sumamente controvertido, pero en intensidad es sencillo; no obstante a ello la relevancia penal ha sido sustentada por la parte acusada y el caso deberá de ventilarse en una etapa más corta donde se produzca la actuación de medios de prueba, por lo que el suscrito juez considera que no se puede plantear el sobreseimiento de oficio correspondiendo pasar a la siguiente fase procesal.
- En el inciso del artículo 352° del Código Procesal Penal, establece que las partes pueden ofrecer medios de prueba para el mejor conocimiento del caso y que aquellas deben ser pertinentes (relacionados a los hechos y a las personas) conducentes (para acreditar una pretensión) y útiles (que no sean sobre abundantes y que sea de actuación probable o posible); y si se trata de testimoniales se deberá indicar el punto sobre el cual se versará la explicación; además el probable aporte para el mejor conocimiento del caso. En el presente caso el Ministerio Público ha ofrecido medios de prueba tales como:

2.4.3. De las pruebas testimoniales

- a. Se toma la prueba testimonial de Teodora Valeriana Marzano Muños. Quien declarará respecto la forma y circunstancia en que el acusado tumbó la paredo cerco perimétrico de su terreno quedando este semidestruido, el mismo que es pertinente, conducente y útil para sustentar la imputación fiscal y la tesis de la defensa; por lo tanto, debe ser admitido.

- b. Se toma la declaración testimonial de Gregorio Jorge Gantu Marzano y de Carlos Alberto Gantu Marzano. Quienes depondrán respecto a la ayuda y auxilio que prestaron a su madre la agraviada el día de los hechos
- c. Se toma la declaración de Javier Andrés Guerrero Tamariz, quien declarará respecto a las circunstancias posteriores y de cómo ha sido la gresca producida luego de la destrucción del lindero.

2.4.3.1. De las pruebas documentales

- a. Acta de inspección técnica policial de fecha 11 de agosto del 2013, llevada a cabo en el lugar de los hechos.
- b. Ocho fotografías impresas a colores en original correspondientes a la inspección técnica fiscal llevada a cabo el día 11 de agosto del 2013.
- c. Copia legalizada entre notario público del testimonio de compra venta y el plano del terreno ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N del Barrio de Nueva Florida, distrito de Independencia, provincia de Huaraz. La cual acredita la titularidad de la agraviada.

Por otra parte, la defensa técnica del acusado ha ofrecido en la presente audiencia, una prueba documental como es un soporte CD, que contiene la filmación de lo ocurrido el día de los hechos, en la que se le imputa al acusado la supuesta destrucción de linderos de la agraviada, en tal caso así se admite el medio probatorio ofrecido por la parte del acusado se estaría vulnerando el principio de igualdad procesal. El título

preliminar del Código Procesal Penal en el inciso 3 del artículo I, prescribe que las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la constitución y en este código. Los jueves preservarán el principio de igualdad procesal debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificultan su vigencia. El mismo que concordando con el artículo 305° inc. f) del Código Procesal Penal el cual prescribe, la parte acusada puede ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.

En tal sentido se deja constancia que se trata de una fuente de información recién recolectada y que si se refiere a los hechos en concreto será el juez de juzgamiento quien lo pueda incorporar, previa fundamentación y sea aceptado y de esa manera por las partes; basado en el principio fundamental del derecho a la verdad que se refleja en la justicia.

El inciso 1 del artículo 353° del Código Procesal Penal prescribe “Si resueltas las cuestiones planteadas el juez dictará auto de enjuiciamiento y que dicha resolución no es recurrible” así mismo el inciso 2 del artículo 353° prescribe “que el auto de enjuiciamiento debe indicar bajo la sanción de nulidad el nombre del imputado, del agraviado y los delitos materia de acusación, las tipificaciones alternativas o subsidiarias los medios de prueba admitidos, la indicación de las partes constituidas a

la causa y la remisión de los actuados al juez encargado del Juicio Oral, además de establecer la situación jurídica procesal en que el investigado asistirá al Juicio Oral.

Por lo tanto, corresponde el juzgamiento del presente caso al Juzgado Unipersonal por aplicación del inciso 1 y 2 del artículo 28° del Código Procesal Penal.

Finalmente se debe indicar que, dada la pretensión punitiva, las circunstancias del caso y la conducta procesal del investigado que asiste a una diligencia genera una apreciación de que está dispuesto a que el caso se aclare, por lo que la comparecencia simple será suficiente. Conforme lo prescribe el inciso 3 del artículo 353° del Código Procesal Penal.

2.4.4. En tal sentido se emite la siguiente decisión judicial

Declarando el saneamiento formal del dictamen acusatorio, en los seguidos contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de usurpación en la figura del destrucción o alteración de linderos en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, siendo la pretensión punitiva del Ministerio Público dos años de pena privativa de libertad suspendida y la pretensión de la actora civil por concepto de reparación civil la suma de S/. 200.00 nuevos soles.

2.5. AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Dicta auto de enjuiciamiento contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, identificado con DNI N° 26678730, con domicilio real en Pedro de Lloc de la provincia de Pacasmayo y departamento de la Libertad. Sexo masculino, con fecha de nacimiento 22 de mayo de 1960 de estado civil soltero con grado de instrucción superior completo con domicilio real en el Jr. 13 de diciembre del departamento de Ancash. Acusado como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de Usurpación en la figura de

destrucción o alteración de linderos en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños.

Admitiéndose las pruebas antes mencionadas ofrecidas por el Ministerio Público.

