

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



INFORMES PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

EXPEDIENTE PENAL : N° 00570-2015-0-0201-JR-PE-01

MATERIA : VIOLACION SEXUAL – ACTOS CONTRA EL PUDOR

EXPEDIENTE CIVIL : N° 01170-2003-0-0201-JM-CI-2

MATERIA : RESOLUCION DE CONTRATO

AUTORA:

Bach. AZUCENA FLOR REYES PRUDENCIO

ASERORA:

Magister: LOLA AURORA SOLORIZANO VIDAL

Huaraz-Ancash-Perú

2018



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

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

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: **REYES PRUDENCIO AZUCENA FLOR**

Código de alumno: 071.1016.180 Teléfono: 928393982

Correo electrónico: marycielo_fe@hotmail.com DNI o Extranjería: 46810720

2. Modalidad de trabajo de investigación:

- Trabajo de investigación Trabajo académico
 Trabajo de suficiencia profesional Tesis

3. Título profesional o grado académico:

- Bachiller Título Segunda especialidad
 Licenciado Magister Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

Expediente Penal : N° 00570-2015-0-0201-JR-PE-01.

Materia : Violación Sexual – Actos Contra el Pudor

Expediente Civil : N° 01170-2003-0-0201-JM-CI-2.

Materia : Resolución de contrato.

5. Facultad de: Derecho y Ciencias Políticas

6. Escuela, Carrera o Programa: Derecho

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: **SOLORZANO VIDAL LOLA AURORA** Teléfono: 943030073

Correo electrónico: lsv.180@hotmail.com DNI o Extranjería: 31652634

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

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

Firma: 

D.N.I.: 46810720

FECHA: 03 / 12 / 12

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a Dios por guiarme por el buen camino, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento

A mi familia; mis padres y hermanos, por su apoyo, comprensión, consejos y amor, por haberme brindado todas las facilidades dentro de sus posibilidades, para lograr este objetivo.

Y gracias también a mi esposo e hija, por ser hoy mi fuente de vida, inspiración y amor.

La Bachiller.

INDICE

DEDICATORIA	ii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE	ix
CAPITULO I: RESUMEN DEL EXPEDIENTE	1
1. INVESTIGACION PRELIMINAR Y PREPARATORIA	1
1.1. Constitucion De Actor Civil	3
2. ETAPA INTEMEDIA	4
2.1. Control De Acusación	12
3. ETAPA DE ENJUICIAMIENTO O JUICIO ORAL.	14
3.2. Sobre La Actuacion De Los Medios Probatorios	17
4. SENTENCIA	22
5. RECURSO DE APELACIÓN	23
5.1. Inicio De Audiencia De Apelacion De Sentencia Condenatoria	27
6. ACTA DE AUDIENCIA DE LECTURA DE SENTENCIA DE VISTA	28
CAPITULO II: MARCO TEORICO	29
1. PARTE SUSTANCIAL	29
1.1. El Delito	29
1.1.1. Concepto de Delito:	29
1.1.2. Categorías del Delito:	31
1.1.3. Fases del Desarrollo del Delito:	33
1.2. Teoría Del Delito	36
1.2.1. Tipicidad y Atipicidad:	36
1.2.2. Concurso real de delitos:	36

1.2.3. Concurso ideal de delitos:	37
1.2.4. Acción típica:	37
1.2.5. Ausencia de acción:	38
1.2.6. Sujetos:	38
1.2.7. Bien jurídico:	38
1.2.8. Tipicidad subjetiva:	38
1.2.9. Ausencia de dolo error de tipo:	40
1.3. Autoria Y Participación	40
1.3.1. Autoría:	41
1.3.2. Participación:	46
1.4. Tentativa	47
1.4.1. Elementos de la Tentativa:	48
1.4.2. Clases de Tentativa:	49
1.4.3. Desistimiento y Arrepentimiento en la Tentativa	50
1.4.4. Tentativa Idónea	50
1.5. Violacion Sexual	51
1.5.1. Bien Jurídico Tutelado:	51
1.5.2. Tipicidad Objetiva:	54
1.5.3. Tipicidad Subjetiva:	58
1.5.4. Causas de justificación:	59
1.5.5. Consumación:	62
1.6. ACTOS CONTRA EL PUDOR	65
1.6.1. Tipo Penal:	65
1.6.2. Tipicidad Objetiva	66
1.6.3. Circunstancias agravantes	70

1.6.4. Bien jurídico protegido	76
1.6.5. Sujeto activo:	77
1.6.6. Sujeto pasivo:	77
1.6.7. Tipicidad Subjetiva:	78
1.6.8. Antijuricidad:	78
1.6.9. Culpabilidad:	79
1.6.10. Tentativa y Consumación:	79
1.6.11. Penalidad:	80
2. PARTE PROCESAL	81
2.1. Investigación Preparatoria:	81
2.1.1. Características:	81
2.1.2. Finalidad	82
2.1.3. Dirección de la Investigación:	83
2.1.4. Función del Juez de la Investigación Preparatoria:	85
2.1.5. Atribuciones:	86
2.1.6. Diligencias Preliminares:	87
2.1.7. Conclusión de las Diligencias Preliminares:	88
2.2. La Etapa Intermedia	90
2.2.1. Acusación Fiscal:	94
2.2.2. Requerimiento Fiscal Mixto:	96
2.2.3. Objeción de los Demás Sujetos Procesales:	97
2.2.4. Aceptación de Hechos y Acuerdos Probatorios:	98
2.2.5. Audiencia Preliminar:	99
2.2.6. Participantes:	99
2.2.7. Debate:	100

2.3. Etapa De Juicio Oral	101
2.3.1. La Preparación del Debate:	102
2.3.2. Lugar del Juzgamiento:	104
2.3.3. Instalación de la audiencia:	104
2.3.4. Ubicación de las partes en la audiencia	105
2.3.5. Desarrollo del Juicio:	105
2.3.6. Lectura de la sentencia (Art. 396°)	115
CAPITULO III: IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS	116
1. PROBLEMAS DE FONDO:	116
1.2. Problemas Accesorios:	116
1.3. Problema Principal:	119
2. PROBLEMAS DE FORMA:	119
2.1. Problemas Accesorios:	119
2.2. Problema Principal:	123
CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS:	124
V. CONCLUSIONES:	128
VI. BIBLIOGRAFÍA:	129

RESUMEN

Siendo el día 30 de agosto del 2014, la agraviada y su esposo participaron de una actividad deportiva, donde libaron licor hasta la ocho y treinta de la noche; al retirarse hacia el paradero al no encontrar movilidad se dirigieron a la cantina, donde se presenta al acusado Jhonny Edwin Lomote Chiquian con quien libaron; luego abordan la misma movilidad y cuando llega a Quillash donde está la vivienda de la agraviada, esta se baja de la movilidad junto con su esposo, haciendo lo mismo el acusado y le suplica al esposo de la agraviada que le permitan quedarse en su domicilio, aceptándole ingresan y cuando la agraviada ya dormía en su habitación junto con su esposo, siente que alguien estaba en su encima y tapándole la boca con fuerza empieza a besarle la boca, cuello y senos y estando encima de la agraviada la manosea, incluso ya no tenía su ropa interior y demás prendas cuando se da cuenta que no era su marido, prende la luz ve al acusado quien tenía el pantalón abajo y salió del cuarto; luego la agraviada salió a pedir auxilio, retorna e intenta despertar a su esposo quien seguía durmiendo, luego fue en busca de su madre con quien regresaron a despertar a su esposo para luego realizar la denuncia correspondiente ante la comisaria del lugar.

Siendo así, se iniciaron con las investigaciones correspondientes que llevo consigo a la emisión de una sentencia de primera instancia condenatoria, pero el imputado interpone el recurso de apelación, consecuentemente la sala penal resuelve revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y reformándola absuelven al procesado Jhonny Edwin Lomote Chiquian

PALABRAS CLAVES: Violación sexual, actos contra el pudor, actor civil, sobreseimiento, tentativa, sentencia, auto, vistos, apelación, sentencia de grado.

ABSTRACT

On August 30, 2014, the aggrieved and her husband participated in a sports activity, where they liquor until eight and thirty at night; when they retired to the whereabouts when they did not find mobility, they went to the canteen, where the defendant Jhonny Edwin Lomote Chiquian was presented with whom they freed; then they approach the same mobility and when it arrives in Quillash where the aggrieved's house is, she gets out of the mobility together with her husband, the accused doing the same and begs the husband of the aggrieved to be allowed to stay at home, accepting him they enter and when the aggrieved one already slept in her room together with her husband, she feels that someone was on her and covering her mouth with force begins to kiss her mouth, neck and breasts and being on top of the aggrieved man, even no longer she had her underwear and other clothes when she realizes that she was not her husband, turns on the light, sees the defendant who had the pants down and left the room; then the victim went to ask for help, returns and tries to wake up her husband who was still sleeping, then went in search of his mother with whom they returned to wake up her husband and then make the corresponding report to the local police station. That being the case, they began with the corresponding investigations that led to the issuance of a sentence of first instance conviction, but the accused filed the appeal, consequently the criminal chamber decided to revoke the first instance conviction and reforming it acquitted the defendant Jhonny Edwin Lomote Chiquian

KEYWORDS: Sexual rape, acts against modesty, civil actor, dismissal, attempt, sentence, order, sight, appeal, sentence of degree

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

EXPEDIENTE PENAL:

N° 00570-2015-0-0201-JR-PE-01

IMPUTADO:

Jhonny Edwin Lomote Chiquian

AGRAVIADA:

H.Y.R.L

MATERIA:

Violacion Sexual - Actos Contra el Pudor.

INSTANCIA:

Juzgado Penal Unipersonal Transitorio de Huaylas.

CAPITULO I: RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1. INVESTIGACION PRELIMINAR Y PREPARATORIA

Que, el día 30 de agosto del 2014, la agraviada y su esposo participaron de una actividad deportiva en la I.E. Santa Inés de Yungay, donde libraron licor junto con otras personas hasta la ocho y treinta de la noche; al retirarse hacia el paradero al no encontrar movilidad se dirigieron a la cantina ubicado al frente del paradero, donde se presenta al acusado Jhonny Edwin Lomote Chiquián con quien comparten unos vasos de cerveza; luego abordan la misma movilidad recorriendo el mismo camino y cuando llega a Quillash donde está la vivienda de la agraviada, esta se baja de la movilidad junto con su esposo, haciendo lo mismo el acusado y le suplica al esposo de la agraviada que le permitan quedarse en su domicilio hasta el amanecer, aceptándole le hace ingresar a su domicilio y cuando la agraviada ya dormía en su habitación junto con su esposo, aproximadamente a la media noche siente que alguien estaba en su encima de ella y tapándole la boca con fuerza empieza a besarle la boca, cuello y senos y estando encima de la agraviada la manosea con sus manos y uñas, por un tiempo de tres minutos aproximadamente, incluso ya no tenía su ropa interior y demás prendas cuando se da cuenta que no era su marido si no el acusado lo empuja, prende la luz ve al acusado tenía el pantalón abajo y salió del cuarto, mientras ella tenía la blusa remangada y su pantalón hasta la rodilla; luego la agraviada salió a pedir auxilio, retorna e intenta despertar a su esposo quien seguía durmiendo, luego fue en busca de su madre con quien regresaron a despertar a su esposo para luego realizar la denuncia correspondiente ante la comisaria del lugar.

El día 31 de agosto de 2014, siendo las 06:30 horas aproximadamente, se llevó a cabo la CONSTATAION POLICIAL, en el cual se intervino a Jhonny Edwin Lomote Chiquian, quien vestía con las prendas que la agraviada describió, acto seguido se le hizo de conocimiento los hechos materia de la denuncia y se procedió a la lectura de sus derechos, dirigiéndolo así a la comisaria.

Siendo el día 04 de noviembre del año 2014, se realizó la constatación fiscal, donde se corrobora el relato de los hechos denunciados.

Mediante el certificado Médico Legal N° 001197-EIS, se determinó que la agraviada presenta equimosis en cuadrante supero interno e mama derecha, equimosis rojizas de características unguealas en el epigastrio derecho, equimosis rojizas de características unguealas en el tercio proximal y medio de cara anterior del muslo derecho, equimosis rojizas de características unguealas a nivel de flanco y fosa iliaca izquierda, y lesiones extra genitales ocasionadas por agente contuso; así mismo el certificado Medio Legal N° 001198-EIS, que se le realizo al imputado, se determinó que presenta varias escoriaciones y equimosis.

Cuando se hizo la toma de manifestación del imputado, reconoce haber libado licor en el Centro Educativo “Santa Inés”, pero que no recuerda nada de los hechos denunciados; en cambio la agraviada en su declaración a nivel fiscal, corrobora y mantiene su versión de los hechos.

El protocolo de la pericia psicológica determino, que la agraviada presenta indicadores de afectación emocional compatibles a evento traumático de tipo sexual;

aunque mediante el informe pericial N° 001240-2014-PSC, concluye que no se observaron espermatozoides en la agraviada.

De la declaración testimonial de Placido Fausto Prudencio Montañez, esposo de la agraviada quien expuso los hechos relatado por la agraviada hasta el momento en el que se retiraron a su habitación a descansar.

De la declaración de Carlos Emilia Milla Flores, teniente Gobernador de Quillash, quien manifiesta que la parte agraviada fue a su domicilio a poner una denuncia por los hechos materia de investigación, y que cuando se constituyeron al domicilio de la agraviada encontró una frazada en el suelo.

De la declaración testimonial de José Prudencio Montañez, en la cual refiere haber escuchado al denunciado solicitar quedarse en la casa de la agraviada a descansar.

Por estas consideraciones y otras se **DISPUSO LA FORMALIZACION DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA** en parte, por la presunta comisión del delito de violación sexual, violación sexual de persona en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir y por la presunta comisión del delito de actos contra el pudor.

1.1. Constitucion De Actor Civil

Con fecha 02 de marzo de 2015, se presentó el escrito para que la agraviada pueda constituirse en Actora Civil, representada por su abogada Vilma E. Melo Toro, solicitando el monto de S/. 20,000.00 soles como reparación civil

Llevándose a cabo la audiencia de Constitución de Actor civil, el día 16 de abril de 2015, a las 10:00 a.m. estando presentes el abogado del agraviado, el

agraviado y el representante del Ministerio Público, luego de la oralización por parte de la abogada de la agraviada, el Juez determinó mediante la resolución número cuatro RESUELVE: se declare FUNDADA la solicitud de constitución de actor Civil, y CONSTITUYASE a la agraviada como Actor Civil, y se OTORGUE a la misma facultades conferidas en el artículo 104 y 105 del código Procesal Penal, y normas supletorias debiendo de tenerse en consideración lo señalado por el artículo 106 del mismo código.

Con la disposición N° 04, se DISPUSO LA CONCLUSION DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA, por la presunta comisión del delito de TENTATIVA DE VIOLACION SEXUAL, en contra de Jhonny Edwin Lomonte Chiquian y en forma alternativa por la presunta comisión del delito contra la Libertad, en modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de ACTOS CONTRA EL PUDOR, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L.

2. ETAPA INTEMEDIA

El día 03 de junio de 2015, el fiscal solicita al Juez de la investigación Preparatoria el Requerimiento de Acusación Alternativa, teniendo como pretensión principal por la presunta comisión del delito de TENTATIVA DE VIOLACION SEXUAL, en contra de Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, y en forma alternativa por la presunta comisión del delito contra la Libertad, en modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de ACTOS CONTRA EL PUDOR, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L.

En fecha 01 de julio de 2015, se absuelve el requerimiento fiscal mediante el escrito suscrito por la abogada de la agraviada, Melo Toro Vilma, solicita una se le imponga penas correspondientes a las comisiones delictivas dispuestas en la acusación y una reparación civil por la suma de S/. 2, 526.00 soles, a la vez se ofrecen pruebas objeto de la reparación civil.

Mediante el escrito de absolución de acusación del imputado, de fecha 09 de julio de 2015, formula sobreseimiento, en base a los siguientes fundamentos de hecho:

- Que, aducen encuadrar los hechos dentro de la norma penal aplicable ya que al constatar los hechos con el material probatorio que se tiene se viola el principio de congruencia y correlación en cuanto a su contenido fáctico.
- De acuerdo al nuevo sistema acusatorio, los hechos que son materia de investigación contra el acusado, deben ser los forman el contenido de los hechos pueden ser objeto de investigación.
- En el presente caso, se viola el principio de legalidad, y él su principio de taxatividad a qué se refiere el artículo 9° de la Convención Americana.
- Por consiguiente el Tribunal Constitucional, no es única, ni lógica y autosuficiente, no es creíble y verosímil, concreta, el relato no está asociada los hechos creíbles ni son uniformes la narración efectuada por la agraviada.
- De la teoría probatoria se señala que todos los medios probatorios tanto testimoniales como documentales ofrecidos por el fiscal resultan insuficientes por ser inconducentes e impertinentes para acreditar que el acusado ha cometido el delito de violación sexual en grado de tentativa y actos contra el pudor, pues

ninguna de las pruebas ofrecidas acreditan en forma objetiva y contundente sin lugar a dudas la comisión de los delitos.

- Por tanto, los hechos materia de acusación no puede atribuírsele al acusado, pues no existe ninguna vinculación probatoria al respecto, menos existen suficientes elementos de convicción a la realización del juicio oral.
- Además que los testigos ofrecidos por el representante del Ministerio Público, son de referencia o de oídas, los mismos que sólo ayudarán a la posibilidad de aclarar un hecho, lo que no sucede en el presente caso, por tanto no válida los hechos investigados. Los testimonios de este tipo de testigos no tienen mérito probatorio suficiente para terminar con la presunción de inocencia del acusado. Es el caso del testigo Plácido Fausto Prudencio Montañez, quién es el esposo de la agraviada, qué refiere sobre los hechos que su suegra Gregoria Lindo Pajuelo, lo despierta diciéndole apúrate, levántate, no sabes siquiera lo que le ha pasado a tu esposa, a quién haz hecho quedar, ha querido abusar de tu señora; me dijo mi suegra, siendo así incurre en serias contradicciones al relatar los hechos. En la pregunta 16 de su declaración, sostiene que él es quién le dio 2 frazadas y luego entró a dormir y su esposa estaba dándole pasto al cuy, entrando primero el a su dormitorio y luego su esposa, en la pregunta 18, que no le pidió más detalles sobre los hechos, qué sobre lo sucedido su esposa le ha contado que el profesor qué le ha estado besuqueando, chupeteando y tapando su boca le había dicho vamos afuera y hacemos relaciones. A la pregunta 21, si su esposa estaba menstruando, él respondió que sí, en esta pregunta se ven series contradicciones ya que cuando se le bajó el pantalón a la agraviada no había

manchado el colchón no siendo coherente ni persistente en los cargos contra el acusado.

- En la declaración del testigo Carlos Emilio Miraflores, Teniente Gobernador, sólo indica que el señor Germán, la señora Gregoria y la misma agraviada se constituyeron a su domicilio para realizar la denuncia.
- Según el testigo Jaime Manuel Flores Dolores sobre los hechos no aporta actos de investigación concreta, sólo ha señalado qué estado tomando dos cajas de cerveza frente al paradero hasta 11 de la noche, es decir no precisa el tiempo y el lugar en el que estuvieron.
- Y en la última declaración del testigo José Prudencio Montañez, sobre los hechos no aporta ninguna versión concreta sólo señala que el acusado le preguntó a su hermano Plácido si se podía quedar en su casa a descansar y su hermano no le contesto. Pues como se advierte declaraciones testimoniales son de referencia o de oídas.
- De las documentales de constatación fiscal de fecha 4 de noviembre del 2014, esto se realizó después de 2 meses y en forma arbitraria se señala de la existencia de las frazadas en el suelo, cuando la escena del crimen ha sido contaminada, al no haber sido protegido y con actos posteriores al evento investigado.
- Las fotografías del acta de constatación fiscal de fecha 4 de noviembre del 2014 de los objetos visualizados, son extemporáneas y contaminados.
- Según el examen pericial toxicológico N° 0001060/14, el perito químico forense concluye que el denunciado presenta 0.16 gramos litro de alcohol en la

sangre y la agraviada 0.12 gramos litros de alcohol la sangre, con ello se comprueba que la agraviada estuvo en estado de ebriedad y las lesiones que presenta se había producido debido a ello.