- Dejándose constancia que el actor civil no ha ofrecido medios de prueba alguna.
- Se declara inadmisibile el medio probatorio de la defensa técnica del acusado. La cual ofreció como nuevo, medio de prueba un DC, en la que contenía la filmación de lo sucedido el día de ocurrido los hechos la cual es materia de investigación.
- Se tiene como partes constituidas a las siguientes:
 - a. Parte acusada: Emilio Alejandro Guillermo Felipe.
 - b. Parte acusadora: Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz.
 - c. Actora civil: Teodora Valeriana Marzano Muños.

Fijándose, comparecencia simple, la situación jurídica procesal en la que el acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe, asistirá a juicio oral.

2.5.1. Auto de citación a juicio

Huaraz, el 18 de junio del 2015, mediante la resolución número uno.

En los actuados del presente proceso remitidos por el primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Huaraz, considerando que el delito será materia de conocimiento para este Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz, respecto del acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe, es por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Usurpación – Destrucción o alteración de linderos tipificado en el inciso 1 del artículo 202° del Código Penal, en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños. En consecuencia, el juzgado es competente en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 28° del Código Procesal Penal, la medida de coerción del acusado es de comparecencia simple; se comprende como actor a la parte agraviada. Lo que se resuelve citar a juicio oral, en la presente causa penal, para el día martes

quince de setiembre del dos mil quince a horas tres de la tarde, en la sala número N° 03 de Audiencia del Módulo Penal Central ubicada en la Plaza de Armas S/N de la Provincia de Huaraz.

Emplazándose a las siguientes personas para que concurra de manera obligatoria al juicio oral, considerando los domicilios fijados en el auto de enjuiciamiento:

- Al acusado: Emilio Alejandro Guillermo Felipe.
- Al abogado defensor: Alcides Alarcón Paucar.
- Al representante del Ministerio Público: Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz.
- A la parte agraviada: Teodora Valeriana Marzano Muños.
- A los testigos: Gregorio Jorge Gantu Marzano y Carlos Alberto Gantu Marzano y Javier Andrés Guerrero Tamariz.

2.6. ETAPA DEL JUICIO ORAL

2.6.1. Desarrollo del juicio oral

En la ciudad de Huaraz siendo las once y treinta de la mañana del día treinta de diciembre del dos mil quince, en la Sala de Audiencias N° 03 se constituye el señor juez a cargo del Segundo Juzgado Penal Unipersonal, asistido de un especialista de audio, el cual da por instalado la Audiencia de juicio oral en el proceso asignado con el número 29-2014-67 seguido contra el acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe. Por el delito contra el patrimonio – usurpación en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños.

2.6.2. Verificación de los intervinientes

- ✓ Representante del Ministerio Público.
- ✓ Defensa técnica de la agraviada.
- ✓ Abogado del imputado.
- ✓ El acusado.

2.6.3. Alegatos de apertura

La representante del Ministerio Público refiere que se acusa Emilio Alejandro Guillermo Felipe por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de usurpación en la figura de destrucción o alteración de linderos en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, la cual señala la agraviada que el día 11 de agosto del 2013 siendo las 08:00 horas aproximadamente, cuando se constituía a una reunión vecinal para la mejora del servicio de agua potable, en el camino vio que la parte acusada se encontraba retirando las piedras del cerco perimétrico que delimita su terreno con la del acusado ubicado en el pasaje Santa Elvira S/N en el barrio de Nueva Florida del distrito de Independencia, por lo que de inmediato fue a pedir apoyo a sus hijos con quienes se produjo una discusión.

2.6.4. Alegatos iniciales del actor civil

En su calidad de agraviada la cual solicitó una reparación civil de S/. 200.00 nuevos soles.

2.6.5. Alegatos iniciales de la defensa técnica del acusado

La cual señala que a través del juicio demostrará la inocencia de su patrocinado.

➤ De la actividad probatoria

- a. Se toma el examen del acusado.
- b. Se toma el examen de la agraviada. En la cual menciona que ésta declarará en quechua, el señor juez señala además que hay impedimento para el examen de la agraviada, en consecuencia, se señala que su examen será el día once de enero del año dos mil dieciséis a horas 08:30 de la mañana debiendo de oficiar el ente competente a efectos que concurra un traductor a la audiencia antes indicada para que se lleve a cabo el examen de la agraviada.
- c. Se toma el examen del testigo Gregorio Jorge Gantu Marzano.
- d. Se toma el examen del testigo Carlos Alberto Gantu Marzano.
- e. Se toma el examen del testigo Javier Andrés Guerrero Tamariz.

2.7. ETAPA FINAL

El señor juez señala que se va a suspender la presente audiencia para el día 11 de enero del 2016 a horas 08:30 de la mañana, debiendo oficiarse al instituto de cultura para el traductor o en su caso atendiendo que en el Juzgado existe personal que entiende el idioma y lo habla que intervenga como traductor para esa fecha haciéndose las coordinaciones correspondientes.

2.7.1. Continuación del juicio oral

Siendo las 08:30 de la mañana del día once de enero del año dos mil dieciséis en la sala de audiencia número 03, se constituye el Señor Juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz asistido por el especialista de audio y en presencia de los intervinientes. El señor juez de conformidad con el artículo 369° del Código Procesal

Penal da por instalada la continuación del juicio oral, con la acreditación de la intérprete Diana Chávez Alva, con DNI N° 43468557, con domicilio real en el Jr. Malambo S/N del distrito de Jangas – provinciade Huaraz. Para tomar las declaraciones de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños.

Procediendo con el desarrollo del juicio oral con la actuación probatoria se va a continuar con la actuación de los medios probatorios se seguirá con las pruebas documentales.

Oralización del acta de inspección técnica policial de fecha 11 de agosto del año 2013, llevada a cabo en el lugar de los hechos y 08 fotografías impresas a colores en original correspondiente a la inspección fiscal llevada a cabo el día 11 de agosto del 2013. Así mismo se oraliza la copia legalizada ante notario público del contrato de compraventa y plano del terreno ubicado en el pasaje santa elvira s/n en el barrio de nueva florida, distrito de independencia, provincia de Huaraz que acredita la titularidad de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños. El mismo que debe ser admitido por ser pertinente, conducente y útil.

Estando en conformidad las partes procesales, el juez señala que va a suspender la presente audiencia para que puedan realizar sus alegatos y puedan reestructurar los mismos, atendiendo a la solicitud que hace el abogado de la defensa. Se suspende la audiencia para el día 18 de enero del 2016 a horas 08:30 de la mañana. Quedando notificados el representante del Ministerio Público, el actor civil, así como también el abogado de la defensa y el propio acusado.

Siendo las 08:30 de la mañana del día 19 de enero del 2016. Siendo las 08:30 de la mañana del día once de enero del año dos mil dieciséis en la Sala de audiencia número 03, se constituye el señor Juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huaraz asistido por el especialista de audio y en presencia de los intervinientes da por

instalada. El señor juez de conformidad con el artículo 369° del Código Procesal Penal da por instalada. La continuación del juicio oral corriéndose traslado al representante del Ministerio Público a efectos de realizar sus alegatos finales.

2.7.2. Alegatos finales

En el que señala que luego de haberse realizado la audiencia de juicio oral donde se ha escuchado a los testigos, como son los hijos de la agraviada, se establece lo siguiente: La teoría del caso del Ministerio Público ha sido probado se ha demostrado los hechos, el primero de ellos, que el acusado se encontraba presente en el lugar de los hechos, el segundo hecho probado es que el cerco perimétrico construido por la agraviada que sirve de límite entre los dos predios se encontraba destruido al momento de los hechos, ello lleva a una consecuencia lógica elemental que es de la destrucción de este cerco perimétrico obviamente ha sido por parte del acusado ya que esta destrucción no podría darse por parte de la agraviada, la segunda consecuencia de eso o un hecho que refuerza esta consecuencia lógica hecha por la destrucción del cerco perimétrico hecho por el acusado, es la riña que se produce con los hijos de la agraviada, justamente a consecuencia de la destrucción que había causado minutos antes.

En consecuencia, ello acredita que se configura el delito de usurpación en la modalidad de alteración y destrucción de linderos.

2.7.3. Alegatos finales del actor civil

Señala que en lo que a él le corresponde, como actor civil debe hacer presente que el delito está plenamente acreditado, y que el acusado ha atendido contra el patrimonio de la agraviada, la pretensión en cuanto a la reparación civil es la suma de S/. 200.00 nuevos soles.

2.7.4. Alegatos finales de la defensa técnica del acusado

Señala que en atención a lo precisado por el representante del Ministerio Público, quien señala que existe un imputado que se encontraba en el lugar de los hechos tal cual se señalan y que hay un cerco perimétrico destruido y también ese lindero y según versión de los propios agraviados se realizó una pelea en ese lugar y ello fue lo que terminó por destruir el muro, si se tiene en cuenta la declaración de la agraviada en este Juzgado ella manifestó que la pelea se había realizado en el mismo muro encima de las piedras y eso pudo haber llevado a la destrucción del muro.

El señor juez, indica que el suscrito debe concurrir al establecimiento penitenciario y llevar a cabo la audiencia con reo en cárcel por lo que no se puede realizar con la redacción de la sentencia y que es necesario también deliberar a fin de emitir una resolución, la misma que se dictará el día 20 de enero del dos mil dieciséis a horas dos y cuarenta de la tarde; quedando notificado las partes para que concurran a audiencia en la misma que se expedirá la sentencia o el fallo que corresponda.

2.8. SENTENCIA CONDENATORIA

De la enumeración de los hechos y circunstancias de la acusación fiscal.

Se tiene como hechos fácticos la denuncia interpuesta por parte de la Sra. Teodora Valeriana Marzano Muños, el día 11 de agosto del 2013 siendo las 08:00 de la mañana aproximadamente mientras se dirigía a una reunión vecinal para el mejoramiento del servicio de agua potable se percató que el imputado se encontraba retirando el cerco de piedras que rodeaba su terreno en compañía de otra persona.

2.8.1. Pretensiones civiles y penales

- a. El Ministerio Público.
- b. Actor civil.
- c. La defensa.

2.8.2. Tramite del proceso

Se desarrolló de acuerdo a los causes y trámites señalados en el NCPP, dentro de los principios y garantías adversariales que informan el nuevo modelo, habiéndose instalado la audiencia, previa observancia de las prerrogativas del artículo 371° del NCPP.

2.8.3. Actuación probatoria

- a. Declaración del acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe.
- b. Declaración de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños.
- c. Declaración del testigo Gregorio Jorge Gantu Marzano.
- d. Declaración del testigo Carlos Alberto Gantu Marzano.
- e. Oralización de las pruebas documentales de la Fiscalía.
 - Acta de inspección técnica policial.
 - Fotografías tomadas el día de los hechos.
 - Copia legalizada del contrato de compra venta.

2.8.4. Fundamentos de la sentencia condenatoria

Calificación jurídica de los hechos, que los hechos incriminados están referidos al delito contra el patrimonio – usurpación, previsto en el numeral 1 del artículo 202° del

Código Penal, la cual prescribe, “el que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo”.

➤ El bien jurídico tutelado

Es el patrimonio más específicamente el pacífico y tranquilo de un bien inmueble como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en ese último caso, siempre indica que la víctima este en posesión del inmueble, si no ha posesión o simple tenencia comprobada objetivamente no es posible de usurpación.