- El oficio N° 0026-2015-FN-IML-QUIL/LAB. BF, del biólogo del Instituto de Medicina legal, informa que las muestras de vello púbico, de encontrarse una similitud sólo sería orientativo, es decir, no señala a quién pertenecería si a la agraviada o al acusado.
- Del protocolo de pericia psicológica N° 00271-2915-PSC, realizado al acusado señala que presenta personalidad narcisista - paranoide, rasgos de personalidad impulsiva, incluyendo la esfera psicosexual. Para concluir a tales diagnósticos no se hace referencia en cuántas sesiones se realizó tal diagnóstico, por cuánto, no hay un diagnóstico diferencial del grado de trastorno de personalidad del acusado.
- Si bien es cierto, las conclusiones arribadas en el citado protocolo de pericia psicológica, cautas, inadecuado control de sus impulsos con rasgos narcisistas -paranoide, qué significa que en el plano físico sexual no hay transparencia en el acusado y estos deben ser esclarecidos por los peritos psicológicos, por tanto la prueba pericial debe ser valorada y que nos lleve a una responsabilidad del acusado, por cuanto ellos tiene que ver con informes o dictámenes realizados por especialistas en las diversas materias de que se trate, es decir por un perito psiquiatra, con un conocimiento de carácter técnico sobre circunstancias relativas a los hechos investigados, elementos o cuerpo del delito o la persona de su presunto autor. Para hacer descansar la certeza y la convicción judicial en

la declaración de un imputado, rodeado hoy de plenitud de derechos. En el presente caso, manifestaciones de los testigos carecen de sentido, todos ellos señalan imprecisiones.

- Finalmente, la declaración de la agraviada quién sostiene que el que el 30 de agosto del 2014, a las 23:00 horas, el esposo de la agraviada le dio alojamiento en su domicilio al acusado, pues eran amigos y se encontraban en estado de ebriedad. Luego a las 23:30 horas aproximadamente el acusado se mete a su dormitorio, le tapa la boca y le baja su pantalón para luego con fuerza proceder a ultrajar la sexualmente y en contra de su voluntad.
- En su denuncia de parte de ampliación de fecha 23 de setiembre del 2014, la agraviada sostiene que luego de libar cerveza en el colegio Santa Inés, se trasladan al paradero de Yungay - Lomas, al no encontrar fueron a seguir libando cerveza, es a donde se presenta el acusado y compartieron un par de vasos, posteriormente tomaron la misma movilidad al bajar en el cruce de Quillash y Loma donde tiene su vivienda, se bajó y sin autorización ingreso a su domicilio, donde le suplicó al esposo de la agraviada para que se quede en su hogar hasta el amanecer. Ya siendo la medianoche cuando se encontraba pernoctando junto con tu esposo, sintió que el acusado estaba abusando de su persona, donde ya no tenía su ropa interior y otras prendas, reclamó y él salió huyendo. Otro elemento indiciario que converge la notoria contradicción incurrida por la agraviada, respecto de cómo ocurrieron los hechos, incongruencia que no hace más que evidenciar la actitud que asume la agraviada, en el afán de inculpar al acusado.

- Por tanto no hay persistencia en la incriminación por parte de la agraviada, pues sólo existe la sindicación de esta con ambigüedades y contradicciones, denotando más bien no ser uniforme, concreta y coherente, tal y conforme trasciende de su declaración, ampliación de denuncia y relato de la pericia psicológica.
- En el relato del protocolo de pericia psicológica N° 001240-2014-PSC, señala que los hechos se produjeron casi a la medianoche, que con el acusado no son amigos ni con su esposo tampoco, cómo había una silla en la mesa donde nos sentábamos él se sentó y acabo borracho... que cuando llegaron a su casa ya era más de las 11:00 de la noche... bajando, al buscar su llave para ingresar el acusado le dijo a su esposo "Llashi" hazme dormir en tu casa, mañana me voy temprano y su esposo le dijo "ya, no más", al ingresar a la casa le dieron la frazada de su hija para que duerma en la sala y ella y su esposo fueron a su cuarto, luego de estar descansando, has sentido cuando ha estado en su encima, ella creyó que era su esposo y no ha dicho nada hasta que hablado y dijo "soy Beto" (primo de su esposo), vamos afuera para tener relaciones, allí se ha dado cuenta que no era su esposo y su esposo estaba durmiendo, a levantarse prendió la luz, agarró una silla para tirarle, pero se ha escapado.
- En su declaración la agraviada de fojas 75 al 77, en la pregunta 3 sostiene que: " si se ratifica, con la aclaración que no ha sufrido violación sexual...tres frazadas, una para él piso y dos para que se tape... la hora que sucedieron los hechos a las 11:30 del día 30 de agosto del 2014, cuando estaba durmiendo siente qué le besuqueada y besaba y eso se da cuenta que ya su pantalón chicle

y su ropa interior estaban a la altura de la rodilla y él igual estaba con el pantalón bajado..."

- Qué, el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que existe una mínima actividad probatoria,, garantías necesarias, referida a todos los elementos de convicción del delito y que de la misma pueda inferir razonablemente los hechos situación del acusado en ellos, conforme recalca la doctrina consolidada de la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 2-2015/CJ-116, del 30 de septiembre del 2015.

Por tales consideraciones antes mencionadas, no se cumple con los parámetros establecidos en el citado acuerdo plenario toda vez, que carece de persistencia en el tiempo y no Está rodeada de elementos objetivos siquiera periféricos que la corroboren, por tanto enervar la presunción de inocencia que por mandato constitucional ampara al encausado, por tanto debe concederse el sobreseimiento solicitado por ser ese su estado.

Y sobre la determinación de la pena y la reparación civil, primero en cuanto a la pena, en el caso acotar qué debería de ser proporcional al hecho, debiendo tomar en cuenta qué el marco penal abstractamente previsto se configura como en la respuesta pre-constituida a un conjunto de hechos que coinciden en establecer un determinado tipo del Injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena, que el injusto y la culpabilidad constituyen magnitudes materiales graduables y que el acto de

determinación judicial o fiscal de la pena se configura esencialmente como aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido del injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena, por lo que, el quantum de la pena depende de la gravedad del Injusto penal, de la culpabilidad y de la punibilidad, debiendo analizarse en ese orden.

Qué, bajo esos parámetros se advierte que el representante del ministerio público no realizó una debida ponderación de las circunstancias atenuantes y no habiéndose aplicado adecuadamente el artículo 170° y 176° del Código Penal, de la comisión del evento criminal, pues, ha fijado la sanción penal no acorde al artículo 139°, inciso 11 de la Constitución Política del Perú, por lo que no resulta proporcional ni la ley aplicable al caso, ni a la naturaleza, circunstancias que son indicadores merced a los cuales se busca graduar la entidad cuantitativa de la pena.

De la reparación civil no se ha señalado los parámetros y él como se ha cuantificado para la imposición de ésta.

2.1. Control De Acusación

Siendo el día 12 de agosto de 2015, se llevó a cabo la Audiencia Preliminar de Control de Acusación Directa, y en base a los fundamentos expuestos por parte del Ministerio Publico, el abogado defensor del acusado, la agraviada se

RESOLVIO:

A. DECLARAR, la existencia de una relación jurídica procesal valida y consecuentemente saneado el presente proceso tanto material como sustancialmente.

B. DICTAR AUTO DE ENJUICIAMIENTO contra el acusado JHONNY EDWIN LOMOTE CHIQUIAN, en calidad del presunto delito Contra la Libertad Sexual- Violación Sexual- Tentativa, y alternativamente por el delito de Actos Contra el Pudor, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L.

Admitiendo los siguientes medios probatorios:

- Declaración testimonial de la agraviada, del Placido F. Prudencio Montañez, del señor Jaime Morales Dolores, del señor Carlos Emilio Milla Flores y del señor José Prudencio Montañez.
- Periciales: examen del médico Jorge Daniel Hernández Campos, el examen de la psicóloga Iris Angélica Tamariz Bejar y el examen pericial de la química farmacéutica Martha Ruiz Cabana.
- Documentales: Denuncia policial, acta de intervención policial, Certificado Médico Legal N° 001197-EIS, Certificado Médico Legal N° 001198-EIS, declaración del imputado, informe pericial N° 2014-000162(respecto del examen espermatoológico), protocolo de pericia psicológica N° 001240-2014-PSC, acta de constatación fiscal del día 04 de noviembre de 2014, fotografías del acta de constatación, dictamen pericial toxicológico N° 0001060/14, oficio N°26-2015-PSC, la pericia psicológica N° 00271-2015-PSC, oficio N° 1109-2015-RDJ-CSJAN-PJ y el oficio N 627-2015-REGPOL/DTP'-A/DIVICAF-DEPCRI-PNP-HUARAZ.

3. ETAPA DE ENJUICIAMIENTO O JUICIO ORAL.

Con resolución número uno, en la ciudad de Caraz, el tres de diciembre de 2015, se dictó el AUTO DE CITACION A JUICIO, considerando:

- Citar a juicio: llevándose a cabo en Audiencia Pública el día 13 de abril de 2016 a horas 10:00 am, EMPLAZANDO al Ministerio Publico, al acusado, a los órganos de prueba, tales como actor civil, a los testigos: Placido Fausto Prudencio Montañez, Jaime Morales Dolores, Carlos Emilio Milla Flores, José Prudencio Montañez, el Perito Medico Jorge Daniel Hernández Campos, Perito Psicóloga Iris Tamariz Bejar, al Perito Químico Martha Ruiz Cabana; se FORME EL EXPEDIENTE JUDICIAL con los medios de prueba admitidos en el auto de enjuiciamiento, así como el cuaderno de debates con el auto de enjuiciamiento, el auto de citación a juicio, los registros que se realicen durante el juicio oral, así como las demás resoluciones que se dicten hasta la sentencia, se PONGA A DISPOSICION de los sujetos procesales el expediente por el plazo correspondiente para su revisión y/o solicitud de copias simples o certificadas y/o para instar la incorporación de alguna pieza o la exclusión de alguna que no corresponda, se PRECISE que los medios probatorios documentales que constan en el auto de enjuiciamiento serán actuados durante el desarrollo del juicio oral, se EXORTE al Ministerio Publico que deberá de facilitar la presencia de los órganos de prueba el día de la audiencia a fin de evitar dilataciones y se NOTIFIQUE las presente resolución a las partes procesales.

3.1. Índice De Registro De Audiencia De Juicio Inmediato

Con fecha 13 de abril de 2016, a horas 10:20 a.m. en la provincia de Huaylas Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, ACREDITÁNDOSE la partes así como el Ministerio Publico, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del Acusado y el acusado.

Donde acto seguido se informa en audiencia que ingreso el escrito N° 1238-2016, de fecha 31 de marzo de 2016, mediante el cual la parte agraviada designa abogado defensor y varia domicilio procesal así mismo se da cuenta de la presencia de los testigos.

Prosigue el representante del Ministerio Publico quien formula su teoría del caso titulándolo “el amigo aprovechado”, por los hechos ya descritos en la acusación y solicitando se le imponga al acusado por el delito de Tentativa de Violación Sexual 4 años y ocho meses de pena privativa de libertad efectiva y por el delito alternativo de actos contra el pudor 3 años de pena privativa de libertad en calidad de suspendida por periodo de prueba de dos años.

Continuando con sus alegatos preliminares el Abogado del Actor Civil, quien manifiesta que su patrocinada no solo ha sufrido daños en su persona, sino también daño moral, por lo que solicitan la reparación civil de S/. 5,000.00 soles, teniendo en cuenta el reconocimiento psicológico en el que se describe que presenta traumas, y que su patrocinada ha sido afectada moralmente.

Así mismo, el abogado del acusado formula sus alegatos preliminares, manifestando que durante la secuela del juicio se va a determinar que existen una serie de incoherencias, y que debe tenerse en cuenta que la teoría del caso está basada en dos hechos y el CPP y acuerdos plenarios establecen que se debe tener una imputación clara en esta etapa del proceso, respecto del tipo penal con vía alternativa tampoco es un hecho concreto, pues ya no estamos en una etapa de evidencias ni indicios, por lo que en la secuela de juicio se desvirtuara los cargos efectuados a su patrocinado, y con respecto a la reparación civil y a efectos de desvirtuar el daño moral se debe evaluar en juicio a los peritos pertinentes.

Luego el Juez pasa a informar al acusado sobre sus derechos, y pregunta al acusado ha entendido sus derechos y si admite ser responsable de la acusación fiscal, también se le da de conocimiento que antes de responder puede conferenciar con el representante del Ministerio Público para llegar a un acuerdo sobre la pena y la reparación civil, a lo cual el acusado contesto, que si entendió sobre sus derechos y no admite ser responsable de los hechos imputados.

Por parte de la defensa técnica se ofrece la testimonial de Cesar Lomonte Chiquian, procediendo a fundamentar su pedido.

A lo cual el fiscal refiere que ese medio probatorio es extemporáneo.

Y el abogado del Actor Civil sostiene que no es prueba nueva que no se tuvo conocimiento, por lo cual solicita se declare improcedente el pedido por la defensa técnica.

Replicando la defensa técnica que el instrumental que ofrece es fundamental para que se esclarezca el hecho.

- ✓ Por tales consideraciones, se emitió la RESOLUCIÓN N° 03, el cual RESUELVE admitir la testimonial que ofreció el abogado del acusado.

La defensa Técnica, solicita la REPOSICIÓN de la resolución emitida, ¿pues el señor Cesar Lomonte Chiquian, pago la suma de S/. 1,500.00 soles a la agraviada la misma que es fotocopia simple y no tiene validez para esta etapa del juicio y recién tomaron en cuenta de la existencia del documento en mención caso contrario se hubiera tomado las diligencias correspondientes para ser actuado como medio de prueba.

Contestando el Fiscal que no se puede realizar pericias de fotocopias simples, que resulta creíble que los hechos transcurridos seas ciertos, y que tuvieron oportunidad de presentarlo en su debida etapa del proceso, pero no lo hicieron.

El Actor Civil manifiesta que, si el documento fuera autentico, la persona que firma es el hermano del acusado con fecha anterior a la audiencia de Control de Acusación.

- ✓ Por tales consideraciones, se emitió la RESOLUCION N° 04, el cual RESUELVE DECLARAR INFUNDADA la reposición formulada por la defensa técnica, sin perjuicio de que este despacho pueda ordenar su actuación de oficio en la etapa correspondiente.

3.2. Sobre La Actuacion De Los Medios Probatorios

El Fiscal formula sus preguntas al acusado, y este refiere lo siguiente: que después del evento deportivo, el no recuerda como llego a su casa, y que a horas de la madrugada llego la agraviada, su esposo, su madre y el teniente gobernador,

agrediendo física y psicológicamente. Declara no recordar el cómo estaba vestida la agraviada ya que estaba totalmente ebrio.

El Actor Civil pregunta al acusado y esta contesta de la siguiente manera: aclara que cuando se refiere a altas horas de la noche, se refiere a más de las 08:00 p.m., que no recuerda el cómo llegó a su casa, y que las lesiones que presenta es porque cuando estaba jugando se arrastró y otras lesiones porque la madre de la agraviada lo golpeo.

A las preguntas de la Defensa Técnica, el acusado refiere que él empezó a beber cerveza desde las 03:00 p.m. y que la agraviada no se apareció.

Cuando el Juez realizó preguntas aclaratorias, el acusado respondió que si conoce la casa de la agraviada y también conoce a su esposo pero que no habían compartido bebidas alcohólicas antes.

Preguntas a la agraviada por parte del Ministerio Público, donde ella relata los hechos, pero agrega que el acusado llegó con una amiga a la cantina en la que se encontraba con su esposo a la espera de movilidad para llegar a su vivienda, y luego de tomar unos vasos el acusado con su amiga se retiró, lo volvieron a ver en el carro durmiendo.

Al preguntar el Actor Civil, ella manifiesta que cuando supuestamente el acusado estaba encima de ella besándola al prender la luz solo vio su espalda.

La Defensa Técnica, formuló sus preguntas a los cuales la agraviada respondió que no recuerda cuanta cantidad de licor ha tomado en el colegio, pero que en la

cantina fueron dos cajas de cerveza, además señala que el hermano del acusado le ha entregado S/.1,500.00 soles.

El Fiscal procede a formular preguntas al testigo José Prudencio Montañez, quien manifiesta que el día de los hecho él se encontraba realizando taxi colectivo, y como sabia q su hermano y su cuñada estaban tomando los espero para llevarlos, y que el acusado le pidió que también lo lleve a él, que todos bajaron en el mismo lugar y que el acusado viajaba medio despierto y su hermano dormido, refiere también que el acusado le pidió que le llevara a su casa pero le dijo que solo había recogido a su hermano.

A las preguntas de la Defensa Técnica, el testigo indico que la agraviada es su cuñada, y que solo traslado al acusado como a su hermano y a la agraviada, pero que desconoce de los demás hechos suscitados.

El Fiscal pregunta al testigo Jaime Manuel Flores Dolores, quien relata se encontraba bebiendo con la agraviada y su esposo y que luego se fueron a sus casas en diferentes movilidades.

A las preguntas de la Defensa Técnica, el testigo describe al acusado, y que el solo lo vio parado en la puerta de la casa de la agraviada.

El Fiscal procederá formular sus preguntas al testigo Carlos Emilio Milla Flores, quien tiene el cargo de Teniente Gobernador del lugar, manifestó que a las 02:20 horas de la madrugada, llegaron a su casa la agraviada, su mama y el señor Placido a denunciar al acusado, así que se dirigieron a la casa del acusado y luego a la de la agraviada para constatar los hechos.

La Defensa Técnica pregunto al testigo, y este respondió que la agraviada se encontraba con aliento alcohólico y que el esposo de la agraviada quería agredir al acusado, y que por motivo de la hora no se levantó el acta.

El Fiscal procederá formular sus preguntas al testigo Prudencio Montañez Placido Fausto, quien indica que el acusado le rogo que le deje quedarse en su casa y que en la mañana se retiraría, el acepto y le facilito una frazada para que tienda y dos para que se cubra, y luego entro a su habitación juntamente con su esposa y no recuerda más, y admite conocer al acusado desde los 15 años ya que son paisanos.

Cuando pregunta la Defensa Técnica, el testigo señala que es el esposo de la agraviada y solo recuerda el haberle dado una frazada al acusado, y niega haber firmado algún documento el día 30 de agosto.

El Juez pregunta, y el testigo contesta conocer al hermano del acusado y hace referencia sobre la suma de dinero que se le entrego, acota que no estuvo presente en el examen de la agraviada.

De la declaración ampliatoria de la agraviada, el Juez pregunta, a lo cual la agraviada contesta que en su cuerpo solo quedaron los chupeteos y un moretón en parte de su pierna.

Se suspende la audiencia a solicitud del Fiscal.

✓ **Indice De Registro De Audiencia De Continuacion De Juicio Inmediato**

Con fecha 25 de abril de 2016, a horas 03:00 p.m. en la Provincia de Huaylas Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el

doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, ACREDITÁNDOSE la partes así como el Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del Acusado y el acusado.

Previamente el Juez solicita al especialista si existe escrito pendiente y respecto de las coordinaciones para la audiencia por video conferencia ordenada en autos, informando el especialista que no existe escrito pendiente y que se efectuó las coordinaciones con la sala de Audiencias del Módulo Penal de Chota a efectos de dar inicio a la audiencia vía video conferencia con el perito Jorge Daniel Hernández Campos, respecto a la perito químico farmacéutico se ha oficiado a la ciudad de Lima, sin embargo no ha regresado la constancia de notificación, y la perito psicóloga se encuentra debidamente notificada.

✓ **Índice De Registro De Audiencia De Continuación De Juicio Oral**

Con fecha 02 de mayo de 2016, a horas 03:00 p.m. en la Provincia de Huaylas Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, ACREDITÁNDOSE las partes así como el Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del Acusado y el acusado.

Por tales consideraciones, se emitió la **RESOLUCION N° 06**, el cual **RESUELVE PRESCINDIR** de la actuación de la Perito Martha Ruiz Cabana.

Por tales consideraciones, se emitió la **RESOLUCION N° 07**, el cual **RESUELVE DECLARAR FUNDADA** el recurso de reposición formulada por la defensa técnica, en

consecuencia, se **DISPONE** la actuación del examen de la perito Martha Ruiz Cabana, en tal sentido se **SUSPENDE** la audiencia para una fecha siguiente.

✓ **Indice De Registro De Audiencia De Continuacion De Juicio Inmediato**

Con fecha 11 de mayo de 2016, a horas 11:30 p.m. en la Provincia de Huaylas Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, **ACREDITÁNDOSE** la partes así como el Ministerio Publico, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del acusado y el acusado.

El Juez dispone la continuación del juicio oral, el especialista informa que se cursó oficio a la SERNOR ZONA 2 a efectos de que la perito Cabana Ruiz Martha sea notificada pero al no ser ubicada el fiscal solicita que se prescinda de su examen y se dé lectura del documento, para lo cual la Defensa Técnica, refiere que es importante la actuación del perito.