➤ Tipicidad objetiva

La principal diferencia entre un delito de usurpación con las demás figuras que atacan también el patrimonio conformado por los bienes con valoración económica de las personas, radica en que la usurpación ataca la posesión o propiedad sobre los bienes de naturaleza inmueble, es decir solo aquellos bienes que tienen la calidad de inmuebles son susceptibles de usurpación.

➤ Tipicidad subjetiva

Las modalidades de usurpación son de comisión netamente dolosa no cabe la comisión culposa o imprudente, en el supuesto previsto en el inciso 1 del artículo 202° del Código Penal el agente actúa con consciencia y voluntad de alterar o destruir linderos de un inmueble con la intención de apropiarse de todo o en parte de aquel, en ese supuesto aparte del dolo debe verificarse otro elemento subjetivo adicional como es el animus de apropiarse esto es la intención de adjudicarse o adueñarse total o parcialmente del inmueble vecino.

➤ Consumación

Se consuman con la total destrucción o alteración de los linderos que delimita el predio que se pretende adjudicar el sujeto activo. Para perfeccionarse el delito no se requiere que el agente realmente logre apropiarse o adueñarse de todo o en parte de un inmueble. Basta que se acredite que el agente destruyó o alteró los linderos con la firme intención de hacerse dueño del predio.

2.9. DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Presunción de inocencia, este principio del juicio penal constituye la piedra angular de un sistema basado en el pleno respeto a los derechos y garantías individuales; quien imputa un delito debe probarlo a través del proceso penal y mientras esto no suceda se le debe reputar inocencia. La prueba personal, los testigos y peritos es de crucial relevancia en el juicio para consolar o desvirtuar una determinada tesis sea la acusatoria o de la defensa, si un testigo o un testimonio no son acreditados dentro de la audiencia del interrogatorio el juez debe dar fiabilidad al contenido de dicha disposición por lo menos desde un ámbito externo de análisis probatorio, en cualquier proceso penal el acervo probatorio puede estar constituidos por pruebas directas, las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de los hechos probados, no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo.

2.9.1. Hechos probados y no probados

Comisión del delito, está probado que el predio de la agravada Teodora Valeriana Marzano Muños, colinda con el predio del acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe y que entre estos existe un lindero lo que se acredita con la propia declaración del acusado quien en el juicio oral ha señalado que existe un área de aproximadamente de 200 metros

del terreno que ha comprado y que constato la invasión a través de la pared que ellos mismos han levantado en su terreno, ese es

el lindero, agregando más adelante que la pared tiene 1.20 metros de piedra es provisional, ellos mismos lo habían levantado.

Además, está probado que el cerco de piedras que sirve como lindero entre el predio de la agraviada y del acusado el día 11 de agosto del 2013 fue destruido en una parte conforme se acredita en la declaración de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños quien el juicio oral al ser sometida al interrogatorio señaló que el día 11 de agosto del 2013 a las 08:00 de la mañana cuando salía de su casa en dirección a una reunión vecinal para el mejoramiento del agua potable el acusado se acerca al lado de su casa con dos personas más a desatarlo, derrumbar el cerco al lado de piedras en un aproximado de tres metros de largo.

En consecuencia está probado el elemento subjetivo del tipo penal, al querer apropiarse de una parte del predio, ya que el acusado indica que el problema es un aproximado de 200 metros lugar donde se encuentra el lindero y de la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños le invade su terreno con el cerco, sin embargo se debe tener en cuenta que el acusado no ha tomado los mecanismos legales para que se delimite su propiedad, por el contrario en la inspección técnica se ha probado que es la agraviada quien se encuentra en posesión del predio.

Autoría en el delito, está probado que el acusado es el autor del delito, no solo por su presencia física el día y hora de los hechos conforme a lo reconocido por el propio acusado, sino porque conforme lo señala la agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños, identifica al acusado a quien le conoce como su colindante o vecino, y que ha sido este conjuntamente con otra persona destruyó el cerco de piedras con sus manos.

- a. Ausencia de incredibilidad subjetiva, sobre este punto se debe señalar que si bien es cierto tanto el acusado y la agraviada han señalado que existe problemas por sus linderos hace mucho tiempo atrás, no es cierto que ninguno de ellos ha interpuesto hasta antes de estos hechos, denuncias, demandas u otras acciones legales, ni se ha probado la existencia de grescas que no sean las que ventilan en la presente causa.
- b. Verosimilitud, en el caso bajo examen de declaración de la agraviada carece de ambigüedades, más por el contrario ha sido detallada, pormenorizada, coherente y categórica, al sindicarse en juicio oral de manera directa al acusado como la persona que destruyó el cerco o lindero con sus manos, además el relato del testigo está rodeado de corroboraciones periféricas, ya que se tiene el acta de inspección técnica policial del día 11 de agosto del 2011 y las fotografías de la diligencia en las que se puede advertir la destrucción del lindero además.
- c. Persistencia en la incriminación, la agraviada en el juicio oral de manera directa y firme ha sindicado al acusado como la persona que con sus manos y en compañía de otra persona destruyó el cerco, así mismo se tiene de los antecedentes que se formuló la denuncia penal en la comisaría de Monterrey contra el acusado.

2.9.2. Juicio de Subsunción

- a. Tipicidad objetiva. Los hechos así descritos encuadran objetivamente en la figura típica del delito de Usurpación previsto en el numeral 1 del artículo 202° ya que el día 11 de agosto del 2013 para apropiarse de una parte del inmueble de la agraviada en un aproximado de 200 metros destruyó el lindero que separa el predio de la agraviada y del predio del acusado.