Por tales consideraciones, se emitió la **RESOLUCION N° 08**, el cual **RESUELVE PRESCINDIR** de la actuacion de la Perito Martha Ruiz Cabana.

4. SENTENCIA

Mediante Resolución número nueve, de fecha 13 de mayo de 2016, se **DECIDIO FALLAR CONDENANDO** a Jhonny Edwin Lomonte Chiquian por el delito contra la libertad sexual – Actos contra el pudor, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L.

a 03 años y ocho meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años sujeto al cumplimiento de las siguientes Reglas de Conducta:

- a) No ausentarse ni cambiar el lugar de su residencia sin autorización del Juez de ejecución de sentencia.
- b) Concurrir cada treinta días de forma personal y obligatoria ante el Juzgado de ejecución de sentencia para suscribir el libro de control correspondiente.
- c) Respetar a la agraviada.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse en el artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Y se **FIJO** la Reparación Civil, en un monto de dos mil nuevos soles que el sentenciado deberá abonar a la agraviada.

Se **DISPUSO** el tratamiento terapéutico y la exoneración de las costas y costos

5. RECURSO DE APELACIÓN

Se formuló el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2016, notificado el 18 de mayo de 2016, recaído en la resolución N° 09, en base a los siguientes fundamentos de hecho:

- a) Que el Ministerio Público se basó en declaraciones de la agraviada y testimoniales que manifestaron cierto interés en sus declaraciones tales como son el esposo y el cuñado de la agraviada.

- b) El ministerio Publico realizo sus alegatos de clausura sosteniendo únicamente respecto del delito de actos contra el pudor, desechando la alternatividad de la acusación, por lo que, al no existir acusación respecto al otro delito, el análisis de los hechos, la valoración de la prueba y pronunciamiento se realizó solo de la acusación subsistente.
- c) Que, en la sentencia se describe como prueba de cargo el dicho de la agraviada quien narra los hechos de forma incongruente sobre el tiempo y lugar, es más, la agraviada estuvo con efectos de alcohol en la sangre al momento de los hechos, esto corroborado con el dosaje etílico que arroja 0.12 g/l de alcohol en la sangre, por lo cual la disminución de las inhibiciones, dificultades en la pronunciación, así como deterioro motriz, confusión, por ello era necesario la presencia del perito toxicológico.

Del Certificado Médico Legal de la agraviada, el cual determino que presentaba lesiones extra genitales, ocasionadas por agente contuso; esta prueba se debe al estado de ingesta de alcohol de la agraviada.

De la constatación policial, la cual se realizó dos meses después de ocurrido el hecho, prueba que el Órgano Jurisdiccional considero válida para arribar a la decisión de la sentencia, siendo esta prueba considerada por extemporánea por realizarse dos meses después, además en la Constatación Policial no se ha llegado a establecer que distancia existe entre la sala y el dormitorio, así como si el dormitorio de la agraviada contaba con puerta y llave de seguridad, sin dejar constancia de nada de lo mencionado, siendo información indispensable para la comisión del delito imputado.

Así mismo el Juez da como válida las fotografías donde de igual manera no se ha podido determinar la distancia entre la sala y el dormitorio y si el dormitorio de la agraviada contaba con puerta y llave.

Con respecto a la pericia psicológica que se le realizó a la agraviada, que cabe señalar solo fue un solo examen con el cual dan por determinado el supuesto daño que sufrió la agraviada, y doy de conocimiento que, con la Nueva normativa de Violencia Familiar, para llegar a determinar el daño a la víctima se requiere de nueva evaluación luego de seis meses y así determinar si ha sufrido daño psicológico, lo cual no sucede en este caso.

Señala también que no se ha llegado a establecer si el acusado llegó a ingresar al domicilio de la agraviada, más que con los dichos de la agraviada quien narra los hechos de forma incongruente, además quien indicó las características de la vestimenta del acusado y esta versión tampoco ha sido corroborada pues no existe fotografía de lo vertido, también se determinó que la agraviada estaba menstruando y no se estableció si su cama o el colchón se encontraban manchados, pues supuestamente el acusado le había sacado la ropa de la parte inferior.

Que, el juzgador ha inobservado las reglas que instituyen el nuevo modelo procesal penal, como es la regla de aportación de los medios probatorios, sin embargo, se dispuso prescindir del perito que emitió el examen pericial toxicológico, que prueba el estado de ebriedad tanto de la agraviada como del acusado. Siendo esencial la presencia del perito pues este podría haber determinado si la declaración de la agraviada podría ser un elemento decisorio por el estado en el que se encontraba.

Sobre la pena impuesta, que el Juez ha ido más allá de lo solicitado por el Ministerio Público, teniendo en cuenta que el acusado tiene circunstancias de atenuación, como el no contar antecedentes penales, y así incurriendo el Juez en una interpretación errónea de la norma, perjudicando así al acusado y contraviniendo el artículo 139°, inciso 11 de la Constitución Política del Estado, que establece “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes”, pues con ellos señores Jueces se está infringiendo el principio de la motivación de una resolución judicial.

Que, en el caso de autos, según la sentencia condenatoria se arribó a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaria, no medio confesión o una declaración de un delator que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas en contra de la agraviada por parte del acusado.

Además, no se ha motivado fácticamente la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia que exige especial esfuerzo recapitulador y síntesis del material probatorio. No se ha razonado en el proceso sobre la presunción de inocencia del juzgador acerca de la culpabilidad del acusado, menos se ha plasmado su razonamiento en la sentencia.

Entre la motivación fáctica y la presunción de inocencia, esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad.

Y sobre la **REPARACIÓN CIVIL**, el Actor Civil, no ha probado con prueba coherente y palmaria en que la agraviada haya sufrido daño moral o psicológico, el señor Juez solo se ha limitado a mencionar los artículos 93° y 101° del C.P., menos ha señalado

cuales son los parámetros que ha tenido como base para imponer la reparación civil de S/. 2,000.00 soles, lo que tampoco ha sido motivado en este extremo de la reparación civil.

Por los fundamentos expuestos, este Recurso pretende la **REVOCACIÓN** de la sentencia expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, y se declare al acusado Jhonny Lomonte Chiquian inocente de los cargos que se le imputan.

- ✓ Mediante la **RESOLUCION N° 10**, el cual **RESUELVE** conceder el Recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución N° 09.

5.1. Inicio De Audiencia De Apelacion De Sentencia Condenatoria

Siendo el día 07 de setiembre de 2016, a horas 10:51 a.m. en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash, con la intervención de los Señores Jueces Superiores Máximo Francisco Maguiña Castro, Silvia Violeta Sánchez Egusquiza y Fernando Javier Espinoza Jacinto, se acreditaron las partes como son el Ministerio Publico, defensa técnica de la parte agraviada y parte técnica del sentenciado.

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

6. ACTA DE AUDIENCIA DE LECTURA DE SENTENCIA DE VISTA

Siendo el día 21 de setiembre de 2016, a horas 10:51 a.m. en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash, con la intervención de los Señores Jueces Superiores Máximo Francisco Maguiña Castro, Silvia Violeta Sánchez Egusquiza y Fernando Javier Espinoza Jacinto, se acreditaron las partes como son el Ministerio Público, defensa técnica de la parte agraviada y parte técnica del sentenciado.

✓ Mediante Resolución N° 18, en audiencia pública el recurso

DECISIÓN

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

Declararon **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado contra la sentencia materia de grado, y **REVOCARON** la resolución _N° 09, que resolvió condenar a Jhonny Edwin LOMONTE CHIQUIAN como autor del delito Contra la Libertad Sexual en su modalidad de Actos Contra el Pudor en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. a tres años con ocho meses de pena privativa suspendida, **REFORMANDOLA** se resuelve **ABSOLVER** al sentenciado, y **DISPUSIERON** devolver los actuados al juzgado de origen.

CAPITULO II: MARCO TEORICO

1. PARTE SUSTANCIAL

1.1. El Delito

1.1.1. Concepto de Delito:

Desde la época Del Derecho Romano se pretendió aclarar un concepto de delito, fundado en cuatro elementos: el hecho, previsto en la ley, culpable e ilícito. Este hecho se manifestaba por la intención y el conocimiento del acto. El sujeto debe querer el hecho que sabe que es malo. Esta es la esencia del dolo en el mundo latino y que ha llegado a nosotros. Los romanos no castigaban el delito culposo, al que llamaron caso fortuito por ausencia del animus malus.

El acto, para ser ilícito debía ser contrario a la ley de la naturaleza¹ antes que a la ley positiva². Sin embargo, el delito debería violar una norma prohibitiva, la cual debe conformarse con la ley de la naturaleza. De esta manera, ya se advierte una concepción de un acto opuesto al precepto y a la sustancia.

Existen dos conceptos para definir el delito:

- a) Concepto Formal del Delito: Se entiende como toda conducta humana prohibida por la norma jurídico penal.

¹ Derecho Natural.

² Derecho Positivo.

b) Concepto Material del Delito: Consiste en que el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable.

Como concepto primario del Delito, se puede asimilar al de su definición formal, y decir: “el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”.

Es frecuente que, en la doctrina penal, se defina al delito como una comisión u omisión, típica, antijurídica y culpable³. A partir de esta definición se distingue tres elementos diferentes ordenadas de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior⁴.

El delito, tiene una función “tripartita”, en base a sus tres categorías: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. En la doctrina, existe un consenso para definir al delito, no obstante, el debate se centra en el contenido de cada uno de sus categorías. Dentro de nuestro código penal, no encontramos una definición exacta del delito. Sin embargo, tenemos una aproximación en el Art. 11° donde prescribe: “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penas por la ley”.

Las características del delito son: a) tiene que ser una acción (comisión u omisión); b) esta acción tiene que ser dolosa o culposa; y c) dicha conducta

³ Se entiende como un concepto material.

⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan: “Obras completas – Derecho Penal – Parte General”. Tomo I. ARA Editores E.I.R.L. Lima – 2004.

debe ser penada por la penal.⁵ Cabe precisar que “la pena” no es un elemento del delito, sino es consecuencia de los presupuestos a) y b).

Nuestro modesto juicio, podemos decir: “el delito es una conducta humana grave, que afecta o hace peligrar bienes de trascendencia social que el estado protege. Esta acción debe realizarse mediante una comisión u omisión, dolosa o culposa, estar previamente descrita en la ley penal, contrario al orden jurídico, sin justificación alguna y censurable al agente. Es decir, es un injusto penal reprochable”.

Teniendo definido el Derecho Penal y el delito, se puede decir que el Derecho Penal cumple con otros ordenamientos jurídicos, una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito. La “pena” es una negación al “delito”, en tanto este es una negación al “derecho”.

1.1.2. Categorías del Delito:

El delito se estructura por una trilogía de categorías: Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad. Solo estas, son consideradas categorías, puesto que la acción se estudia como un elemento central en cada una de las categorías (acción típica, acción antijurídica y acción⁶ culpable).

a) Tipicidad: Consiste en adecuar la acción concreta al tipo penal abstracto.

El hecho punible tiene que corresponder a un tipo establecido en el Derecho

⁵ Establecido en el código penal (principio de legalidad).

⁶ En el esquema se ha separado la conducta humana, solo para fines didácticos.

positivo, pues no hay delito sin un tipo penal. Dentro de su estructura, podemos observar los siguientes elementos:

- **Tipicidad objetiva**, encontrando al bien jurídico, acción, sujetos, nexo causal, imputación objetiva y elementos tanto descriptivos como normativos.
- **Tipicidad subjetiva**, encontramos al dolo, culpa, y otros elementos subjetivos.
- **Error de tipo**, invencible (error de tipo).
- **Imputación objetiva**, es crear un riesgo no permitido o aumentar un riesgo permitido, y como consecuencia ocasionar un resultado, que está dentro de protección de la norma.
- **Acción**, Constituye la piedra angular del delito, mediante comisión u omisión.
- **Ausencia de la acción**, es la fuerza física, movimientos reflejos y estado de inconciencia.

b) Antijuricidad: Que significa al ordenamiento jurídico. Es el juicio negativo de valor que recae sobre la acción. Clases:

- **Formal:** Contradicción entre el comportamiento y el orden jurídico.
- **Material:** Cuando el comportamiento lesiona o pone en peligro el bien jurídico.

c) Culpabilidad: Entendido lo que es reprochable al sujeto agente. En es si, el reproche que se le hace al autor por el hecho cometido. Dentro de su estructura encontramos a:

- **Elementos inculpanes:** Vienen a ser la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad.
- **Error de Prohibición:** encontramos al aspecto negativo denominado invencible, y al aspecto negativo o las causas escúlpanles, también al estado de necesidad y al miedo insuperable.

1.1.3. Fases del Desarrollo del Delito:

Todo delito tiene un proceso psicológico un proceso físico, es decir, el desarrollo del delito se presenta en dos fases:

- a) **Interna:** se encuentra dentro del pensamiento del sujeto agente (irrelevante penalmente). esta fase, pasa por tres momentos.
 - Ideación. Imaginación voluntaria que se presenta en el pensamiento (es un simple querer): Esta fase de ideación así se haga público el querer realizar el delito, no es punible (el pensamiento no delinque).⁷
 - Deliberación: Es la elaboración y el desarrollo de un determinado plan (meditar cual sería la forma más efectiva de la realización del acto).
 - Resolución: Es tomar una decisión (resolver por el medio más adecuado para ejecutar el plan).
- b) **Externa:** Consiste en exteriorizar la fase interna y poner en práctica físicamente el plan decidido. En esta fase se dan las siguientes acciones:
 - **Actos de preparación:** Es el inicio de la fase externa que el sujeto agente tiene que realizar antes de ejecutar del delito, se prepara

⁷ Aforismo de Ulpiano: "*cogitationis poeman nemo putitur*".

reuniendo los materiales que utilizara para ejecutar el plan delictivo (son irrelevantes penalmente).⁸

Tal es el caso del sujeto, que consigue una pata de cabra para abrir la puerta y hurtar una tienda comercial, comprar un revolver o un arma blanca para matar a una persona, etc.

- **Actos de ejecución:** Son conductas que tiene una determinada finalidad tendiente a la realización afectiva (ejecución de un delito que se decide realizar). En esta parte ya se ha abandonado los actos preparatorios, para dar paso a la ejecución del delito que se decidió cometer pasando por los siguientes momentos:

- **Inicio de la ejecución del delito:** Se empieza materialmente con la acción típica⁹, cuya finalidad es consumir (grado de desarrollo, en la cual se pone en peligro el bien jurídico). Desde ese momento conlleva a la sanción penal¹⁰. Cabe precisar si la ejecución no se culmina, estaremos frente a una Tentativa Inacabada y se si culmina la ejecución, pero no se llega a consumir, estaremos frente a una Tentativa Acabada (o delito frustrado).

⁸ Los actos preparatorios, por si solos no son sancionados, tal como la Suprema Corte la ha plasmado: “los actos preparatorios vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos, por ende, impune”. (Exp. 4753 Lima). Sin embargo, hay delitos de peligro abstracto y de mera actividad, que constituye un hecho típico consumado, sin necesidad de ejecutar, tal es el caso de asociación ilícita para delinquir, apología, reglaje o conspiración.

⁹ En los delitos de resultado: es la conducta, nexo causal y resultado. En los delitos de mera actividad es suficiente la conducta.

¹⁰ En delitos de resultados, e admite la tentativa, en cambio en delitos de simple actividad no.

- **Consumación:** Es el último momento del delito (cierre del ciclo), al haberse cumplido o completado “formalmente” con todos los elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exige.

La “acción típica” en los delitos simple actividad, el hecho queda consumado con la conducta (sin necesidad del resultado). Por ejemplo: en un tipo penal de “hurto” (que es un delito de resultado) el hecho típico se consuma cuando se cumple con todos los elementos descriptivos del tipo, estos son: la sustracción y el apoderamiento del bien (así no se haya conseguido el provecho). En tanto, en el tipo penal de “Conducción en estado de ebriedad” (que es un delito de mera actividad), el hecho típico se consuma, con la simple conducta de estar conduciendo ebrio (sin necesidad que se atropelle a un transeúnte), es por ello que no se admite la tentativa (en este último delito).

- **Agotamiento:** Surge luego de la consumación. En realidad, ningún tipo penal exige que el delito llegue al grado de agotamiento, sino basta con que el hecho se haya consumado. Sin embargo, es necesario diferenciar entre consumación y el agotamiento, en el primero se cumplen formalmente con todos los elementos típicos, en el segundo se llega a satisfacer materialmente la intención que se busca (animus).

1.2. Teoría Del Delito

Luego de haber comprobado la aplicación de la ley penal, como segundo paso, se tendrá que analizar cada elemento de las categorías del delito, tanto en un aspecto positivo como un aspecto negativo. Esta fase, tiene por finalidad esquematizar la verificación de la teoría general del delito.

1.2.1. Tipicidad y Atipicidad:

Para que un hecho sea considerado delito, este debe estar establecido en la ley penal – principio de legalidad¹¹. El esfuerzo de adecuación es la conducta humana al tipo penal, supone el examen de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, tal como lo describe cada artículo del Código Penal.

Si un hecho no se encuentra sancionado en la ley penal se advierte en atípico, por tanto, es indiferente desde el punto de vista jurídico - penal. Asimismo, si la adecuación o encuadramiento no se produce de ningún modo al tipo, es clara que el comportamiento realizado por el sujeto constituye una atipicidad.

1.2.2. Concurso real de delitos:

El sujeto agente realiza dos o más conductas que configuran a su vez, tantos tipos penales, independientes. Nuestro actual Código Penal se rige por el principio de acumulación que consiste en la sumatoria de todos los delitos aplicables.

¹¹ Art. 2° inc. 24. De la Constitución y Art. II de Título Preliminar del código penal.

1.2.3. Concurso ideal de delitos:

Una sola conducta configura al mismo tiempo, dos o más tipos penales. Rige el principio de absorción, se aplica la pena más severa pudiendo incluso incrementarse.

1.2.4. Acción típica:

En este punto se comprobará la acción externa que tuvo el sujeto activo. Cabe indicar que la comprobación de la acción típica deberá ceñirse de acuerdo al tipo, si fuese de resultado, se deberá analizar el acto de ejecución, el nexo causal y el resultado, si fuese de mera actividad, bastara con analizar el acto de ejecución. De otro lado, se tendrá en cuenta que la acción típica puede ser realizada mediante una comisión u omisión¹².

En relación con el concepto de omisión se seguirá la clasificación siguiente:

- **Omisión propia:** Es cuando el propio texto Legal establece que el comportamiento se tiene que realizar por un dejar de hacer o el que omite¹³.
- **Omisión impropia:** Cuando del texto legal se puede deducir partiendo del tipo de comisión, que del comportamiento admite la omisión¹⁴.

12 Es importante al respecto aclarar si se trata de un hecho de comisión y omisión. Ello es trascendental porque en la comisión es suficiente determinar que el autor ha hecho algo para realizar el tipo, en cambio, en el hecho de omisión no ha satisfecho un deber jurídico de actuar. En los delitos de omisión impropia se debe analizar cuidadosamente la causalidad de la omisión respecto del resultado.

13 La omisión propia, sólo se puede realizar mediante una conducta dolosa (no admite la forma culposa) porque no existe en nuestro código penal.

14 La omisión impropia si admite las dos formas subjetivas (dolosa y culposa)

1.2.5. Ausencia de acción:

Puede darse casos en que el comportamiento humano sea involuntario, si es así resultará irrelevante para el derecho penal. Estos, se dan por fuerza física Irresistible, movimientos reflejos y estado de inconsciencia.

1.2.6. Sujetos:

Son aquellos que interviene en el delito, en este rubro, incluirán y analizará lo siguiente:

- **Sujeto Activo:** Aquel que ha realizado la acción típica¹⁵.
- **Sujeto Pasivo:** Titular del bien jurídico protegido en cada precepto penal.

Existe sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito.

1.2.7. Bien jurídico:

Son aquellos bienes que la ley penal los protege. Se precisará cuál es el bien jurídico que es objeto de tutela penal afectada por el delito.

1.2.8. Tipicidad subjetiva:

En este rubro se analizará en primer lugar, la exigencia de dolo o culpa¹⁶. En principio las penas previstas para los delitos se establecen siempre cuando su comisión es dolosa, y sólo excepcionalmente cuando expresamente esté previsto en el tipo, será castigada de forma culposa¹⁷. Además, se podrá verificar los otros elementos objetivos del tipo.

¹⁵ Para ser AUTOR, se requiere ser sujeto activo y tener la capacidad de responder penalmente (imputable)

¹⁶ Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 12° del C.P.

¹⁷ Sistema *numerus clausus*.

- **Dolo:** Con respecto a este elemento, será necesario advertir las diferentes clases que en la actualidad distingue la doctrina entre directo e indirecto.
- **Dolo directo:** El sujeto agente quiere realizar la acción que se establece en el tipo penal, como único fin.
- **Dolo de consecuencias necesarias:** También conocido como dolo directo de segundo grado. El sujeto persiguiendo un concreto fin con su comportamiento, actúa sin importarle las consecuencias que vayan unidas a él y las acepta.
- **Dolo eventual:** Marca el límite entre el dolo y la culpa. El resultado, como probable Y aunque no lo quiere y a pesar del conocimiento de la probabilidad de que se produzca sigue actuando.
- **Culpa:** El sujeto agente, nunca quiere que se produzca el resultado, pero actúa imprudentemente al crear un riesgo¹⁸. Este elemento distingue Dos clases.
- **Culpa consciente:** El sujeto, sí bien no quiere causar la lesión, advierte la posibilidad de que ésta se produzca, confiando, no obstante, en que este no llegara a tener lugar.
- **Culpa inconsciente o sin representación:** Se da cuando el sujeto no quiere el resultado lesivo, no prevé su punibilidad, pero por su imprudencia produce el resultado.

¹⁸ No debe confundirse la denominación de “culpa” con “culpabilidad”; porque, la primera corresponde a la tipicidad subjetiva y la segunda a la responsabilidad penal del autor.

1.2.9. Ausencia de dolo error de tipo:

Se verificará en este rubro si existe ausencia de dolo, la ley penal sustantiva reconoce el “Error de Tipo”. Habrá ausencia de dolo¹⁹, la ley penal sustantiva²⁰ reconoce el “Error de Tipo”. Habrá ausencia de “dolo”, cuando exista un “error”²¹ de algún elemento que se describe en la ley penal. Falsa valoración o representación que el sujeto agente, hace de los hechos. Existen dos clases de error de tipo:

- **Invencible (negativo)**²²: Lo que es inevitable, excluye la tipicidad o la agravación²³.
- **Vencible (positivo)**: Lo que es inevitable, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

1.3. Autoria Y Participación

Una de las características del Derecho penal es ser personalísimo, para ser sujeto responsable y punible penalmente –del injusto cometido- deberá necesariamente individualizar. Si se produce un hecho considerado delictivo, se

¹⁹ Si se niega la existencia de una acción dolosa no puede dejarse de considerar la posibilidad de que haya culpa. También debe tenerse en cuenta que, si el comportamiento que se examina es solo una conducta tentada, la forma culposa de la misma es irrelevante para el Derecho Penal. En este último caso basta con que se compruebe que el resultado del delito de que se trata no se ha producido.

²⁰ Art. 14 C.P.

²¹ El error de Tipo se ubica en la categoría de tipicidad.

²² Cabe indicar que, cuando ya se hubiera desarrollado las demás fases recién se ubica que existe un error de tipo invencible, es oportuno suspender el desarrollo del plan metodológico, puesto que el hecho planteado deviene en anticipo, por tanto, no debería iniciarse con el desarrollo de las etapas del método jurídico penal, es decir ni siquiera con el tipo penal pero aun los demás elementos.

²³ En el Código Penal, Art.14, se precisa que el error de tipo invencible excluye la responsabilidad, lo cual no es correcto, porque en realidad lo que excluye no es la responsabilidad penal, sino es la “tipicidad”.

tendrá que atribuir primero –como regla- al “autor” [principal] y en forma extensiva –como excepción – al “participe” [accesorio].

1.3.1. Autoría:

Es aquel sujeto agente con capacidad de culpabilidad y merecedor de una penalidad, con su conducta dolosa o culposa ocasiona una infracción a la norma penal prohibitiva u obligatoria. Aquel que asume su injusto penal (acción típica y antijurídica) y culpabilidad, se constituye en autor de un delito²⁴ (sujeto activo con capacidad de culpabilidad)²⁵. Tiene una característica especial, por que realiza el hecho punible al tener el “dominio del hecho”. Cabe resaltar que este “dominio del hecho” solo se da en todas las formas de autorías dolosas (no en autorías culposas).

Dentro del catálogo de los tipos, cada uno de ellos señala al autor. Es así que cada tipo implícitamente conlleva a la denominación del autor al referirse con el siguiente termino: “el que (...)”. Se entiende por regla general, aquel que mediante su acción realiza el tipo descrito –como injusto personal – en la parte especial del código, se le considerara como autor. No obstante, esta fórmula, es completada extensivamente a otros sujetos que intervienen en ese hecho delictivo, el cual se describe en la parte general del código; por tanto, no puede entenderse esta designación de manera unitaria, sino que también alcanza a

²⁴ CREUS, Carlos; ob, cit.

²⁵ Sujeto responsable penalmente.

cuanto sujeto interviene dolosamente de cualquier manera en la realización del hecho punible.

Las diferenciaciones de los sujetos se dan sobre la base del grado distinto de la intervención de cada uno de ellos; surgen las figuras de: autor (inmediato, mediato y coautor) y partícipe (instigador y cómplice)²⁶.

a) Distinción entre Autoría y Participación: Por lo general, los delitos se atribuyen a una sola persona (en forma individual)²⁷, pero también pueden darse casos en que, en estos hechos delictivos intervengan dos o más sujetos. Es así que actualmente ha quedado delimitado entre la definición de autor y partícipe, ya que el primero tiene el "dominio del hecho" (es el principal), mientras que el segundo, interviene en el hecho punible voluntariamente, pero sin tener en sus manos el proceso ejecutivo del delito (es el accesorio). El hecho como tal está sometido solo "al dominio final del autor"; es por ello, que la participación es en un "hecho ajeno" (dominado por el primero)²⁸. El instigador induce dolosamente el hecho ajeno y el cómplice interviene en este hecho ajeno, pero el "dominio final" sobre la decisión y ejecución real, solo lo tendrá el "autor".

WELZEL precisa: "La diferencia estructural entre autoría y participación no reside en preceptos del Derecho positivo, sino en estas manifestaciones

²⁶ BRAMONTARIAS TORRES, Miguel; ob. Cit.

²⁷ Nuestro Código Penal establece "el que" refiriéndose solo a un sujeto.

²⁸ ROXIN, Claus; "Autoría y Dominio de Hecho en Derecho Penal". Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. - España, 6ta. Edición - 1994.

esenciales del actuar final dentro del mundo social”. Señala MUÑOZ CONDE: “la participación es accesoria, la autoría es principal”.

La condición de autor está muy relacionada con la acción típica (conducta del agente), ya que “no habrá acto sin autor”, de allí se desprende, que ante todo, deberá necesariamente haber un autor –carácter principal-, para luego recién establecer al participen –carácter accesorio -. Por tanto “no hay participe sin autor”, pero si “puede haber autor sin participe”.

b) Clases de Autoría:

- **Autor Inmediato (directo):** Es aquel que ejecuta directamente el hecho delictivo (mano propia). Comete “por sí mismo” y sin necesitar de otro sujeto. E código penal sustantivo prescribe: “el que realiza por si (...) el hecho *punible*”²⁹. Aquel, que con un puñal asesta el cuerpo de la víctima y lo mata.
- **Autor Inmediato (indirecto):** Es quien, teniendo el dominio del hecho, por medio de otra persona (mano ajena), realiza su acción. Es el “autor detrás de otro” -el hombre de atrás-.

El autor utiliza al ejecutor material, como un instrumento. El código precisa: “el que realiza (...) por medio de otro el hecho punible”.

Según la doctrina, se reconocen tres modalidades de autoría mediata:

- o La primera proviene del “dominio por error”, en este caso el “autor mediato” domina la voluntad de una persona inocente, como un instrumento (ejecutor) a través del engaño sobre las circunstancias

²⁹ Código Penal. Artículo 23°.

reales del hecho que esta realiza. Por ejemplo: "A" utiliza a "B", para que entregue una bebida (envenenada) a "C", este último ingiere y muere (el contenido toxico, "B" desconocía).

- La segunda modalidad es la del "dominio por coacción", en este caso el hombre de atrás (autor mediato) direcciona la voluntad del ejecutor (instrumento) empleando amenaza real, de un mal inminente y grave. Por ejemplo: "A" obliga a "B", bajo amenaza a que ponga un coche bomba, en una Institución Pública. En efecto "B" cumple con poner dicho coche bomba, no haberlo hecho, el delincuente hubiera matado a su familia.
- La tercera modalidad es conocida como "autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados", se presenta, cuando el "autor mediato" es quien ordena ejecutar el designio criminal a otra persona (autor inmediato). Es fundamental la existencia de un grupo delictivo organizado jerárquicamente. Sus presupuestos son:
 - Poder de mando: El autor mediato es el jefe, quien, dentro de una organización dirigida rápidamente, tiene la autoridad de dar órdenes y la ejerce para causar la realización del delito que ordena.
 - Desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico: Se encuentra al margen de la ley, desvinculación que no

depende ya de la manera como se juzgue el sistema político anterior sino de la actual valoración.

- Fungibilidad del ejercicio (autor inmediato): Puede ser reemplazado por cualquier otro miembro del grupo criminal, es una característica esencial por la cual se da la posibilidad de cambiar al ejecutor ante su eventual negativa a la realización del hecho y que el instrumento es en si la organización y no un ejecutor individual, es el conjunto de individuos que son parte del engranaje, lo que al fin de cuentas asegura el resultado.
- Predisposición a la realización del hecho ilícito: Elevada disponibilidad del ejecutor potencial y obediente, es un factor preponderante que junto con los otros tres presupuestos anteriores van a asegurar el resultado del hecho punible. El ejecutor tiene una posición distinta a cualquier otro autor inmediato, dado que, aquel se haya sometido a numerosas influencias de la organización que lo hacen más preparado para el hecho que los otros potenciales delincuentes.

CLAUS ROXIN es el creador de esta teoría³⁰, sostiene que la autoría mediata “se basa en la especial forma de actuación del aparato que está a disposición de los hombres de atrás”. Tal organización desarrolla una vida que es independiente de la existencia cambiante de sus miembros.

³⁰ En el caso de Eichmann (juzgado por los crímenes del nacional socialismo en el Tribunal de Jerusalén)

Ella funciona de todos modos de manera automática, sin importar la persona individual del ejecutante.

c) **Coautoría:** Se da por la pluralidad de sujetos, porque interviene dolosamente dos o más personas, quienes conjuntamente cometen el hecho delictivo distribuyéndose sus funciones. Cada uno de estos deberán de conocer el que como y cuando; se trata de un dominio funcional en que cada quien tiene en sus manos el dominio de su hecho, a través de la parte que le corresponde. Se encuentra regulada en la ley penal donde se indica: “los que cometan conjuntamente”³¹.

1.3.2. Participación:

Participe, es aquel sujeto dependiente que, sin tener el dominio del hecho, intervienen dolosamente en el hecho punible realizado por el autor primordial.

Es quien provoca para que el sujeto agente principal cometa el delito o en su caso, colabora mediante consejos o actos concretos, no existe participe en delitos culposos.

a) Clases de Participación:

- **Instigador:** es aquel sujeto que dolosamente induce a otro, a que realice el delito. La conducta de este instigador deberá en consistir en persuadir realmente al autor, para que decida voluntariamente a cometer el acto

³¹ Código Penal. Artículo 23°.

típico. Recurre a los ruegos; como ofrecimientos de recompensas, aprovechamientos, etc.

Nuestra legislación penal sustantiva precisa: “el que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible”³², se le sanciona que la misma pena.

- **Cómplice:** se presenta casos en que el sujeto sin ser autor, intervienen con el delito realizado por el autor. Se distingue en:
 - **Cómplice primario (necesario):** es aquel que dolosamente presta un auxilio indispensable al autor, para la realización del delito (también se le sanciona con la misma pena del autor).
 - **Cómplice secundario (innecesario):** es aquel que dolosamente de cualquier otro modo, sin ser indispensable, presta asistencia para la realización del delito (se le disminuye prudencialmente la pena).

1.4. Tentativa

La tentativa se presenta cuando el sujeto agente empieza con los actos de ejecución (acción típica), pero no llega a consumarlo, ya sea por causas voluntarias o ajenas a él. La ley penal precisa: “en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer sin consumarlo (...)” (Art. 16° del CP).

Los actos anteriores a la ejecución de la acción típica (actos preparatorios) son impunes. Fundamentalmente el grado de “tentativa”, en los delitos de “resultado”

³² Código Penal. Artículo 24°.

deseado, pese a que puedan existir actos de ejecución de la acción típica (conducta sin resultado), en tanto en los delitos de mera actividad se consuma con la simple conducta (no se requiere de un nexo causal ni de un resultado), de allí se dice que estos delitos son tentados; es decir, en todo delito de resultado – siempre- se admite la tentativa, en cambio en los delitos de mera actividad- simple acto- no se admite la tentativa, porque no puede haber tentativa sobre otra tentativa.

1.4.1. Elementos de la Tentativa:

En la tentativa el delito no llega a consumarse, sin embargo, la conducta ha generado un peligro al bien jurídico penal, por tanto es necesario reprimirlo; teniendo en cuenta los siguientes elementos:

- a) **Elemento subjetivo:** El sujeto agente, deberá actuar con “resolución criminal”, es decir, deberá, haber decidido cometer algún delito, con evidente conocimiento y voluntad. De allí se deduce que en los tipos culposos no existe la tentativa.
- b) **Elemento objetivo:** El sujeto agente, deberá iniciar los actos de ejecución, distingue los actos preparatorios, de los elementos objetivos del tipo con la finalidad de llegar a consumarlo, poniendo de esta manera en peligro al bien jurídico penal protegido.
- c) **No realización de la consumación:** En el aspecto negativo del delito, el acto de ejecución no debe llegar a consumarse, ya sea porque el agente se desiste o por intervención de causas ajenas

d) Idoneidad de la acción: La ejecución de un acto debe recaer en un bien jurídico penal, capaz de ser lesionado, para así consumarse la ejecución típica; caso contrario estaríamos frente a una tentativa inidónea. El acto de ejecución, en la tentativa, debe ser posible en el resultado de la acción penal.

1.4.2. Clases de Tentativa:

a) Tentativa Inacabada: El autor inicia con sus actos de ejecución de un tipo penal que decidió cometer, pero no puede culminar los otros actos necesarios para la consumación de su acción típica. Se interrumpe por un factor extraño a él o por “desistimiento voluntario”³³. La tentativa es punible, pero se atenúa la culpabilidad y la pena (Art. 16° y 21° del CP).

b) Tentativa acabada: En este grado de desarrollo el agente ha ejecutado todos los actos necesarios para que se produzca el delito deseado; sin embargo, no llega a consumarse por factores extraños a él, o por un “arrepentimiento activo” del propio agente³⁴. También es punible, atenuándose la culpabilidad y la pena en menor escala que en la tentativa inacabada (Art. 16° y 21° del CP).

³³ A la tentativa inacabada se le denomina también, tentativa propia, tentativa pura o simplemente tentativa.

³⁴ A la tentativa acabada se le denomina también: “delito frustrado”, tentativa perfecta, tentativa agotada o delito fallido.

1.4.3. Desistimiento y Arrepentimiento en la Tentativa

En el abandono voluntario por parte del sujeto agente (no es punible). El desistimiento se presenta en la tentativa inacabada y el arrepentimiento en la tentativa acabada.

a) **El desistimiento Voluntario en la Tentativa Inacabada:** se dan dos presupuestos:

- **Subjetivo:** El sujeto agente debe decidir voluntariamente en no proseguir con la ejecución del delito, que quiso cometer.
- **Objetivo:** Debe renunciar o desistir de su comportamiento que pudo haber ocasionado el delito. No es punible, si se presentan estos presupuestos. (Art. 18° CP).³⁵

b) El arrepentimiento activo en la tentativa acabada: consiste en un arrepentimiento activo del propio autor, luego que este ejecuta sus actos, es decir, el mismo impide que se produzca el resultado de la acción típica que quiso. No es punible, salvo los actos practicados constituyen por si otros delitos (Art. 18° CP).

1.4.4. Tentativa Idónea

Código Penal en su Art. 17° establece: “No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.

³⁵ Código Penal, Art. 18° “Si el agente (...) impide que se produzca el resultado, será reprimido será penado solo cuando los actos practicados constituyen por si otros delitos”.

Se presenta cuando, se utilizan medios³⁶ inapropiados para poder conseguir un supuesto resultado de un delito, o cuando el objeto³⁷ que soporta el acto realizado por el agente, jamás podrá sufrir el resultado que se pretende del delito.

El sujeto agente cree de modo erróneo, la existencia de algún elemento objetivo del tipo. La creencia que la conducta es típica, pero es atípica, excluye desde el principio el dolo. Se trata de una inversión lógica en el conocimiento de los supuestos elementos del tipo objetivo. En este caso, el agente tiene la voluntad criminal, pero sus actos son equivocados y no surten su eficacia, no podrá comprometer ningún peligro, menos una lesión, porque lo realizado por el agente hace imposible su consumación de una acción supuestamente típica.

1.5. Violacion Sexual

1.5.1. Bien Jurídico Tutelado:

El bien jurídico tutelado, como en todas las capitulaciones del Código Penal, ha de simbolizar una aspiración político criminal, de ejercer protección sobre todos aquellos ámbitos, comprendidos en la esfera personal del individuo o en su correlación con la comunidad, que sean necesitados y merecedores de dicho revestimiento tutelar.

³⁶ Es inidóneo el medio cuando el instrumento del que se vale el sujeto no constituye peligro efectivo para la realización del delito deseado. Por ejemplo: se quiere matar con una pistola de fogeo.

³⁷ Es inidóneo el objeto cuando no reúne las condiciones objetivas naturales y jurídicas de vulneración. Por ejemplo: se dispara contra un cadáver queriendo matarlo.

Inspirado en las ideas precedentes, el legislador del Código Penal vigente un recogió la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Con ello, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la Libertad, es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad

Para el penalista español Miguel Bajo Fernández³⁸, este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de respetar agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, el destacado profesor Caro Coria³⁹ prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo - dinámico como negativo - pasivo. El aspecto positivo- dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo - pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

En consecuencia, la libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permite a las personas a tener relaciones sexuales con todos, entenderse en un sentido negativo, por el

³⁸ BAJO FERNANDEZ, Miguel, Manual de derecho penal, t,I, Madrid: Ceura, 1991,p. 198.

³⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, "Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Cathedra. Espíritu del Derecho. Vol III, n° 5, Lima, 1999. P. 216. "Estudio sistemático de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", CARO CORIA, Dino Carlos y César SAN MARTIN CASTRO, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales, Lima: Grijley, 2000, p.67.

cual no puedo obligarte a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la persona para relacionarse sexualmente. En ese sentido, el profesor Roy Freyre⁴⁰ la define como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual sin desmedro, de la convivencia y del interés colectivo.

No le falta razón a María del Carmen García Cantizano⁴¹, cuando sostiene que el concepto de la libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la Libertad, viene limitada por dos requisitos fundamentales: En primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichas relaciones, lo que evidentemente implica que éste ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento, y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto puede adoptar su decisión de manera libre.

⁴⁰ ROY FREYRE, Luis Eduardo, Derecho penal peruano. Parte especial, t. II, Lima: Instituto peruano de ciencias Penales, 1975, p. 40

⁴¹ GARCIA CANTIZANO, María del Carme, “ ¿Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública”, en Actualidad Jurídica, t. 67-B, Lima, junio de 1999, p. 42.

Definido así la bien jurídica libertad sexual prosigue García Cantizano, es indudable que sólo quien es gocen plenamente del conocimiento necesario del alcance y significado del aspecto sexual de las relaciones sociales y pueden decidirse con total libertad al respecto, podrán ser considerados titulares de dicho bien jurídico

1.5.2. Tipicidad Objetiva:

- a) **Sujeto Pasivo:** El cambio de paradigma en torno a estos delitos no podía limitar como sujeto pasivo a la mujer, sino también, pero en base al principio de igualdad que caracteriza a un estado democrático de derecho. La ley hace referencia a la persona, qué significa que tanto el hombre como la mujer pueden ser Víctimas de este delito. Debe tratarse de persona viva, lo contrario delimitaría el delito de ultraje de cadáver.

Resulta irrelevante la condición social o jurídica de la víctima. No es necesario haber mantenido una conducta carente de reproche para poder ser pasible de tutela por la ley penal; contrario lo que puede suceder con un bien jurídico ligado a la honestidad, el honor o la moral. Puede, incluso, tratarse de una prostituta, de una anciana o de una mujer virginal. En el caso de la prostituta, la falta de pudor no

implica la desaparición de su libertad sexual, ni la somete atentatorio capricho de cualquiera⁴².