- b. Tipicidad subjetiva. Se ha probado así mismo el proceder doloso del acusado, ya que este último señala que el problema de linderos es de aproximadamente 200 metros y que el cerco de la agraviada tendría aproximadamente 2 años, además el acusado no ha recurrido a las autoridades para solucionar el problema y menos se ha acreditado en juicio que el cerco se encuentra dentro del área de su predio.
- c. Antijuricidad. El comportamiento del acusado de destruir el lindero, se encuentra evidentemente proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, además no existe otro móvil ni justificación para su accionar, este comportamiento evidentemente antijurídico en el plano formal y material no ha tenido causa de justificación alguna, bajo las que su injusto actuar pueda excluirse o atenuarse mereciéndose por tanto la sanción penal.
- d. Culpabilidad. Debemos señalar asimismo que durante el desarrollo del juicio oral se ha comprobado que el acusado es persona mayor de edad, responsable de sus actos y en pleno uso de sus facultades mentales, quienes al momento de los hechos se han encontrado conscientes de los alcances de su comportamiento, por lo que tales actos le son igualmente imputables penalmente.

2.10. DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Es un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar el modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso sub iudice, esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, la medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso.

La pena básica o la pena conminada del delito de usurpación conforme al artículo 202° inciso 1 del código penal no es menor de dos ni mayor de cinco años de pena privativa

de la libertad donde el tercio inferior va de dos o tres años, el tercio intermedio va de tres a cuatro años y el tercio superior va de cuatro a cinco años.

Para determinar la pena concreta debemos tener en cuenta que no se ha alegado la presencia de circunstancias agravantes genéricas, así como no está acreditado en el proceso que el acusado no tenga antecedentes, por lo que es de aplicación a la circunstancia atenuante genérica prevista en el artículo 43.1 a) del Código Penal por lo que la pena se establece en el tercio inferior.

2.11. DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

En el caso de acuerdo al examen se ha podido probar que el accionar del acusado a conllevado a la destrucción de una parte del lindero por lo que se advierte la presencia de daño emergente, siendo la lógica consecuencia que la agraviada tenga que arreglar el lindero, por lo que es proporcional que se fije como reparación civil la suma de doscientos nuevos soles.

2.11.1. Fundamentos del carácter suspensivo de la pena

Que en el caso bajo examen es posible aplicar la opción legislativa prevista en el artículo 57° del Código Civil, sobre la ejecución de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que no se extiende a las demás penas principales y accesorias y menos a la reparación civil, esta última como es obvio no es una pena ni está dentro de los límites del ius peniendi del estado.

Se verifica en el caso sub examen que la condena a imponer no es mayor de cuatro años de pena privativa de libertad y desde el criterio preventivo general se advierte que la naturaleza del delito no importa alarma social, asimismo la personalidad del agente quien es una persona que se dedica a la actividad lícita, no tiene antecedentes, hace prever que la finalidad de resocialización puede cumplir su cometido estando en

libertad el imputado; sin embargo es necesario imponerse reglas de conducta que le impedirán cometer otro delito.

Debe dejar sentado el juzgado que el plazo de la pena privativa de libertad es un plazo distinto del plazo de suspensión de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 57° in fine del código penal, estableciendo de uno a tres años, por consiguiente, el juzgado ha considerado la suspensión por el plazo de un año. Por estas consideraciones y normas glosadas, administrando justicia a nombre de la nación.

2.12. PARTE RESOLUTIVA

Condenar al acusado Emilio Alejandro Guillermo Felipe identificado con DNI N° 26678730 de sexo masculino, nacido el 22 de mayo de 1960 en el Distrito de San Pedro de Lloc, provincia de Pacasmayo, departamento de la Libertad, de 53 años de edad de estado civil soltero, con domicilio real en el Jr. 13 de diciembre cuadra 7 segundo piso frente a vita gas, Huaraz. Como AUTOR del delito contra el Patrimonio Usurpación, previsto en el artículo 202° inciso 1 del Código Penal. A dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de un año, bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

Además, se le fija una reparación civil en la cantidad de doscientos nuevos soles que deberán ser pagados a favor de la parte agraviada Teodora Valeriana Marzano Muños.

2.13. SEGUNDA INSTANCIA

2.13.1. Apelación de sentencia

Conforme prescribe el artículo 290° del texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al amparo de lo prescrito en el artículo 401°, inc. 1 en concordancia con el artículo 405° del Nuevo Código Procesal Penal, se interpone recurso de

apelación contra la sentencia, emitida en el presente expediente con fecha 27 de enero del 2016, por todos los extremos que condena a la persona de Emilio Alejandro Guillermo Felipe.

2.13.2. Fundamentos de la pretensión impugnatoria

El imputado menciona a lo largo del proceso que se le sigue por el delito contra el patrimonio – usurpación, que en ningún momento ha perpetrado los hechos del cual se le imputa, si no que él fue a reclamar a la supuesta agraviada el porqué de la construcción del muro en parte de su propiedad. Además, que son ellos los que lo agredieron al mencionado imputado causándole lesiones en el cuerpo, para que finalmente sea procesado y condenado.

A lo largo de la investigación se prevé que hay contradicciones entre la supuesta agravada y sus hijos ya que menciona que uno de ellos estaba peleando con el presunto imputado y que debido a esa pelea se cayeron las piedras. Por tanto, lo que menciona el imputado es que solo fue a reclamar a la agraviada el porqué de la construcción del muro, mientras que la agraviada menciona en sus versiones que vio el imputado que estaba retirando las piedras del muro.