La mujer, por el hecho de ejercer una actividad social mente reprobada no se transforma en una res nullius, desamparada de toda protección penal, ni se justifica que hayan de ser resignadas más de estos atentados, que estén obligadas como esclavas públicas, a entregarse a cualquiera⁴³, en Consumo, sesión de dicha actividad no transforma la presunción positiva de consentimiento a toda consecuencia, dicha voluntad puede retractar la aun cuando se haya pactado el precio y habiéndose producido la traslación del dinero. La condición de ser humano nunca la pierde, por ende, ellas están en libertad de decidir cuándo practicar o no una relación de contenido sexual, sea con un cliente o con el proxeneta. En todo caso la persona tiene que ser mayor de 14 años, de no ser así la conducta se subsumiría en el artículo 173 del código penal, aún con la modificatoria efectuada por la ley 28704.

La ley incluye la violación del cónyuge por su consorte, en el supuesto que sea obligada a realizar contra su voluntad. Negar esta posibilidad supone - escribe Bajo Fernández- tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes.

⁴² DE VICENTE ARENAS, Rosario, Comentarios al código penal colombiano. Parte especial, Temis, Bogotá, 1983, p. 3.

⁴³ DE VICENTE ARENAS, Rosario, Comentarios al código penal colombiano. Parte especial, op. Cit., 86.

Este cambio de iconos, lo ha permitido la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico tutelado, al extender el concepto de daño del ámbito público al ámbito privado, en este caso la relación conyugal. Sin duda, las desavenencias que puedan surgir dentro de la relación conyugal, en cuanto incompatibilidades de convivencia deben ser enfrentadas con arreglo a las normas del derecho privado; el denominado débito conyugal no puede ser entendido como el derecho de forzamiento sexual, sea del hombre hacia la mujer o viceversa; pues lo que se tutela En todo caso es la capacidad de autodeterminación sexual.

Si permitimos que en el ámbito de los delitos sexuales penetre una cierta dosis de moralidad, estos supuestos del Injusto deberían de acarrear una mayor pena. La misma protección concurre en el caso del concubinato.

Resulta incompatible con la dignidad humana la fuerza que ejercita el cónyuge para avasallar sexualmente a su pareja. Es cierto que el matrimonio otorga derechos y prerrogativas al cónyuge, pero entre estos derechos no figura el que la compañera acepte el débito carnal contra su voluntad. El incumplimiento conyugal en que pueda incurrir la mujer realmente puede tildarse contrario a los fines del matrimonio, pero la respuesta adecuada hay que recogerla en el

campo del Derecho civil apelando a instituciones como la nulidad del matrimonio.

A todas luces, asistimos a un abuso del derecho al débito conyugal, y, por ende, al no haber consentimiento de la mujer, el hecho se torna antijurídico irreprochable. No podemos olvidar, que el matrimonio es una institución donde los contrayentes asisten consensualmente a celebrarlo y este elemento debe de operar en todos los actos que se realizan en su seno; incluyendo actos tan íntimos como lo son las relaciones sexuales.

b) Sujeto Activo: Puede ser el hombre o la mujer, red resulta ahora viable la equiparación del hombre y la mujer en el delito de violación. Si la mujer es quién impone el débito carnal, simplemente está ejecutando la acción típica. Debe superarse el cliché de que siempre es la mujer la víctima y que la iniciativa sexual corresponde indefectiblemente al varón. La coherencia de la igualdad de sexos es insoslayable; así también las posiciones sexuales, el tipo penal de acceso carnal sexual, pueden darse entre actuaciones heterosexuales e inclusive homosexuales.

Sin embargo, lo frecuente es que el varón sea el sujeto activo del delito de violación; pues se asocia a la erección con el deseo, la conciencia y voluntad, pero es en realidad un impulso de contenido

biológico y orgánico; más lo que se tutela en esta capitulación es la libertad sexual en todo su sentido.

La mujer cómo se sostuvo en el apartado de autoría y participación, puede intervenir como instigadora, coautora y hasta autora mediata, más aún por la amplia configuración típica prenda del artículo 170° del CP; extensible al resto de tipificaciones penales.

1.5.3. Tipicidad Subjetiva:

En principio, se requiere dolo directo, esto es, conciencia y voluntad de realizar los elementos que dan lugar a la realización típica, de dirigir su conducta de forma final a vulnerar la libre autodeterminación sexual de la víctima.

El dolo, en su dimensión cognitiva, debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentran abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido debes saber que está quebrantando la Esfera sexual de una persona mayor de 18 años, mediando violencia física o amenaza grave. Basta, a nuestro entender, el dolo eventual, el conocimiento de una conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretiza en la efectiva causación de un daño en la Esfera de intangibilidad de un bien jurídico; (...) dolo que consiste en el genérico propósito y conocimiento de realizar un acto de significado sexual, con capacidad para lesionar el pudor individual del sujeto con que lo soporta⁴⁴. En términos más sencillos, es la voluntad de actuar referida al

⁴⁴ ESTRELLA, Oscar Alberto, De los delitos sexuales, op. Cit., p. 39.

resultado que sustenta la acción⁴⁵. El tipo penal en comento sólo es punible en su variable dolosa, no se admite su realización típica por imprudencia, a lo normado en el artículo 11 del código penal.

En la concurrencia del tipo subjetivo entonces, exige que la gente dirija su conducta, con conciencia y voluntad, de hacer sufrir el acto sexual el sujeto pasivo. El agente debe conocer que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos, y en razón de ellos despliega los medios comisivos estudiados. El fin perseguido por el agente delictivo es el de perpetrar el acto sexual.

Ahora bien, la discusión doctrinal se centra en la exigencia de un elemento subjetivo del Injusto ajeno al dolo, es decir, el ánimo libidinoso de la gente de aplacar su lujuria. Al elemento material del delito debe agregarse el propósito lascivo, el elemento subjetivo del desahogo desordenado de la lujuria⁴⁶. La acción, decía MEZGER, debe basarse en el motivo del placer sexual, de la lascivia, y realizarse con intención libidinosa. Esta característica anímica pertenece al concepto y por eso es un elemento subjetivo del tipo⁴⁷.

1.5.4. Causas de justificación:

No se admite la concurrencia de ninguna causa de justificación, en cuanto la legítima defensa sólo supone la realización de actos agresivos destinados a conjurar o reducir la violencia desplegada por el agresor, cuáles inciden en el cuerpo, la vida y la salud. No pueden resultar tampoco intereses jurídicos

⁴⁵ DONNA, Edgardo, Derecho penal. Parte especial, t.I, op, cit., p. 547

⁴⁶ ESTRELLA, Oscar Alberto, De los delitos sexuales, op. Cit., p. 40.

⁴⁷ MEZGER, Edmundo, Derecho penal. Parte especial, op, cit., p. 110

superiores que legitimen una acción necesaria que vulnere la autodeterminación sexual; así tampoco podrá admitirse como valedero, la actuación típica en el marco de una relación de subordinación laboral- funcional, cuánto a la obediencia debida, pues no procede antes órdenes manifestadamente antijurídicas. Ahora bien, como alegamos de forma inobjetable, el acceso carnal sexual que comete el marido sobre su consorte mediando violencia, son definitivamente actos constitutivos del tipo penal del artículo 170 y sus derivados, pues no existe un derecho al débito conyugal que pueda ejercer bajo violencia o coacción. Ninguna relación entre los individuos, sea entre marido y mujer⁴⁸, puede realizarse en un marco de constricción, en el cual se anule por completo el elemento consensual que debe estar presente en las relaciones sexuales. Por tales motivos, otra argumentarse el ejercicio legítimo de un derecho, pues ningún precepto legal le confiere dicho derecho al marido o a la mujer; toda vez que es sujeto activo puede ser la el varón o la mujer.

Es importante destacar El problema del consentimiento que reviste singular importancia. Cuando se patentiza el consentimiento, el contraste entre la voluntad del sujeto activo y la expresada por el sujeto pasivo desaparece, siempre que este último tenga capacidad de decidir, un consentimiento válido para la ley de viene el hecho en atípico; partiendo de la presunción de libertad de individuos libres y responsables, de acuerdo a las regulaciones del orden normativo. Es importante acotar, que el consentimiento debe ser continuo y

⁴⁸ ASI, CARMONA SALGADO, Concepción, Delitos contra la libertad sexual, op, cit., p. 307

uniforme, es decir, a todo lo largo del acto sexual; en el caso hipotético de que una mujer libremente acepta ingresar a un cuarto de hotel supuestamente para tener relaciones sexuales y ya en el recinto rectifica su decisión y se niega a realizarlo, no obstante ello el varón ya sé con ella a la fuerza, pues el derecho de autodeterminación sexual, a su libre desarrollo importa que este pueda ser rectificado o retractado en cualquier momento; empero, la negativa posterior, cuando ya se produjo el acto, no tiene valor alguno. La dama esposada, que luego de ya ser sexualmente con su amante, se arrepiente de ello, de un acto de constricción, no surte efectos jurídicos algunos, pues lo importante a todo esto, es que dicha voluntad haya sido firme a todo lo largo del acto sexual.

Se debe ser muy objetivo en estos casos, por tanto, pues muchas veces la denuncia por supuesta violación sexual es utilizada como un arma de chantaje o como el encubrimiento de una conducta infiel. Debe concebirse el acto sexual como la obtención de un placer orgánico por ambas partes, el hecho de que una de ellas no lo tenga, dar lugar a una valoración negativa del consentimiento. Por otro lado, los vicios del consentimiento dan lugar a valoraciones distintas; primero, cuando se utilizan una serie de sustancias para colocar en un estado de inconsciencia a la víctima, la tipificación penal se conduce a los alcances normativos del artículo 171, más cabe distinguir, ellas bebidas alcohólicas que conjuntamente y voluntariamente liban ambos antes de mantener relaciones sexuales; segundo, si se utilizó algún tipo de ardid, fraude, engaño, etc.; para la obtención del consentimiento de la víctima, la configuración típica sería constitutiva del Injusto de seducción, cuyos reparos legitimantes serán

abordados por el punto en cuestión. Cabe apuntar, que cuando se produce un consentimiento válido por parte de la supuesta víctima, este opera como una causal de atipicidad y no como modalidad de antijuricidad, en la medida que la libertad misma en la cual se desarrolla el acto sexual, determina la irrelevancia jurídico- penal misma de la conducta, no ingresa per sé al ámbito de protección de la Norma, al no constituir tratamientos que la norma pretende reprimir.

Finalmente, en el caso de un estado de inexigibilidad, cuando se provoca un estado de anormalidad motivacional normativa, de circunstancias excepcionales, pues cuando sea coacciona a un individuo hay a ser sexualmente por la fuerza a otra, amenazando de muerte o por otro, lo que se produce es una colisión de bienes jurídicos en conflicto, que, si bien la conducta penalmente antijurídica queda intacta, a esta no le alcanza una pena por motivos de prevención general y de prevención especial. No es válido el consentimiento otorgado por menores de catorce años.

1.5.5. Consumación:

El proceso ejecutivo del delito de violación se consuma en el momento y lugar en que se cumple el acceso carnal; basta que se produzca la introducción del miembro viril de otro objeto contundente en el conducto vaginal, anal o bucal, sin que se exijan ulteriores resultados como eyaculación, rotura del himen, lesiones o embarazo⁴⁹. Como señala afirmativamente MEZGER, no es necesario ni la eyaculación, ni la inseminación en los órganos genitales

⁴⁹ BAJO FERNANDEZ, op, cit., p.206.

femeninos⁵⁰, claro entendido esto en qué dichas relaciones pueden ser tanto heterosexuales como homosexuales.

La tentativa es admisible como forma imperfecta de realización típica, cuya calificación jurídica-penal debe partir de una consideración objetiva-individual de base normativa. Existen formas de imperfecta ejecución, cuando los órganos de la gente y la víctima se tocan, pero sin producirse introducción. Otro caso sería cuando el sujeto activo inicia el contacto con el cuerpo de la víctima, pero no consigue realizar los contactos que pretendía por impedírsele el sujeto pasivo con su resistencia o por la intervención de terceros⁵¹. Entonces, si el agente da inicio a la violencia descrita en el tipo penal, a fin de acceder sexualmente al sujeto pasivo⁵², sería una tentativa de violación sexual, no es necesario que el miembro viril, que las otras partes del cuerpo, que los objetos sustitutos accedan carnalmente a las cavidades descritas en la tipificación penal, para dar por sentada las formas de imperfecta ejecución. Sin embargo, si la realización de los actos de violencia física, no fueron ejercidos para lograr el acceso carnal, simplemente son actos constitutivos de lesiones, a menos que tengan otra intención, como el desapoderamiento de un bien mueble de la esfera de custodia del ofendido, por lo que será una tentativa de robo, no es necesario la aparición del *ánimus violandi*⁵³, basta con el dolo.

⁵⁰ MEZGUER, Edmund, Derecho penal. Parte especial, op, cit., p. 108.

⁵¹ SERRANO GOMEZ, op, cit., p. 216; así, SALINAS SICCHA, Ramira, Delito de acceso carnal sexual, op, cit., p. 84.

⁵² CARMONA SALGADO, Concepción, Delitos contra la libertad sexual, op, cit., p. 307.

⁵³ En contra, ROY FREYRE, Luis, Derecho penal. Parte especial, t. I. op. Cit., p. 60.

Por consiguiente, la penetración parcial del miembro viril o del objeto, importan ya una realización típica perfeccionada. No se requiere una penetración total, basta una mínima penetración, como en el llamado coito vestibular o vulvar, pero no son suficientes los actos de acercamiento o tocamientos superficiales con los genitales masculinos que no imponen una verdadera penetración en el orificio de otro sujeto. Habrá tentativa de violación cuando la acción del autor tenga, un déficit, que en el caso consiste en la falta de penetración, por razones ajenas al autor, acción que debe encuadrar en el comienzo de la ejecución del acto. En todo caso, siguiendo el criterio objetivo—subjetivo en materia de tentativa, es necesario valorar las circunstancias que rodearon la acción de la gente a efecto de establecer su intencionalidad de violar o simplemente abusar de la víctima. Se reputa cómo ha consumado carnal frustrado por la desproporción de los órganos sexuales de la agente o de la persona.

Caso de que el agente ejerza— violencia o intimidación— sobre su víctima con el propósito de tener acceso carnal con ella, pero antes de conseguir dicho ulterior propósito, desiste voluntariamente (artículo 18° del código penal), no sería posible por el artículo 170°, pero podría ser penado por los actos ya realizados, en este caso se podría subsumir en el artículo 176° (actos contra el pudor) o en su defecto por el Injusto de lesiones. Puede darse un caso de la tentativa, tanto por el objeto como por el medio empleado; en el primero de los casos, cómo se sostuvo en líneas primigenias, se necesita de una persona viva como sujeto pasivo, si el agente desplegó una fuerza excesiva en su víctima

para yacerla sexualmente y, resulta que cuando la accede sexualmente, está ya se encuentra muerta; sería un concurso real entre asesinato con ofensas contra los muertos. En el segundo de los supuestos, cuando el autor pretende acceder carnalmente a la víctima mediante el miembro viril, pero no se produce la erección, pero sí ya ejercer violencia sobre ella, a más lesiones o coacciones; pues no existe aptitud de lesión, no pueden penalizarse conductas por una mera consideración subjetiva; pero si sustituye el miembro viril por un objeto o parte del cuerpo, la tentativa Sí sería idóneo. La intención de lograr el acceso carnal debe darse en un supuesto fáctico real y objetivo.

1.6. Actos Contra El Pudor

1.6.1. Tipo Penal:

El delito de realizar actos contrarios al pudor utilizando la violencia o amenaza, está tipificado en el artículo 176 del CP, el mismo que después de la entrada en vigencia de la ley N° 28251, del 8 de junio del 2004 y, luego, de la ley N° 28704, el 2006, literalmente prescribe:

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí mismo o sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 5 años:

- Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4.
- Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.
- Si la víctima tuviera la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiere autoridad sobre la víctima.

1.6.2. Tipicidad Objetiva

El delito denominado "actos contrarios al pudor de una persona" se configura cuando el sujeto activo sin tener ver tener el propósito de practicar el acceso carnal sexual vía vaginal, anal o bucal u otro análogo como introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal, haciendo uso de la violencia o la amenaza grave, realiza sobre su víctima obliga a esta efectuar sobre su víctima u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. Aquí pudor se entiende como la situación de recato, decencia o decoro del que gozamos todas las personas en sociedad.

Los comportamientos contra en pudor, recato o decoro personas pueden realizarse hasta por tres modalidades. Primero, cuando el agente por medio de la violencia o amenaza realiza tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos, lascivos, lúbricos, eróticos, lujuriosos e impúdicos. La segunda modalidad se configura cuando el agente con la finalidad de sólo observar y, de esta forma, satisfacer su lujuria, obliga a la víctima a realizarse a sí misma tocamientos indebidos o actos libidinosos o eróticos. Se realiza este

tipo de delito cuando, por ejemplo, el agente obliga a su víctima a sacarse toda su vestimenta y luego hacer que se toque sus partes íntimas y zonas erógenas. Finalmente, la tercera modalidad se configura cuando el agente obliga que la víctima realice o efectúe tocamientos indebidos o actos lujuriosos en el cuerpo de un tercero que se encuentra en la escena del delito. Estaremos ante esta modalidad delictiva cuando, por ejemplo, el agente, haciendo uso de la amenaza con arma de fuego obliga a su víctima los genitales de un tercero que allí se encuentra. El tercero muy bien puede dejarse realizar voluntariamente los tocamientos, también puede estar obligado a dejarse tocar. En el primer caso, el tercero será partícipe del delito, mientras que el segundo supuesto, el tercero también será víctima.

Constituye circunstancia importante a tener en cuenta que los tocamientos, manipulaciones o actos libidinosos, eróticos o lascivos realizados sobre el cuerpo de la víctima o, en su caso, los actos y tocamientos que se obliga a la víctima efectuar sobre sí misma contra un tercero, deben tener finalidad diferente a la de practicar el acto sexual o análogo, caso contrario, si se verifica que el autor tenía esta finalidad y por circunstancias extrañas no logró el acceso carnal, estaremos ante el delito de tentativa de violación sexual (artículo 170), pero de ninguna manera en el delito que ahora nos ocupa. La intención de la gente de practicar el acto sexual o no, se constituyen punto de quiebre para diferenciar una tentativa de violación sexual con el delito de actos contra el pudor, recato o de esencia de una persona. Se entiende por actos contrarios al pudor, aquellos tocamientos y manipulaciones que realiza el agente o autor

sobre el cuerpo de la víctima, así como aquellos tocamientos actos libidinosos que se obliga a efectuar a la víctima sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de un tercero, mente en sus genitales o zonas erógenas con la finalidad de satisfacer su propia lujuria, excitado la libido del sujeto pasivo y sin que el agente haya evidenciado su intención frustrada de practicar el acto sexual o análogo, siendo indiferente la circunstancia de que el autor alcancé o no el orgasmo o la eyaculación⁵⁴.

BRAMONT—ARIAS TORRES Y GARCÍA CANTIZANO⁵⁵ sostienen que se considera actos contra el pudor todo tocamiento lúbrico somático que ha de recaer sobre el cuerpo del sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual sujeto activo, ejemplo, palpación, tocamiento, manoseó de las partes genitales. Estos autores al igual que VILLA STEIN⁵⁶, antes de la promulgación de la ley N° 28251, publicada el 8 de junio del 2004, también enseñaban que los tocamientos contrarios al pudor podrían implicar la penetración digital y además el agente podía valerse de objetos de cierto contenido sexual, es decir, aquellos que reúnan condiciones para, en alguna medida, para un ejercicio de sexualidad, obstante con la modificatoria del contenido de los delitos sexuales, todos los actos constituyen violación sexual en la modalidad de introducción de objetos o partes del cuerpo en la vagina de la mujer,

⁵⁴ ROY FREYRE, Derecho penal peruano, 1975, p.89.

⁵⁵ BRAMONT—ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, Manual de derecho penal, 1997, ob.cit., p. 257.

⁵⁶ VILLA STEIN, Derecho penal, 1998^a, ob. Cit., p. 200.

Como precedente judicial del delito de actos contrarios al pudor de persona menor, podemos citar la ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 1993, donde se afirma: *"El encausado no ha llegado a introducir su miembro viril en la vagina de la menor agraviada, si ha realizado tocamientos en sus genitales, motivo por el cual su conducta se encuentra incurso en el artículo 176 del Código Penal vigente"*⁵⁷.