En consecuencia, no se ha podido determinar las causas o consecuencias en cómo se podrían haber caído las piedras. Resolución N° 7 de fecha 4 de marzo del 2016 se concede el recurso de apelación interpuesta por el abogado imputado.

2.13.3. Acta de audiencia de apelación de sentencia condenatoria

La Sala Superior Penal mediante Resolución número 6 de folios 67 y siguientes de fecha 22 de enero del 2016, falla condenando a Emilio Alejandro Guillermo Felipe por el delito contra el patrimonio – usurpación en la modalidad de destrucción alteración

de linderos en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños, a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de un año de prueba de un año, sujeto a reglas de conducta y la suma de doscientos soles de reparación civil.

2.13.4. De la imputación penal

Mediante el requerimiento fiscal acusatorio, formulado por la tercera fiscalía provincial penal corporativa de Huaraz, bajo tenor de la siguiente. Que el día 11 de agosto del 2013 siendo las 08:00 de la mañana aproximadamente, mientras la presunta agraviada se dirigía a una reunión vecinal para el mejoramiento del servicio de agua potable se percató que el imputado Emilio Alejandro Guillermo Felipe, se encontraba retirando las piedras que sirven de cerco entre el terreno del imputado y de la agraviada haciendo uso de un palo y en compañía de otra persona.

2.13.5. Del delito de usurpación

Los hechos objeto de acusación fueron calificados jurídicamente en el inciso del artículo 202° del Código Penal en el cual prescribe “será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años; el que para apropiarse de todo o en parte de un inmueble destruye altera los linderos del mismo”.

2.13.6. Del caso específico

En audiencia de apelación de sentencia cuyo registro se efectuó mediante acta de folio 110, asistieron el fiscal de la segunda fiscalía superior penal, la defensa técnica tanto de la parte agraviada como la del acusado quienes a su turno expusieron:

- a. El abogado defensor, en representación del sentenciado, alegó que no se acreditó el delito que se le atribuye a su defendido, además resaltó a favor de su tesis absolutoria las incongruencias entre la declaración de la agraviada y los testigos.

- b. El fiscal ratificó la realización del delito de Usurpación, acotó que se acreditó la existencia de conflicto sobre una parte del terreno, la destrucción del cerco y la declaración de la agraviada satisface los criterios de certeza que exige el acuerdo plenario N° 02-2005/CJ-116.
- c. En definitiva, el abogado del actor civil alegó que los argumentos del encartado carecen de sustento y considera proporcional el monto de reparación civil.

A la luz del desarrollo que precede con carácter previo cabe precisar a tenor del artículo 409° y 419° del Código Procesal Penal, que la superior sala en virtud de la imputación interpuesta por el apelante, examina la recurrida tanto en la declaración de los hechos cuando en la aplicación del derecho vinculado a la realización típica del delito sub examine.

En efectos no cualquier conducta puede ser reputada típica; ya que la determinación del comportamiento típico merecido y necesitado de pena no puede ser cualquiera sino requiere que sea jurídicamente desaprobado, que realmente lesioné el interés jurídico penalmente tutelado.

En tal virtud el juicio de desvalor de la conducta prohibida bajo examen, requiere en primer orden superar la tipicidad, verificándose para tal fin el elemento objetivo y subjetivo que la dimensiona en ese sentido; la vertiente objetiva se satisface cuando el agente a fin de apropiarse total o parcialmente de un bien inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. En la vertiente subjetiva, se concreta cuando el autor dirige de forma consciente su accionar delictivo para destruir, modificar o alterar los linderos del predio vecino. No basta la mera constatación de la acción misma de destrucción o alteración de lindero sino debe establecerse el fin que motivó la conducta, esto es, apropiarse de un bien inmueble.

Ahora bien, conforme a lo señalado en el tipo penal de usurpación en su figura de

alteración o destrucción de linderos, tan igual que cualquier otro tipo penal, requiere la satisfacción de una parte objetiva y otra subjetiva como presupuestos de punición en esta labor debe encaminarse la actuación probatoria a fin de acreditar cada extremo, así a través de la primera el suceso fáctico que debe satisfacer los elementos descriptivos y normativos del tipo, mientras que la segunda, la particular energía criminal que se imprimió en la realización del mismo que en buena cuenta demostrará si los hechos acontecieron a título de dolo o culpa.

En este punto cabe precisar que la mera constatación de la destrucción o alteración de linderos no satisface la tipicidad del tipo bajo escrutinio, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo VII del Código Penal proscribiera cualquier expresión de responsabilidad por hecho ajeno.

Lo dicho se tiene que en circunstancias que la agraviada se dirigía a una reunión vecinal para el mejoramiento del agua potable y vio que el imputado se encontraba retirando las piedras que sirven de cerco entre el terreno de este y aquella, haciendo uso de un palo, del mismo se desprende que el único testigo presencial de los hechos viene a ser la referida agraviada, declaración que tiene virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del encausado siempre y cuando supere el análisis riguroso de los requisitos de certeza ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia de la incriminación.

Para ser considerada prueba de cargo, caso contrario se reputa mera sospecha en ese extremo resulta patente el *vicio in iudicando*, en el que incurre *a quo*, supuesto que requiere corrección.

En efecto los requisitos de certeza consistentes en: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud y c) persistencia en la incriminación, debe contener la sindicación del agraviado, sea que se trate de un único testigo o no, son objetos de

desarrollo en el acuerdo plenario N° 02-2005/CJ-116, bajo el siguiente tenor, tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se advierten razones objetivas que invaliden su afirmación.