En otro caso, la sala penal permanente la ejecutoria Suprema del 27 de octubre del 2004, argumentó lo siguiente: *"Tanto la agraviada como el imputado refieren que no hubo penetración y que el segundo de los nombrados en varias oportunidades le hizo caricias y frotamientos con el pene en su vagina y ano, así como la determinó a que lo masturbara; que esto último, estando al resultado del examen pericial, acredita que el delito perpetrado es de abuso deshonesto actos contra el pudor de menor de edad"*⁵⁸.

Por otro lado, los medios utilizados por el agente para realizar el delito de actos contrarios al pudor de una persona lo constituyen la violencia o la amenaza grave. La violencia es entendida como la fuerza física que se proyecta sobre la víctima para vencer su resistencia con la finalidad de hacerle o, en su caso, obligarle a efectuarse sobre sí misma (por ejemplo, pegarle a desnudarse y luego se realiza tocamientos en sus genitales) o sobre un tercero, actos libidinosos. La amenaza grave es entendida como el anuncio del propósito de causar un daño o mal sobre el sujeto si éste no realiza lo que se le pide. El agente intimida o asusta

⁵⁷ CORTE SUPREMA, Expediente N° 2553-93, en Gaceta Jurídica, t. 49, p. 77.

⁵⁸ SALA PENAL DE PERMANENTE, Recurso de Nulidad N° 2920-2004, Ica.

al sujeto pasivo para que se deje hacer sobre sí mismo o tercero, actos contrarios al pudor. Estos medios que de modo explícito aparecen en el supuesto de hecho del tipo penal en comentario, necesariamente deben concurrir juntos O por separado para perfeccionarse el delito. Si llega a verificarse que el agente hizo uso de alguno de estos recursos a su víctima, el delito no se configura. En tal sentido, de comprobarse que el sujeto pasivo prestó su consentimiento para los actos impúdicos, la conducta será atípica. El consentimiento se constituye en una causa de atipicidad.

1.6.3. Circunstancias agravantes

Las circunstancias que agravan el hecho punible en hermenéutica jurídica aparecen previstas en el segundo párrafo del artículo 176° y en el artículo 177° del CP. En efecto, la conducta de actos contrarios al pudor de una persona se agrava cuando.

- a) **El agente se haya prevalido de cualquier posición o cargo:** Ese está agravante cuando el agente somete a su víctima, aprovechando la posición de ventaja o superioridad que tiene sobre ella. Así también se configura la agravante cuando el agente aprovechando el cargo que le da particular autoridad sobre la víctima le obliga a realizar actos contrarios al pudor. Esta agravante es de aplicación para que ellos jefes que, por ejemplo, obligan por medio de la violencia o grave amenaza a sus subordinados a dejarse realizar tocamientos indebidos en sus genitales.

También se perfecciona la agravante cuando el sujeto activo obliga a su víctima a realizar actos contrarios al pudor, aprovechando una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermanos, consanguíneo o por adopción cines de aquella. De esta forma, esta agravante es de aplicación a los autores de los actos contra el pudor cuando la víctima, de su madre o padre, hijo o hija consanguínea o adoptiva, nieto o nieta, hermano o hermana, cónyuge, cuñado o cuñada, suegra o suegro.

- b) Agravante por calidad o cualidad especial del agente:** El inicio primero de la segunda parte del artículo 176 prevé también que se agrava el delito cuándo el agente obliga a su víctima realizar actos contrarios al pudor, estando aquí en pleno ejercicio de su función pública su condición de miembro de las fuerzas armadas, Policía Nacional, serenazgo, policía municipal o vigilancia privada. La agravante se justifica por el hecho aquellos grupos de personas ejercen función pública consistente en brindar seguridad y protección a los ciudadanos. De modo que si en lugar de ejercer su función encomendada normalmente, haciendo uso de la violencia o amenaza grave, someten a actos contra el pudor a la víctima, aparte de lesionar El bien jurídico " libertad sexual" afectan gravemente la confianza brindada ya sea por parte del estado o de un tercero que los contrato en caso de vigilancia privada.
- c) El autor es portador de enfermedad de transmisión sexual:** Se configura esta circunstancia agravante del delito cuándo el agente conocido que es portador de una enfermedad de transmisión sexual, somete al

contexto sexual libidinoso una persona que tiene una edad cronológica mayor de 18 años de edad.

Se trata de una figura de peligro, pues no se exige necesariamente que el contagio se haya producido, sino sólo el peligro que el contagio se produzca. La agravante exige la concurrencia de tres aspectos:

- Que el autor sea portador de una enfermedad de transmisión sexual. Para determinar si estamos ante una enfermedad de la clase que exige el tipo penal, será indispensable el pronunciamiento de los expertos en medicina legal. Sólo ellos tienen la posibilidad de saber científicamente si el agente es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual.
- Que, con motivo de actos contra el pudor haya existido peligro de contagio. Él sólo peligro de contagio satisface la exigencia legal de la agravante. De esa forma, es irrelevante penalmente verificar si en la realidad se produjo el contagio. Esta circunstancia sólo servirá al juzgado para graduar la pena Al momento de imponerla al responsable.
- Que, el autor al consumir el acto impúdico haya tenido conocimiento de ser portador de la enfermedad. El agente antes de consumir el hecho debe conocer qué es portador de una enfermedad grave de transmisión sexual y no obstante tal conocimiento, realiza el acto impúdico.

A contrario sensu, si, por ejemplo, se verifica que al momento en que se produjeron los hechos, el agente conocía desconocía que era portador de la enfermedad de transmisión sexual se excluirá la agravante.

El fundamento de la agravante radica en el hecho que aparte de lesionar la libertad sexual, el agente pone en peligro la salud de la víctima, toda vez que al someterlo al acto contra el pudor firme posibilidad de contagiarlo o transmitirle una enfermedad de transmisión sexual grave el perjuicio evidente de su salud.

d) Actos cometidos por docentes o auxiliar de educación: Por la ley N.º 28704, se ha incorporado en el inciso 3 del artículo 176 del CP como agravante del delito de actos contra el pudor de persona mayor, la circunstancia que se produce cuando " el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima".

Esta agravante es innecesaria y reiterativa, toda vez que tal situación y ya se encuentra prevista en el inciso 1 del artículo 176 cuando se remite a la figura agravada del inciso 2 del artículo 170 del CP, esto es, hay agravante si el agente para " la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima" es decir, como ya hemos alegado, la agravante es de aplicación para que ellos profesores (de universidad, colegio, instituto, escuela, academia, etc.) que luego de intimidar a sus alumnos con jalarlos en el curso o ponerles mala

nota en su comportamiento en caso de auxiliares, los someten a actos impúdicos. El fundamento de esta agravante se encuentra en el quebrantamiento de la confianza y en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo oposición, así como en la vulneración de las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor respecto de la víctima.

e) Actos sobre persona en estado de inconsciencia imposibilidad de

resistir: Se agrava la conducta punible cuando la víctima se encuentra en los supuestos del artículo 171 del CP, es decir, cuando el agente previamente coloca a su víctima en un estado de inconsciencia, que no es otra cosa que la pronunciada incapacidad psicofísica que le impide reaccionar y procurarse alguna forma de defensa para contrarrestar la agresión sexual. La víctima al quedar desprovista de la capacidad de entender o conservando sólo un mínimo grado de la misma, tiene también suprimida o muy menguada su facultad de querer. Ello puede ser producido por ebriedad, el hipnotismo, el uso de narcóticos, afrodisíacos, el sueño, pastillas somníferas en particular, anestesia del ginecólogo que simula un aborto, etc. También se configura la agravante cuando el sujeto activo previamente ha colocado a su víctima en imposibilidad de resistir. Aquí el sujeto pasivo conserva su plena capacidad de percepción, pero las circunstancias materiales del sujeto demuestran que aquél se haya privado de la facultad de querer. Por ejemplo, causar una lesión, atar las manos de la mujer, etc.

f) Acto sobre persona en incapacidad de resistencia: Se agravan los actos contra el pudor cuando la víctima se halla en el supuesto del artículo 172 del CP que regula la violación sexual de persona en incapacidad de resistencia. Es decir, se configura la agravante cuando el sujeto activo con pleno sientto que su víctima sufre de un estado permanente o parcial de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o se encuentra en incapacidad de resistir, la realiza tocamientos o actos contrarios al pudor.

El especial estado personal de la víctima debe ser anterior al momento en que se efectúan los tocamientos impúdicos, es decir, que no haya sido provocado u ocasionado por el agente. Caso contrario, si éste lo provocó, estaríamos ante el supuesto de la agravante anterior.

g) Muerte de la víctima: La muerte de la víctima o consecuencia de los actos contrarios al pudor se constituye en otra agravante, la misma que aparece tipificada en el artículo 177 del CP. La agravante se configura, siempre y cuando, el agente haya podido prever el resultado, aquí la muerte debe ser producto de los tocamientos o actos eróticos e impúdicos mismos, pudiendo haberse realizado durante la consumación o materialización de la agresión sexual o como consecuencia inmediata de tal hecho.

h) Lesiones graves en la víctima: También el artículo 177 del CP establece como circunstancia agravante hehecho de que, a consecuencia de los actos contrarios al pudor, el agente pudiendo prever el resultado, le haya

ocasionado lesiones graves a su víctima. Las lesiones deben ser consecuencia inmediata de los tocamientos de las partes íntimas. Si son producidas después no estaremos frente a la agravante, sino ante la figura de concurso real de delitos: Actos contra el pudor con lesiones graves.

- i) **Crueldad sobre la víctima:** El artículo 177 del CP prevé la circunstancia agravante que se configura cuando la gente procede o actúa con crueldad sobre la víctima, sin duda, ellos se desprenderán del modo, forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos.

Se presenta esta agravante cuando el agente realiza los actos contrarios al pudor haciendo sufrir en forma inexplicable e innecesaria a su víctima. Para estar ante esta modalidad agravada resulta necesario verificar dos aspectos que lo caracterizan: primero, que el sufrimiento ya sea físico o psíquico hayas sido aumentado deliberadamente por el agente, quien actúa con la intención de hacer sufrir a la víctima; y segundo, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr el propósito de la gente, poniéndose en evidencia su enseñamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

1.6.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de este delito lo constituye la libertad sexual. En efecto, estructura del tipo penal se evidencia que la gente por medio de la violencia o amenaza grave limita o vulnera la libertad sexual de la víctima, la misma que es sometida a un contexto sexual que no desea ni quiere. La interpretación jurisprudencial nacional, abierta y

claramente, se ha pronunciado de este modo. En efecto, superior del 18 de mayo de 1998, la sala penal de apelaciones de la corte superior de Lima indica: "*Qué, hace que en el delito de actos contrarios al pudor el bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya sea de un hombre o una mujer, entendiéndose dicha figura delictiva como todo tocamiento lúbrico somático que realiza el sujeto activo sobre el cuerpo de sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del primero de los citados.*"⁵⁹

El pudor entendido como recato, decencia o decoro de la persona es afectada luego que se lesiona la libertad sexual de la víctima.

1.6.5. Sujeto activo:

Sujeto activo puede ser cualquier persona sea varón o mujer, el tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial.

1.6.6. Sujeto pasivo:

Víctima o sujeto pasivo del delito de actos contrarios al pudor también puede ser cualquier persona, mujer con la Única condición específica que sea mayor de catorce años de edad. Ello debido a que, si la persona ofendida con los actos libidinosos tiene una edad por debajo de los catorce años, el hecho se subsume en el artículo 176-A, del CP.

⁵⁹ CORTE SUPERIOR, Sala penal de apelaciones, Expediente N° 8145-97, en ROJAS VARGAS, Fidel, Denyse BACA CARRERA NEIRA BHUAMAN, jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, t. III, Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 241.

1.6.7. Tipicidad Subjetiva:

Se trata de un delito necesariamente doloso. No cabe la comisión por imprudencia, es decir, si llegan a evidenciarse, por ejemplo, tocamientos en los genitales de una persona de manera casual o imprudente, el delito no se configura por falta de tipicidad.

El delito de actos contrarios al pudor exige la presencia del elemento subjetivo denominado “dolo”, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar manipulaciones en las zonas erógenas de la víctima o actos libidinosos, eróticos o lujuriosos al pudor con la finalidad de satisfacer su apetito sexual. El propósito del autor es satisfacer su deseo sexual con los tocamientos o manipulaciones.

Caso contrario, si tuviera la finalidad de excitar a su víctima para de ese modo realizar el acto sexual ya sea vía vaginal, anal o bucal, estaremos frente al delito de violación sexual, previsto en el artículo 170° del CP en el grado de tentativa, si no llego a consumarse el acceso carnal.

1.6.8. Antijuricidad:

De que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del CP.

1.6.9. Culpabilidad:

Acto seguido de verificarse que en la conducta típica de actos contra el pudor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor.

Tendrá que verificar sé si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como actos contra el pudor, conocía la antijuricidad de su actuar, es decir, se verificará así en la gente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

1.6.10. Tentativa y Consumación:

El delito se perfecciona o consume en el momento en el que la gente realiza sobre la víctima o le obliga a esa efectuar sobre sí misma o un tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.

De la forma y circunstancias en que se produjo el evento, incluso, sólo bastará un solo tocamiento. No se requiere otro acto posterior como el orgasmo y la eyaculación, circunstancia normal de satisfacer alguna apetencia sexual.

En tal sentido, sí hubo un orgasmo y eyaculación a consecuencia de los actos contra el pudor de la víctima, es irrelevante para la configuración del Injusto penal. La tentativa es admisible y se dará cuando el sujeto activo, habiendo ejercido violencia o grave amenaza sobre el sujeto pasivo, no logre realizar actos contrarios al pudor⁶⁰.

1.6.11. Penalidad:

El agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años en el caso de los supuestos recogidos en el tipo básico. Si en la conducta alguna de las circunstancias agravantes, previstas en el segundo párrafo del artículo 176 del CP, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

De concurrir alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 177 del CP, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años y no menos de diez ni mayor de 20 años, respectivamente.

⁶⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO, *Manuela de derecho penal*, 1997, ob. Cit., p. 258; VILLA STEIN, *Derecho penal*, 1998^a, p. 201.

2. PARTE PROCESAL

2.1. Investigación Preparatoria:

La investigación del delito en el proceso metodológico y multidisciplinario que, a través de actos de observación, descripción, análisis y síntesis, se desarrolla para llegar al conocimiento de la verdad Respecto a los elementos y circunstancias actuantes en la perpetración de un delito. La investigación del delito puede correr a cargo del Ministerio Público, de determinadas administraciones o de la víctima de la infracción, según la legislación nacional.

La investigación preparatoria es una etapa del proceso penal en qué se trata de superar un estado de incertidumbre, y en la cual se realizan las actuaciones que determinarán los hechos materia del proceso, la clasificación de los hechos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del imputado, o bien en su caso, el sobreseimiento de la causa por falta de elementos procesales.

2.1.1. Características:

Son caracteres de la investigación preparatoria los siguientes:

- a)** La dirección está a cargo del fiscal (art. 322°).
- b)** La formalización de la investigación preparatoria no ópera en todos los casos (art.336°)
- c)** El fiscal puede acusar sólo con el resultado de las diligencias preliminares (art. 336°.4)
- d)** La estrategia del fiscal corre investigación corre a cargo del fiscal (art 65°.4)

e) El fiscal puede adoptar salidas alternativas o de simplificación procesal.⁶¹

La investigación preparatoria consta de dos fases: La investigación preliminar, constituida por el conjunto de diligencias preliminares; y la investigación formalizada o investigación preparatoria propiamente dicha.

2.1.2. Finalidad

Finalidad de la investigación preparatoria viene señalada en el artículo 321°.1 del NCPP, según el cual la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si fórmula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe de la víctima, así como la existencia del daño causado. Al respecto, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE anotan que la finalidad principal de la investigación preparatoria en el sistema de enjuiciamiento criminal consiste en recoger evidencia probatoria suficiente que permita fundamentar una acusación en contra de una persona por un hecho constitutivo de delito.⁶² BURGOS MARIÑOS señala que es también finalidad de la investigación preparatoria tutelar los derechos fundamentales del procesado, de modo que se garantice un debido proceso,⁶³ la investigación preparatoria permite al fiscal, como titular de

⁶¹ CALDERON SUMARRIVA, Ana y AGUILA GRADOS, Guido, *Balotario desarrollado para el examen del CNM*, Egacal Lima, s/f, p. 357.

⁶² HORVITZ LENNON/LOPEZ MASLE. *Derecho procesal penal chileno*. Cit, T. II, p. 15.

⁶³ BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria", en Preguntas y respuestas sobre instituciones del Código Procesal Penal, BLG, Trujillo (Perú), 2008, p.109.

la acción penal, el responsable de la investigación, reunir los elementos probatorios que le permitan determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o participe y de la víctima, así como la existencia del daño causado, para sustentar ante el juez de la investigación preparatoria ya sea su requerimiento de sobreseimiento o su acusación, en este último caso, sustentar ya en la etapa oral y contradictoria ante el juez unipersonal o colegiado pertinente. La investigación preparatoria supone también El Deber de informar al imputado sobre los cargos en su contra, a fin de permitirle ejercer su defensa, tener la oportunidad de prepararla y ofrecer las pruebas de descargo que correspondan.

2.1.3. Dirección de la Investigación:

- a) **Titular de la investigación preparatoria:** Según el artículo 322°.1, el fiscal dirige la investigación preparatoria. Esta es su función preeminente.

El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerárquicamente organizado que ejercita la acción penal y conduce la investigación del delito. La titularidad de la acción penal proviene del mandato constitucional,⁶⁴ que atribuye al Ministerio Público el monopolio de su ejercicio en los delitos de persecución pública. La acción penal es promovida por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con el fin de proseguir sanción penal ante la ocurrencia de un delito.

⁶⁴ Numeración 1) y 5) del artículo 159° de la Constitución Política del Perú.

- b) Colaboración de Autoridades y Funcionarios Públicos:** El artículo 322 Punto 2 Establece que para la práctica de actos de investigación puede requerir la colaboración de autoridades y funcionarios públicos, quiénes lo harían en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley. El director de la investigación debe contar con el apoyo expedito y eficiente de expertos en criminalística, entidades públicas y privadas; contar también con la infraestructura, medios adecuados a sus necesidades funcionariales; diseñado según las características del caso concreto y de acuerdo con los elementos de tipo legal que, aún en grado probable, se imputa al procesado.
- c) Protección De Indicios Materiales:** El artículo 322°. 3 señala que el fiscal además podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios materiales en los lugares donde se investiga un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos. Es decir, dispondrá la protección de la escena del delito y demás lugares que fueron de interés para la investigación a fin de impedir que fueran alterados, contaminados, destruidos, ocultados, sustituidos o sustraídos los datos indiciarios, así como los instrumentos y efectos del delito.⁶⁵

⁶⁵ MIXAN MASS, Florencio. “La investigación preparatoria”, en *Preguntas frecuentes sobre el Código Procesal Penal*, BLG, Trujillo (Perú), 2010, p. 92.

2.1.4. Función del Juez de la Investigación Preparatoria:

Según los ordenamientos procesales, el Juez de la investigación preparatoria es el Juez competente para decidir las solicitudes del Ministerio Público, de las partes o de la víctima del delito formuladas en el curso de la investigación preparatoria o de la audiencia de juicio oral, y ante quién deben practicarse las pruebas admitidas durante esta fase.

Según MIXAN MASS, el sistema acusatorio adversativo durante la investigación preparatoria, el Juez se convierte en garante del debido proceso, particularmente en lo que concierne al respeto de los derechos fundamentales del imputado; controla la función del fiscal y dicta las medidas cautelares y, en la etapa intermedia decide si hay mérito suficiente para juicio oral.

El Juez que tendrá a su cargo el juzgamiento será efectiva Y verdaderamente un sujeto Imparcial, pues al no intervenir en etapas anteriores no tendrá prejuicio alguno contra el procesado. El Juez se formará convicción exclusivamente en base qué aportan las partes y serán actuadas en su presencia.⁶⁶

De acuerdo con el artículo 323°.1, corresponde al juez de la investigación preparatoria, realizar a requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza la norma. La investigación preparatoria está sujeta a control jurisdiccional y a la resolución de cuestiones

⁶⁶ MIXAN MASS, Florencio. "La investigación preparatoria", en *Preguntas frecuentes sobre el Código Procesal Penal*, BLG, Trujillo (Perú), 2010, p. 53.

de índole jurisdiccional. Esta función de vigilancia está a cargo del juez de la investigación preparatoria, magistrado que, en esta etapa, tiene una relación directa con el fiscal. El juez de la investigación preparatoria es también quien evaluará la acusación fiscal. Señala MIXAN MASS que es actuación judicial responde a diferenciar el ejercicio de la potestad fiscal del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y a la necesidad de que la investigación se realiza siempre en el marco constitucional y legal con estricto respeto a los Derechos Humanos.⁶⁷

2.1.5. Atribuciones:

Según el artículo 323°.2, el Juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para:

- a) Autorizar la Constitución de las partes.
- b) Pronunciarse sobre las medidas y limitativas de derecho que requerirán en orden judicial y las medidas de protección.
- c) Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
- d) Realizar los actos de prueba anticipada.
- e) Con miento del plazo en las condiciones fijadas en este código.

También la parte pertinente del numeral 3 del artículo 345° confiere al Juez de la investigación preparatoria y la dirección de la audiencia preliminar para debatir los fundamentos de requerimiento de sobreseimiento.

⁶⁷ MIXAN MASS, Florencio. "La investigación preparatoria", en *Preguntas frecuentes sobre el Código Procesal Penal*, BLG, Trujillo (Perú), 2010, p.93.

2.1.6. Diligencias Preliminares:

De acuerdo al artículo 330°.1 del NCPP, el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.

La investigación preliminar es la etapa anterior al proceso penal, y está constituida por un conjunto de actos que permitirán tomar conocimiento sobre un hecho que presuntamente constituye delito.

Las diligencias preliminares de investigación son las indagaciones realizadas por el propio fiscal o por parte de la policía, bajo la dirección de aquel, con el objeto de obtener los elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal a través de la formalización de la investigación preparatoria. La finalidad de las diligencias preliminares, según BURGOS MARIÑOS, es que el fiscal decida si formaliza o no la investigación preparatoria. Es decir, un fin probatorio tendiente a verificar la existencia de indicios de delito, y un fin individualizador, tendientes a lograr datos identificatorios del presunto autor.⁶⁸ Según el artículo 330°.2 del NCPP, las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata:

- a) Realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han detenido el lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.

⁶⁸ BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria", en Preguntas y respuestas sobre instituciones del Código Procesal Penal, BLG, Trujillo (Perú), 2008, p.110.

- b) Asegurar los elementos materiales de la comisión de los hechos.
- c) Individualizar a las personas involucradas en la comisión de los hechos, incluyendo los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

Continúa BURGOS MARIÑOS señalando que, adicionalmente de acuerdo al sistema coercitivo del Nuevo Código Procesal Penal, fiscal durante la investigación preliminar también tiene la necesidad de buscar evidencia sustancial útil para la medida coercitiva a solicitar.⁶⁹ Ello quiere decir que las diligencias preliminares no se realizarán en los casos en que la información sobre la perpetración del delito es completa y suficiente para decidir la inmediata formalización de la investigación preparatoria.

2.1.7. Conclusión de las Diligencias Preliminares:

El plazo de las diligencias preliminares para casos es de 60 días naturales, que se cuentan desde en que el fiscal mediante resolución motivada dispone que se lleven a cabo las diligencias. En caso de detención, se podrá fijar un plazo distinto. Asimismo, también puede establecerse un plazo mayor a 60 días, en Casos de especial complejidad en otras circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Luego de recibida la denuncia de parte, el informe policial o las diligencias preliminares ordenadas, el fiscal calificará el resultado de la misma

⁶⁹ BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria”, en Preguntas y respuestas sobre instituciones del Código Procesal Penal, BLG, Trujillo (Perú), 2008, p.115.

y adoptar a cualquiera de las siguientes alternativas: declarar el archivo definitivo, disponer la reserva provisional o formalizar y continuar la investigación preparatoria.

Si el denunciante no está conforme con la disposición de archivar las actuaciones o reservar provisionalmente la investigación, puede impugnar y requerir al Fiscal eleve las actuaciones al Fiscal Superior, quien confirmara la decisión del Fiscal Provincial, ordenara se formalice investigación, se archive las actuaciones o se proceda según corresponda.

Cuando se dispone el archivo de la investigación porque el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, se ha extinguido la acción penal o el Fiscal Superior, vía impugnación, ordena que se archive las actuaciones, otro fiscal no podrá ordenar o promover la formalización de la investigación preparatoria por los mismos hechos.⁷⁰ Sin embargo, el Nuevo Código Procesal Penal establece dos excepciones:⁷¹

- a) Si se aportan nuevos elementos de convicción. En estas circunstancias volverá a revisar los actuados el fiscal que intervino.
- b) Si se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, ya sea por negligencia o dolo del Fiscal Penal o el Fiscal Superior que intervino en la alzada. En este último caso, se designará a otro Fiscal Provincial para que culmine la investigación, fijando un plazo perentorio;

⁷⁰ Artículo 335°.1 del Código Procesal Penal (Perú)

⁷¹ Artículo 335°.2 del Código Procesal Penal (Perú)

a la vez que determinara la responsabilidad penal o administrativa que corresponda.

2.2. La Etapa Intermedia

El proceso penal no siempre termina con una sentencia que decide la cuestión planteada. Cuando de las investigaciones y actuaciones llevadas a cabo en la Etapa de Investigación Preparatoria, no resulta la existencia de un hecho con apariencia delictiva y un autor determinado, se debe proceder a la conclusión del proceso sin pasar a la Etapa de Juzgamiento.

Los principios informadores del proceso penal solo se llevan a la necesidad de su continuación cuando no falta ninguna de los dos hechos mencionados. Se reconoce, así, la existencia de un periodo intermedio situado entre la investigación preparatoria y el juzgamiento, denominado Etapa Intermedia.

La Etapa Intermedia es una fase del proceso penal constituida por un conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la correlación o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación, con la finalidad de decidir:

- a)** La continuación del proceso a través de la acusación fiscal, o
- b)** El sobreseimiento de la causa.

La Etapa Intermedia es conocida también como de saneamiento procesal, dado que constituye un filtro entre la Etapa de Investigación Preparatoria y el Juzgamiento en el cual se puede subsanar los errores u omisiones en que se hubiese incurrido en la primera de dichas etapas.

Príncipe Trujillo valora esta función de control señalando que sin ella, o con la violación de ella, “desaparecerían los estándares garantistas de un modelo procesal ajustado a la Constitución, teniendo como consecuencia que los demás procesos de trabajo se relajen y la reforma procesal sencillamente colapse”⁷²

La Etapa Intermedia es, en síntesis, una fase de control jurisdiccional, de manera formal y sustancial, de las actividades y diligencias de los sujetos procesales llevadas delante de la investigación y particularmente sobre el poder requirente. Se desarrolla ante el juez de garantías en una audiencia oral y pública, fijándose un plazo en el que las partes pueden señalar los vicios del que adolece la acusación, objetar o solicitar el sobreseimiento, solicitar la suspensión condicional, medidas cautelares y la aplicación del criterio de oportunidad, entre otras medidas. En esta etapa, finalmente, el imputado y su defensor deben proponer la prueba que producirán en juicio.

Esta Etapa se basa en el Principio Acusatorio; en el artículo 60°, 1 del Nuevo Código Procesal Penal, hace referencia a la primera de las características del principio acusatorio; “El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial”. Esta característica es reconocida en el artículo 159°, 5 de la Constitución

⁷² PRINCIPE TRUJILLO, Hugo. “La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP)”. En Anuario de Derecho Penal 2009. La reforma del Derecho Penal y de Derecho Procesal en el Perú, Universidad de Fribourg, Fribourg, 2009, p.238.

Política del Perú, según el cual corresponde al Ministerio Público “ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

El principio acusatorio, ha señalado la Corte Suprema, que es “una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo qué distribución de roles o bajo qué condiciones se realizara el enjuiciamiento del objeto procesal penal”.

El principio acusatorio designa, pues, a un conjunto de garantías referidas a la distribución de roles y las condiciones en las que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto del proceso penal. La vigencia del principio acusatorio del proceso penal, imprime al sistema de enjuiciamiento las siguientes características:

- a) Las funciones de investigación y de juzgamiento están atribuidas a órganos distintos.
- b) La formulación es formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente.⁷³
- c) Señala la Corte Suprema que “El objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, de suerte que el objeto se concreta en la acusación fiscal, que a su vez puede relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2006-HC, FJ. 5.

fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites facticos”.⁷⁴

La misma Corte Suprema ha señalado también que: “Conforme al principio acusatorio que informa todo el proceso penal moderno, corresponde al Ministerio Público (...) definir el ámbito temático de la sentencia penal, a cuyo efecto debe describirse la acción u omisión punible y las circunstancias que determine la responsabilidad del imputado, así como citar las normas jurídico penales correspondiente, requisito último que es determinante para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en lo específico, para la vigencia de contradicción”.⁷⁵

- d)** “La función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine accusatore*, que si el fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordena al fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la fiscalía; el presupuesto del juicio jurisdiccional está conforme con el dictamen no acusatorio del fiscal provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación con motivo del recurso de apelación de la parte civil, al fiscal superior igualmente

⁷⁴ Queja N° 1678-2006-Lima, S.P.P., 13 de abril de 2007 (Precedente Vinculante). Diario Oficial El Peruano, 4 de mayo de 2007, año XVI, N° 862, PP. 6355-6356.

⁷⁵ R.N. N° 1062-2'6-Lima, S.P.P., 22 de diciembre de 2004. SAN MARTIN CASTRO, Cesar, jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p.98.

emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del fiscal provincial, no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación”.⁷⁶

- e) No puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a la persona distinta de la acusada.⁷⁷
- f) No puede existir juicio sin acusación, de acuerdo a los fundamentos del Tribunal Constitucional.⁷⁸
- g) No puede atribuirse al juzgador poder de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.⁷⁹

2.2.1. Acusación Fiscal:

La *acusación*⁸⁰ es el acto procesal que realiza el Fiscal, mediante el cual interpone la pretensión procesal penal consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena a una persona por un hecho punible que se afirma ha cometido. A través de la acusación, el acusado, plenamente identificado, podrá conocer el hecho que se le imputa, las pruebas de cargo en su contra, así como la pena y la reparación civil solicitadas.

En el proceso penal, la acusación cumple con la finalidad de delimitar en primer lugar el contenido del auto de enjuiciamiento, en segundo lugar la teoría del caso del fiscal y de la defensa del imputado, en tercer lugar el alcance y el

⁷⁶ Queja N°1678-2006-Lima, S.P.P., 13 de abril de 2007 (Precedente vinculante), Diario Oficial El Peruano, 4 de mayo de 2007, año XVI, N° 862, pp. 6355-6356.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2006-HC, F.J.5.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2006-HC, F.J.5.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 05386-2007-PHC/TC.

⁸⁰ Del latín *accusatio*, derivado del verbo *accusare*, acusar.

ovejo de debate en el juicio oral respecto del proceso y el delito que se imputa, en la medida que el tribunal no podrá incorporar hechos que no se encuentren plasmados en el escrito de requerimiento fiscal,⁸¹ y por último el alcance y contenido de la sentencia, que solo se pronunciara sobre el contenido de la acusación. El Fiscal solo puede emitir acusación en los casos en que el ejercicio de la acción es público. En tal caso, el Fiscal se convierte en parte procesal en sentido estricto. Aunque institucionalmente la acusación corresponde al Ministerio Público, puede también ser ejercitada por los particulares, en cuyo caso se habla de acusación particular o de querrela penal, según sean los delitos atribuidos o el correspondiente ordenamiento jurídico penal.

El requerimiento acusatorio del Fiscal pone fin a la Etapa de Investigación Preparatoria, y es sometido obligatoriamente a control de legalidad en la Etapa Intermedia, conocido también como etapa de preparación del juicio, por el órgano jurisdiccional. El juez puede, luego de aplicar el control de legalidad sobre el cumplimiento del ejercicio de la acción penal, la investigación preliminar y la investigación preparatoria, rechazar la acusación o el sobreseimiento. La finalidad de ese control es, entonces, evitar que el ciudadano investigado sea sobreseído o acusado sin mayor fundamento.⁸²

Señala el artículo 349°.1 del NCPP que la acusación fiscal será debidamente motivada. Para el maestro ALBERTO BINDER, se trata de una

⁸¹ FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho procesal penal, traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro, Bosch, Barcelona (España), p.387.

⁸² VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, pp. 23-24.

acusación, tendrá que ser una acusación fundada, esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho (...). La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio.

Supongamos que un Fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente, esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible.⁸³ Para ellos el Ministerio Público en su escrito acusatorio debe explicar por qué se llega a esa determinación incriminatoria; es decir, la estructuración de los hechos, la fundamentación de las distintas calificaciones jurídicas y de las pruebas que ofrece.⁸⁴

2.2.2. Requerimiento Fiscal Mixto:

Según el artículo 348° del NCPP, cuando el sobreseimiento es parcial, es decir, cuando el fiscal solicita sobreseimiento sobre un delito o acusa sobre otro, continua la causa respecto de los demás delitos o imputados que no los comprende. El juez, frente a un requerimiento fiscal mixto, acusatorio y no acusatorio, primero se pronuncia acerca del requerimiento de sobreseimiento.

⁸³ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Penal, 2° ed., Buenos Aires, p.247.

⁸⁴ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, pp. 24-25.

Culminado el trámite según lo dispuesto en los artículos sobre sobreseimiento, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal.⁸⁵

La acusación deberá ser notificada a los demás sujetos procesales y estos podrán objetarla y hacer sus requerimientos.

Mediante el artículo 350°.1 del NCPP se dictan medidas para el traslado de la acusación, la acusación será notificada a los demás sujetos procesales. Para ello, el fiscal debe presentar su requerimiento adjuntando las copias que sean necesarias para la notificación de ley. En caso contrario, el Juez declara inadmisibles los requerimientos fiscales por dicha causal⁸⁶ (...)

2.2.3. Objeción de los Demás Sujetos Procesales:

En el plazo de diez días los sujetos procesales pueden:

- a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección.
- b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos.
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242° y 243°, en lo pertinente.
- d) Pedir el sobreseimiento.
- e) Instar la aplicación, si fuera el caso, de un criterio de oportunidad.

⁸⁵ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, p. 56.

⁸⁶ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, p. 59.

- f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación del nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados por el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.
- g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerá los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.
- h) Y por último plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.⁸⁷

2.2.4. Aceptación de Hechos y Acuerdos Probatorios:

“Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio (...). Asimismo, los sujetos procesales mencionados podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. Se trata pues de acuerdos probatorios, también denominados convenciones probatorias (...). Como regla general, las convenciones probatorias son vinculantes. El juez sin embargo podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.”⁸⁸

⁸⁷ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Peru, pp. 67-68.

⁸⁸ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, p. 82.

2.2.5. Audiencia Preliminar:

“La audiencia preliminar o de acusación, o de control de la acusación fiscal, es aquella que se realiza ante el Juez de control de Garantías (Juez de la investigación preparatoria) para resolver sobre actuaciones o peticiones en asuntos ajenos a los de competencia del Juez de conocimiento. La audiencia de acusación tiene por finalidad establecer si la acusación tiene la base suficiente para fundar el inicio del juicio oral. El artículo 351° del NCPP señala las pautas para la realización de la preliminar.”⁸⁹

2.2.6. Participantes:

“Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y del abogado defensor del acusado (artículo 351°.1.b). Sin la presencia de alguno de ellos la audiencia no puede llevarse a cabo. Si no concurre el abogado defensor, el Juez reprograma la audiencia solicitando un defensor de oficio para que ejerza la defensa técnica del acusado. No es, por tanto, obligatoria la presencia del imputado para la instalación de la audiencia.

Algunas instituciones tutelares, como la Defensoría del Pueblo no están de acuerdo con que el control de acusación se realice sin la presencia del imputado, en tanto que se considera necesario su presencia a fin de que se determine libremente la elección del abogado defensor, más aun debido a que ellos está contemplado en nuestra Constitución Política, o que en todo caso se debe declarar contumaz o ausente dependiendo de su situación jurídica. No

⁸⁹ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, p.83.

existe, al respecto, problema alguno que afecte el derecho de defensa técnica del acusado para y en la Audiencia de Control de Acusación, puesto que el acusado ha tenido diez días hábiles, según el artículo 350° del NCPP, para nombrar o sustituir al defensor de su elección, así como para formular observaciones, ofrecer pruebas para juicio, etcétera.

Además, en la audiencia de control de acusación no se actuarán diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo dos excepciones. En la audiencia de Control de Acusación se observará el principio contradictorio, que se concretará mediante las intervenciones del fiscal, del defensor, del actor civil, del acusado y del tercero civilmente responsable. La declaración de contumacia y de ausencia tiene sus presupuestos específicos y están regulados adecuadamente por el artículo 79° del NCPP”.⁹⁰

2.2.7. Debate:

Señala el artículo 351°.3 del NCPP que, instalada la audiencia, el Juez otorgara la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El fiscal podrá en la misma audiencia, presentado el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; vale decir que el Fiscal solo podrá hacer a la acusación correcciones de forma. El Juez, en ese mismo acto

⁹⁰ VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1° ed., mayo 2013, Perú, pp. 84-85.

correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

2.3. Etapa De Juicio Oral

Si entendemos el juicio oral como la etapa principal del proceso penal y como la única etapa en la cual se puede dar la producción de la prueba que puede fundar una sentencia de culpabilidad, éste debe realizarse en cumplimiento de los principios de contradicción, publicidad, imparcialidad del juzgador, teniendo como vehículo de comunicación la palabra hablada, instrumento denominado " ORALIDAD".⁹¹

Así tendremos un Juicio Oral que se desenvolverá como un triángulo equidistante: a la cabeza tendremos al Juzgador y debajo de éste, al Fiscal sosteniendo la tesis de culpabilidad del acusado y frente a éste al acusado con su abogado defensor, que replicará el ataque del Ministerio Público. En ese sentido, compartimos las aseveraciones realizadas por BINDER en torno a esta etapa procesal, cuando señala que el Juicio Oral es "un acto realizado por un juez que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes fundamentalmente acusador y acusado, que se hace de un modo público, tal que los ciudadanos pueden ver por qué razones y sobre la base de qué pruebas un con Ciudadano será encerrado en la cárcel, y donde se garantiza la posibilidad de que el acusado se defienda"⁹².

⁹¹ MANUAL DE JUZGAMIENTO, PRUEBA Y LITIGACIÓN ORAL EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL, Normas para la Implementación. Academia de la Magistratura, Lima –Perú Pág. 21

⁹² BINDER, Alberto Política Criminal de la Formulación a la Praxis. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997. p. 218.

Esta etapa denominada juzgamiento en el NCPP o comúnmente conocida como Juicio Oral, es la que nos proponemos desarrollar, esperando constituya un modesto aporte para los estudiosos del derecho procesal penal y principalmente para los abogados litigantes.

2.3.1. La Preparación del Debate:

Las reglas procesales respecto a la preparación del debate las encontramos en el Art. 367° del Código Procesal Penal, entendidas como requisitos indispensables sin los cuales no podrá darse inicio al juicio oral. Por su parte los Arts. 368°, 369° y 370° regulan el lugar de Juzgamiento, la Instalación de la audiencia y la ubicación de las partes.

- a) La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.
- b) La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz.
- c) Si es un solo acusado o siendo varios ninguno concurre a la apertura de la audiencia, sin justificar su inasistencia, se señalará nuevo día y hora, sin perjuicio de declararlos contumaces.
- d) Cuando son varios los acusados, y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes, declarándose contumaces a los inconcurrentes sin justificación. Igual trato merecerá el acusado que injustificadamente deje de asistir a la audiencia.

- e) En caso que el acusado ausente o contumaz sea capturado o se presente voluntariamente antes de que se cierre la actividad probatoria, se le incorporará a la audiencia, se le hará saber los cargos que se le atribuyen y se le informará concisamente de lo actuado hasta ese momento. A continuación, se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, y se actuarán de ser el caso las pruebas compatibles con el estado del juicio.
- f) El imputado preso preventivo, en todo el curso del juicio, comparecerá sin ligaduras ni prisiones, acompañado de los efectivos policiales para prevenir el riesgo de fuga o de violencia. En casos o ante circunstancias especialmente graves, y de acuerdo al Reglamento que, previa coordinación con el Ministerio del Interior, dicte el Órgano de Gobierno del Poder Judicial, podrán establecerse mecanismos o directivas de seguridad adecuadas a las circunstancias.

La presencia del imputado y su defensor en el juicio oral son de carácter obligatorio, pues de no ser así, no existiría debate y por tanto; se atentaría contra el principio de contradicción o de audiencia el cual implica que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido el juicio. El principio de no ser condenado en ausencia se encuentra consagrado en el artículo 139° Inc. 12 de la Constitución Política del Estado,⁹³ así como también se encuentra reconocido en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el

⁹³ Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "el principio de no ser condenado en ausencia"

cual en su Art. 14, inc. 3 literal d) establece que, toda persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso ya defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección.