La ausencia de incredulidad subjetiva, que exige que la posición no obedezca a motivos espurios, esto es, no se brinde en el contexto de relaciones basadas en el odio, resentimiento o enemistad, en este punto *a quo* asume por no acreditado este extremo por no haberse recabado documental referida a denuncias demandas u otras acciones. En tanto a la verosimilitud, que no solo exige coherencia y solidez de la declaración, sino debe estar rodeada de datos objetivos que la corroboren, se tiene que la sindicación de la agraviada carece de coherencia ya que si bien confiere que el imputado con su mano destruía el cerco, dicha imputación no tiene correlato con los hechos descritos por el fiscal quien precisó que las piedras del cerco eran retiradas con un palo, extremo que no ha sido ratificado por el contrario ha sido variado, aunado a ello se tiene que dicha imputación no está rodeada de datos objetivos que la corroboren.

En cuanto a la persistencia se tiene que el relato incriminador no se ha mantenido firme durante todo el proceso, ya que desde la denuncia verbal efectuada por la agraviada el 11 de agosto del 2013 que contiene el informe N° 144-2013-REGNOPOR-DIRTEPOL-A-DIVPOS-H/CRPNP-MONTERREY y que fuera acogida por el representante del Ministerio Público para establecer los hechos objetos de imputación, en el extremo que permite establecer que el acusado haya destruido el lindero, se verifica sustancial modificación en la medida que primero se refirió que la destrucción del lindero se efectuó con un palo luego se cambia la versión haciendo mención se

realiza la destrucción del cerco con las manos.

En tal orden de argumentos cabe concluir que la imputación encamina a atribuir al acusado la destrucción del lindero que delimita la propiedad de este con la de la agraviada no ha sido debidamente acreditado mediante medio probatorio idóneo, en tal estado de cosas, la presunción de inocencia que le asiste al no ser desvirtuada impone su absolución especialmente se tiende en cuenta, que la sindicación de la agraviada carece de entidad para ser considerada prueba válida de cargo por adolecer de los requisitos de certeza, a ello se suma que si bien la incriminación también puede sustentarse en indicios, estas deben satisfacer las exigencias descritas por la Corte Suprema en el recurso de nulidad N° 1912-2005, por ello no acontece en actuados, ya que si bien se acreditó la semidestrucción del muro de piedras, sin embargo no se acreditó que ello haya sido consecuencia de la conducta del referido acusado, en el entendido que no se evidencian indicios plurales, menos alguna de especial fuerza acreditativa que permita arribar a dicha conclusión, tampoco se evidencia aquellas concomitantes o imbricados aquella por el contrario se verificó indicios que excluyen la tesis acusatoria.

En torno a la reparación civil en supuestos de sentencia absolutoria requiere acreditarse no solo el hecho dañoso sino también es necesario verificar su tipicidad objetiva y la ausencia de justificación. En el caso concreto se verificó que no se ha satisfecho el ámbito de la tipicidad por lo que no corresponde la fijación de la reparación civil.

Por lo tanto, se toma la decisión, por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por los jueces superiores que conforman la sala penal de apelaciones, por unanimidad. Declaración fundado el recurso de apelación interpuesto por Emilio Alejandro Guillermo Felipe, mediante escrito de folios 88, en consecuencia, revocaron la sentencia contenida en la resolución número seis del 22 de enero del 2016, que

condenó a Emilio Alejandro Guillermo Felipe por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Usurpación en su figura de destrucción o alteración delinderos en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año y la suma de 200 soles de reparación civil con lo demás que contiene y reformándola absorbieron de la acusación fiscal a Emilio Alejandro Guillermo Felipe por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de usurpación en su figura de destrucción o alteración de linderos en agravio de Teodora Valeriana Marzano Muños.

Dispusieron que en ejecución de sentencia se anulen los antecedentes generados contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe a causa del presente proceso y archívese en forma definitiva.

Ordenaron la devolución de actuados al Juzgado de Origen, cumplido que sea el trámite en esta instancia para su ejecución.

III JURISPRUDENCIA

- La Sala Penal permanente de la Corte Suprema estableció como doctrina a la jurisprudencia vinculante en la casación N° 259-2013 Tumbes. Primero estableció en línea de interpretación vinculante a todos los jueces de la república que la violencia a que hace alusión el artículo 202° del Código Penal debe de ser interpretada en el sentido que ésta recae sobre las personas y las cosas pues se da el caso que al momento de la comisión del delito de usurpación no necesariamente se encuentra presente el poseedor y al no estar presente no sería posible violentarlo y si no hay violencia no podría subsumirse la conducta al hecho porque no habría violencia, empero, para cometerse el delito se violenta o despliega fuerza física sobre la puerta, ventana, pared, etc., cosas que impidan el acceso al bien inmueble a despojar.

- Sala Penal de Tacna en el expediente N° 5041-98. Establece como jurisprudencia: el despojo total o parcial de la posesión o tenencia de un derecho real como es la servidumbre, debe producirse bajo los supuesto de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; consecuentemente al no haberse probado el núcleo de la configuración del delito de usurpación, el despojo en los supuestos antes mencionados, de ninguna manera cabe imponerse una sentencia condenatoria, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico, faculta al perjudicado a recurrir a la vía interdictal para recuperar la posesión que venía ostentando.

- Expediente N° 6673-97-Lima señala que para la configuración del tipo penal previsto en el artículo 202° del texto punitivo, se requiere del abuso de confianza abarque el dolo del sujeto activo, que al respecto la doctrina moderna señala que el abuso de confianza es el uso ilícito que hace el depositario de la confianza recibida, la confianza presupone un hecho anterior caracterizado por la existencia de un vínculo directo o indirecto entre los sujetos. De ahí que el agente aprovechando esta relación, ejecuta maniobras que le permiten ocupar el inmueble o en caso de haberlo hecho ya, en mérito a la confianza pretenda quedarse con él.

- Expediente N° 3536-98-Junín la Corte Suprema menciona que el delito de Usurpación no solo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble, sino propiamente el ejercicio de facultades que tiene su origen en derechos reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por algunos de los modos señalados en la descripción típica del artículo 202° de Código Penal.

IV. CONCLUSIONES

- Para formular acusación fiscal por el delito contra el Patrimonio – Usurpación en la modalidad de alteración y destrucción de linderos contra Emilio Alejandro Guillermo Felipe, primero se debió recabar los fundados y graves elementos de convicción que lo vinculaban con el ilícito penal, puesto que en las declaraciones de los presuntos agraviados se encuentran una serie de incongruencias.
- En la presunta comisión del delito contra el patrimonio, después de que esta fuera materia de denuncia por parte de la agraviada; el Fiscal encargado debió de hacer las investigaciones en función a sus atribuciones y no a supuestas declaraciones llenas de incongruencias ya que eso en cierta medida lleva a que no se identifique plenamente quien o quienes vendrían a ser los presuntos implicados.
- Para que se configure el delito de usurpación se tiene que tener en cuenta que el agente que cometerá el ilícito penal debe de tener dos vertientes tanto objetiva como subjetivamente, la cual no solo se basa en determinar la destrucción, sino también qué es lo que le motivó para destruir y apoderarse de un bien inmueble.
- Para que el Juez de primera instancia emita una resolución condenando al presunto imputado debió de tipificar bien el delito puesto a que en la investigación preparatoria se menciona que se le está atribuyendo el inciso 1 del Art. 202°, la cual el juez lo modifica tipificándolo con el inciso 3 del mismo, por el cual en la resolución en la resolución de condena se debió tener en cuenta este incidente.

- En la sentencia de segunda instancia luego de formular recurso de apelación de sentencia y haciendo un análisis concreto del caso y no haber encontrado los elementos de convicción suficientes y también habiendo encontrado una serie de incongruencias en las declaraciones de los presuntos agraviados, se emite una resolución a segundas instancias la cual ordena su absolucióndel imputado y eliminar sus antecedentes penales. Del análisis general se determina la deficiente investigación del Ministerio Público,por el que se dilató sin que al final existan responsables de una presunta comisión delictiva.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Avendaño, J. (2011). *Código Civil Comentado- Derechos Reales V*. Gaceta Jurídica.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General* (2nd ed.). Hammurabi.
https://www.academia.edu/9191829/Bacigalupo_Enrique_Derecho_Penal_Parte_General
- Benites, S. (1959). *Derecho Penal Peruano. Comentarios a la Parte Especial* (2nd ed.).
Guardia Civil.
- Bramont, L., & Arias, L. (2001). *Código Penal Anotado*. Editorial San Marcos.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas- Derecho Penal Parte General*. ARA Editores.
- Cafferata, J. (1998). *La Prueba en el Proceso Penal* (3rd ed.). Depalma.
- Donna, E. (2016). *Derecho penal parte especial- Tomo II*. RUBINZAL Y ASOCIADOS S.A.
- Fontan, C. (1943). *Derecho Penal. Parte Especial*.
- Gonzales, A. (2010). *Efectos jurídicos de la imputación en el proceso penal acusatorio*.
Acusación, Preclusión, Oportunidad y Negociación. LEYER.
- Hurtado, J. (2005). *Derecho Penal Parte General* (3rd ed.). Grijley.
- Lafaille, H. (1947). *Derecho Civil IV- Tratado de los Derechos Reales II*. La Ley.
- Liebman, E. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas.
- Mezger, E. (1998). *Derecho penal. Parte especial*. Cultura S.A.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Barcelona.
- Muñoz, F. (2002). *Derecho Penal Parte General*.
- Ore, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- Pegoraro, J. (1999). *El sistema penal frente a los delitos del poder y la autoridad*. Universidad
del Litoral.
- Peña, A. (2011). *La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera, A. (2009). *Exégesis, Nuevo Código Procesal Penal* (2nd ed.). Editorial Rodhas.
- Peña, R. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Grijley.

Salas, C. (2011). *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica.

Salazar, B. (2019). *CARACTERIZACIÓN DEL PROCESO PENAL SOBRE EL DELITO*

CONTRA EL PATRIMONIO EN LA MODALIDAD HURTO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA, EXPEDIENTE N° 01743-2016-67-0201-JR-PE-01, JUZGADO PENAL UNIPERSONAL TRANSITORIO DE HUARAZ, DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH-PERÚ, 2018 [ULADECH].

http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/23082/HURTO_AGRAVADO_SALAZAR_RODRIGUEZ_BETTSI_BANESA.pdf?sequence=1

Salinas, R. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Grijley.

Salinas, R. (2015). *Delitos contra el Patrimonio*. Instituto Pacífico.

San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley.

Sánchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. IDEMSA.

Vela, S. (1991). *Culpabilidad e Inculpabilidad Teoría del Delito*. Trillas.

Villa, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. ARA.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Grijley.

Yataco, J. (2008). *El Sistema Acusatorio en el Nuevo Código Procesal Penal*.

http://portal.mpfm.gob.pe/ncpp/files/dfbaaa_articulo dr. rosas yataco.pdf

Zaffaroni, E. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. EDIAR.

[https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual de Derecho Penal Parte General \(Ed 2 2006\) \(1\).pdf](https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual de Derecho Penal Parte General (Ed 2 2006) (1).pdf)

Zolezzi, L. (1999). *La teoría general del proceso*. Derecho PUCP. <https://doi.org/10.18800>