2.3.2. Lugar del Juzgamiento:

El Juzgamiento tendrá lugar en la Sala de Audiencias que designe el Juzgado Penal. Cuando por razones de enfermedad u otra causal justificada sea imposible la concurrencia del acusado a la Sala de Audiencias, el juzgamiento podrá realizarse en todo o en parte en el lugar donde éste se encuentre, siempre que su estado de salud y las condiciones lo permitan.

El órgano de gobierno del Poder Judicial establecerá las causas con preso preventivo que se realizarán en los locales o sedes judiciales adyacentes o ubicados dentro de los establecimientos penales, garantizando siempre la publicidad del juicio y que existan las condiciones materiales para su realización.

2.3.3. Instalación de la audiencia:

La audiencia sólo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los Jueces que integran el Juzgado Penal Colegiado, del Fiscal y, con las prevenciones fijadas en el artículo 366°, del acusado y su defensor.

El Juez Penal verificará la correcta citación a las partes, así como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de

la audiencia. El Auxiliar Jurisdiccional realizará las acciones conducentes a la efectiva concurrencia de estos últimos en la oportunidad que acuerde el Juez Penal.

2.3.4. Ubicación de las partes en la audiencia

El Juez Penal tendrá a su frente al acusado; a su derecha, al Fiscal y al abogado de la parte civil; y, a su izquierda al abogado defensor del acusado.

Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la Sala de Audiencias. El Auxiliar Jurisdiccional tomará las medidas necesarias para que los testigos no puedan dialogar entre sí. Los testigos y peritos sólo serán introducidos a la Sala de Audiencias a medida que sean llamados para ser examinados.

2.3.5. Desarrollo del Juicio:

Una vez cumplido con lo previsto por los artículos 369° y 370° del Código Procesal Penal, es decir luego de constatada la asistencia de todos los sujetos procesales que intervienen en el proceso, así como del juez o jueces, según sea el caso, y como consecuencia de ello se dé por instalada la audiencia, se abrirá la etapa principal del proceso, en donde se debatirá la culpabilidad o inocencia del imputado, sustentándose dicho debate en la teoría del caso y las pruebas que aporten los sujetos procesales. En esta fase inicial del juicio oral, va a jugar un papel trascendental, que tanto el Fiscal como la defensa sepan plantear su teoría

del caso. Ello va a conllevar a que su argumentación inicial, está basada sobre un tema central, y como es que va a probarse ese tema central en el juicio oral.⁹⁴

A su turno, la defensa desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por el propio Ministerio Público, intentará desdibujar el relato de la fiscalía, explicando los hechos desde una óptica diferente. El defensor tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil.

De lo que no cabe duda es que el abogado litigante es un narrador, que recurre ante el tribunal para contarle de manera más persuasiva la historia de su cliente, de modo que se ofrezca una opción razonable al juez como para que la repita al momento de resolver la controversia.

Lo señalado en los párrafos precedentes importa para sostener que las pretensiones de las partes en un proceso penal deben ir premunidas de un elemento fundamental: una idea central o teoría explicativa sobre lo que ocurrió. En definitiva, una idea transformada en relato, que intentará dar cuenta de un hecho, omnicomprensiva, autosuficiente, única y verosímilmente.

⁹⁴ ROBERTO E. CACERES J. y RONALD D. IPARRAGUIRRE N. "Código Procesal Penal Comentado D. Leg. 957. 1ra. Ed. Edit. JURISTAS. Lima-Perú. Mayo 2007. Pág. 421.

El juicio oral, una vez instalada deberá contar con los siguientes procedimientos:

a) Alegato de Apertura: El momento de presentación de la teoría del caso es el alegato de apertura. Es la primera información que el Juez recibe de las partes. Al hacer la exposición de la teoría se debe captar la atención y el interés de los jueces al exponerle un resumen objetivo de los hechos y la prueba con que cuentan. Se presenta el caso que se va a conocer, señalando lo que prueba va a demostrar y desde que punto de vista debe ser apreciada. En el alegato de apertura se hará una "promesa" de lo que se presentara en el juicio.

Recomendaciones para el alegato de apertura:

- No debemos argumentar. El momento del alegato de apertura no es para emitir conclusiones, ya que materialmente no se tiene nada probado (desde el punto de vista normativo es causal válida de objeción). Las conclusiones, por qué nuestro caso debe prevalecer, lo dejaremos para los alegatos finales.
- Solo se debe prometer, lo que se cumplirá. No debemos sobredimensionar los alcances de la prueba que se presentará, esto genera costos de credibilidad.
- No emitir opiniones personales. El alegato de apertura no es una instancia para apelar a los sentimientos del juzgador.
- Se debe tratar de personalizar el conflicto. Presentar el caso de manera humana, no debemos caer en abstracciones.

- Ayuda de audiovisuales. Entre más complejo sea el caso, hay más necesidad de ayuda audiovisual.

b) Estructura del Alegato de Apertura: No existe una única manera única de presentar los alegatos, ello depende de las particularidades del caso, sin embargo consideramos el siguiente como un modelo más general.

- Introducción. Desde su inicio debe enviar un mensaje al juzgador, esta introducción debe contener la información esencial. Se debe comenzar con consideraciones generales, para bajar a los detalles en el caso concreto, la declaración inaugural llámese alegato de apertura debe iniciar con un panorama general fáctico, es decir acerca de los hechos.
- Presentación de los hechos (Todavía no se han producido las pruebas, tener en cuenta que no se puede argumentar, inferir acerca de las pruebas es propio del alegato final).
- Presentación de los fundamentos jurídicos (Se debe enunciar las disposiciones sustantivas y adjetivas que fundamentan su teoría).
- Conclusión. (Se debe concluir con una petición concreta de lo que será en realidad el juicio).

c) Examen Directo: El examen directo es el primer interrogatorio que se efectúa por la parte que ofreció al testigo. El examen directo, es la mejor oportunidad que los litigantes tienen, para establecer su caso y probarlo, brindándole al Tribunal, la versión del testigo. El juzgador debe "escuchar al testigo".

El principal objetivo es obtener del testigo la información necesaria, sea el caso completo o partes del mismo, para construir la historia que hemos presentado en el alegato de apertura, es decir se acredite nuestra Teoría del Caso. También se pueden establecer otros objetivos: introducir la prueba material.

La idea de preparación a los testigos suele ser incómoda en nuestro medio, ya que se asocia al engaño, es decir se prepara a un testigo para que mienta en el Juicio (el testigo cometa perjurio), para que actúe conforme ha sido instruido por el abogado. La preparación del juicio es una práctica totalmente lícita y necesaria en un Sistema Acusatorio Adversarial, en la medida que no existen testigos perfectos. El tener la calidad de testigo en un Juicio Oral, es un asunto, netamente accidental, (a excepción de los peritos que son una especie de testigos), la gran mayoría de ciudadanos, siente temor ante la idea de comparecer en una audiencia de Juzgamiento a brindar su declaración.

Debemos tener en cuenta lo complicado que es afrontar un juicio oral, tal como nos lo explica GOLDBERG: "...Por desgracia los juicios no son tan sencillos. Algunos testigos mienten, algunos testigos veraces parecen estar mintiendo, algunos testigos mentirosos parecen estar diciendo la verdad, algunos testigos olvidan, algunos testigos no son escuchados, hay jurados

que no escuchan, hay abogados que cometen errores, testigos que también incurren en error, hay jueces que se equivocan" ⁹⁵

El litigante debe hacerle entender al testigo el rol que desempeña en el Proceso, debe entender que su declaración debe ser recibida por el Juzgador de manera clara, debe hacer que el mensaje llegue. Quiñones Vargas,⁹⁶ desarrolla los siguientes principios, al momento de la preparación de testigos:

- Cuestionar la versión del testigo.
- Asegurarse que el testigo dice la verdad.
- Familiarizar al testigo con el Sistema Procesal Penal.
- Hacer consciente al testigo de su rol en el Proceso.
- Escuchar el relato del testigo y seleccionar las partes pertinentes.
- Explicar al testigo las reglas y propósitos del interrogatorio directo.
- Definir el vocabulario a utilizar.
- Indicarle al testigo la forma de testificar en la Audiencia Pública.
- Practicar con el testigo las preguntas y respuestas del interrogatorio directo.

d) Estructura del examen directo: Es el primer acto que debe realizarse al examinar a un testigo, es acreditarlo, lo cual emana de la lógica de los

⁹⁵ GOLDBERG H, Steven. Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré? Título Original: The First Trial. Where Do I Sit? What Do I Say? Traducción de Aníbal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994. p. 14.

⁹⁶ QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, 2003. p. 164 -172.

juicios orales en un Sistema Acusatorio-Adversarial. La acreditación del testigo es la respuesta a la pregunta de ¿por qué el juzgador debe creer lo que mi testigo declara?

El juzgador debe conocer al testigo⁹⁷, se debe tratar de humanizar al testigo, esta información le brindara credibilidad a mi testigo. Desde el punto de vista del testigo estas preguntas le brindaran confianza ya que se le pregunta por aspectos familiares.

La intensidad con la cual el litigante acredite a su testigo, depende de la información que este va brindar. Las preguntas de acreditación se formulan: ¿Cómo se llama usted? ¿A qué se dedica? ¿Qué relación tiene con el agraviado/ imputado? ¿Hace cuánto conoce al agraviado/ acusado? etc.

Debemos tener en cuenta que el testigo es el protagonista del examen directo y no el abogado, él debe ser quien relate la historia, ya que él conoce los hechos de manera inmediata. El objetivo específico es que el Juzgador escuche a nuestro testigo, la información con la cual el Juzgador decidirá el caso, es aquella que emana de los testigos. Existen tipos de preguntas, como:

- **Preguntas Abiertas:** Es la herramienta más importante con la que se cuenta en el examen directo, invitan al testigo a formular su respuesta

⁹⁷ FONTANET MALDONADO, Julio E. *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*. 2ª Edición. Jurídica Editores. Chicago, 2002. p. 5.

de manera directa general. Este tipo de preguntas permite evaluar el conocimiento de los hechos por parte del testigo. Estas preguntas elevan la credibilidad del testigo, sin embargo en el caso que el testigo no esté bien preparado para afrontar un Juicio Oral, el testigo no aportara los datos relevantes, o aporta datos irrelevantes.

- **Preguntas de transición u orientación:** Este tipo de preguntas permite al testigo reconstruir los hechos, nos permiten "mover" al testigo en el tema de manera coherente y sencilla, hacer transitar al testigo de un tema a otro a fin de que no se pierda.
- **Preguntas Cerradas.:** Son preguntas admisibles en el examen directo, estas preguntas suministran una respuesta específica, no es una pregunta que sugiere una respuesta, si no invita a elegir una opción entre varias posibles. Este tipo de preguntas tiene costo de credibilidad en el interrogatorio directo, pero nos favorece en la medida que nos brindan una respuesta específica.

Las prohibiciones en el examen directo son perjudiciales para nuestro caso la pregunta sugestiva. La pregunta sugestiva es aquella en la cual se hace una afirmación, la respuesta del testigo será afirmar o negar la aseveración que hace el litigante. Este tipo de preguntas en el interrogatorio directo demuestra: mala preparación del abogado, un testigo a quien haya que sugerirle las contestaciones, un abogado que priva de protagonismo al testigo (crea un interrogante en torno a la

capacidad de recordar del testigo, el testigo es quien tiene que hacer las aseveraciones y las conclusiones.

La pregunta sugestiva puede ser identificada, ya que solo puede ser contestada de manera afirmativa o negativa. La mejor manera de combatir estas preguntas es haciendo preguntas abiertas, propician que el testigo sea el protagonista del interrogatorio. Así mismo, debemos tener en cuenta, lo afirmado por Romero Coloma:⁹⁸ "La sugestividad de la pregunta depende no solamente de la forma en que se haya hecho la pregunta, sino también del tono y la autoridad del interrogador y del ambiente en que tiene lugar".

- e) **Contra examen:** Es aquel que lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo. En el contra examen, se pone a prueba la información obtenida en el examen directo, es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestra parte adversa. Se le suele definir como el contrainterrogatorio.
- f) **Examen y Contra examen a Peritos:** El testigo solo puede declarar sobre materias de las cuales tenga conocimiento personal. Solo a los peritos se les permite emitir opiniones o inferencias sobre hechos o eventos. El perito es un testigo excepcional que posee conocimiento especializado.

⁹⁸ ROMERO COLOMA, Aurelia María. Problemática de la prueba testifical en el Proceso Penal. Civitas Ediciones. *Madrid*, 2000. p. 55.

g) Las Objeciones: En el contexto donde se asegure el juego justo deben existir límites para las actuaciones de los sujetos que participan, en el proceso penal a estos límites, se le denominan objeciones.

Objetar significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir en el proceso por alguna de las partes litigantes o por el juez. El objetar no es una obligación es un derecho. La objeción va dirigida al aspecto sustantivo de la prueba, no a la parte que pretende hacerlo. Se le pueden objetar las actuaciones del juez. El objetar no debe ser considerado como un acto personalista en contra de la parte adversa, nos debemos dirigir siempre con respeto y firmeza: "objeción".

h) Alegato De Clausura: En esencia el alegato de clausura es un ejercicio argumentativo, el abogado sugiere que conclusiones se deben extraer de lo que ocurrió durante el debate. El alegato final debe ser acorde con la teoría del caso, es la última oportunidad del litigante de persuadir al juzgador, sin embargo debemos ser conscientes que el Juzgador evaluará toda nuestra actuación en el Juzgamiento.

i) Deliberación (Art. 392° del CPP): Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, la deliberación no podrá extenderse más allá de dos días, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del Juzgado Colegiado. En los procesos complejos el plazo es el doble en todos los casos previstos en el párrafo anterior.

Transcurrido el plazo sin que se produzca el fallo, el juicio deberá repetirse ante otro Juzgado, sin perjuicio de las acciones por responsabilidad disciplinaria que correspondan, las decisiones se adoptan por mayoría. Si ésta no se produce en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio. Para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime.

2.3.6. Lectura de la sentencia (Art. 396°)

El Juez Penal, Unipersonal o Colegiado, según el caso, se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de ser convocadas verbalmente las partes, y la sentencia será leída ante quienes comparezcan.

Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.

La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella.

CAPITULO III: IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS

1. PROBLEMAS DE FONDO:

1.2. Problemas Accesorios:

a. Determinar si el hecho cometido por el procesado fue tipificado correctamente:

Teniendo en cuenta que la tipicidad es el acto por el cual se adecúa un hecho determinado (una conducta humana) a la descripción de un hecho similar (tipo penal) que se hace en el Código Penal, en este proceso el hecho denunciado fue tipificado por la fiscal y el Juez en forma correcta, pues en el libro segundo, Título I, Título IV, Capítulo I, se encuentra previsto el delito Contra la Libertad Sexual-Violación Sexual en grado de tentativa, prescrito en el Art. 170° primer párrafo del Código Penal concordado con el artículo 16 del mismo texto, y alternativamente por el delito de Actos contra el Pudor tipificado en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal.

b) Establecer si el procesado actuó con dolo o culpa en la comisión del delito:

Para determinar qué conductas constituyen delito, se establece la tipicidad objetiva y subjetiva, dentro de esta última se encuentran el dolo y la culpa.

Se entiende por dolo al conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal; es decir, el sujeto sabe que ejecuta una acción prohibida y la quiere realizar; mientras que actúa por culpa aquella persona que no observa

el cuidado requerido, no cumple con el deber de cuidado, a la vez que no previene el resultado lesivo para el bien jurídico, debiendo hacerlo. En consecuencia, el delito culposo reside en la realización del tipo objetivo de un delito, por causa de haber infringido un deber de cuidado.

En el presente caso, tratándose del delito de violación sexual en grado de tentativa y el delito de actos contra el pudor, tenemos que estos tipos penales no admiten la culpa, siendo netamente dolosos; por lo que, para que un delito sea culposo el tipo penal tiene que tener el término “el que por culpa”, para que sea admitido como tal.

c) Establecer si las penalidades aplicadas se encuentran arregladas a lo previsto por el Código Penal sobre el delito imputado:

Considerando que en el presente proceso en primera instancia se ha condenado a Jhonny Edwin Lomonte Chiquian por el delito contra la Libertad Sexual– Actos contra el Pudor, establecido en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal, donde se establece: *“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 176, con violencia o grave amenaza realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre si misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”* habiéndose condenado al imputado a tres años y ocho meses de pena privativa de libertad con el carácter de suspendida en su ejecución por el plazo

de tres años, sujeto a regla de conducta, encontrándose arreglada dicha sanción a lo dispuesto en el tipo penal.

Sin embargo, estando de acuerdo con el criterio de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, considero que la absolución del procesado Jhonny Edwin Lomonte Chiquian fue la correcta, en tanto la Sala realizó una motivación conjunta de los medios probatorios ofrecidos por la representante del Ministerio Público, pues las testimoniales no son consistentes, toda vez que estas solo determinan que el sentenciado llegó a la casa de la presunta agraviada y que ambos estaban en estado de ebriedad al punto que el procesado no recuerda como llegó a su casa, teniendo en cuenta que dos de los testigos ofrecidos son el esposo y el hermano de la supuesta agraviada; además, que el hecho que la presunta agraviada haya recibido la cantidad de mil quinientos soles por parte de la familia del sentenciado le resta credibilidad.

Por otro lado, que la Constatación Fiscal en el lugar de los hechos se realizó después de dos meses, y no se pudo determinar si había una puerta entre la sala y el dormitorio de la agraviada, así como en las fotografías donde no se da certeza de nada. Y si bien es cierto, que el Certificado médico legal, acredita las lesiones en la agraviada este no vincula necesariamente con el sentenciado.

De la pericia psicológica se determinó que existía indicadores de afectación emocional, en este punto la agraviada refiere haber confundido toda esa agresión como proveniente de su esposo, en ese orden de ideas, esa afectación podría provenir de su pareja.

1.3. Problema Principal:

- a. Determinar si el procesado Jhonny Edwin Lomonte Chiquian es responsable de la comisión del Delito Contra la Libertad Sexual – Actos contra el Pudor; en agravio de H.Y.R.L.**

Para que se configure un delito es necesario que la acción u omisión sea típica, antijurídica y culpable, características que llevan a la imputabilidad del sujeto activo.

Del análisis del proceso se infiere que Jhonny Edwin Lomonte Chiquian no es responsable del Delito Contra la Libertad Sexual– Actos Contra el Pudor, pues durante el proceso y actuación de pruebas no se ha llegado a demostrar plenamente el actuar delictuoso del procesado. Por ello considero que el procesado debió haber sido absuelto, tal como resolvió la Sala Penal de Apelaciones, pues lo que en el proceso quedó demostrado es que Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, llegó a la casa de la agraviada mas no los supuestos que se le imputan.

2. PROBLEMAS DE FORMA:

2.1. Problemas Accesorios:

- a) Establecer si el proceso que se siguió fue la correcta:**

El proceso materia de análisis, se inicia en el año 2015 y fue admitida el requerimiento fiscal considerándolo tipificado en el artículo 170 primer párrafo concordante con el artículo 16 del Código Penal y alternativamente en el artículo 176 primer párrafo del Código Penal.

b) Establecer si las Resoluciones y demás actos procesales cumplen con los requisitos formales:

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

- **Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria:** Responde a los requisitos establecidos en la norma adjetiva penal. Es así que el Juez de la Investigación Preparatoria en la resolución emitida considera que el hecho denunciado constituye delito que se ha individualizado al presunto autor y que la acción penal no ha prescrito, asimismo la motivación, fundamentos y la calificación de modo genérico y específico del delito que se le imputa al denunciado. También se hace referencia al Art. 339° del Código Procesal Penal que una vez formalizada la investigación se suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, siendo que además el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

- **Acusación Fiscal:** Cumple con los requisitos establecidos en el Art. 349 del Código Procesal Penal, en cuanto al escrito de la acusación, la misma que fue presentada al Juzgado de Investigación Preparatoria con fecha tres de junio del año dos mil catorce.

Añadimos, que existió una acusación alternativa, siendo una facultad permitida por parte del representante del Ministerio Público.

- **El auto de Enjuiciamiento:** Cumple con los requisitos establecidos en el artículo 353° del Código Procesal Penal, el cual es dictada por el Juez de Investigación Preparatoria, la misma que, luego de emitida dentro de las 48 horas será remitido al Juzgado Unipersonal.
- **El Auto de Citación a Juicio oral:** Cumple con los requisitos establecidos en el Art. 355° del Código Procesal Penal, donde además se le apercibe al imputado que en caso de incomparecencia se le declarará reo contumaz.
- **La Sentencia de primera instancia:** Esta Resolución es emitida mediante resolución número nueve, de fecha trece de mayo del dos mil dieciséis, apreciándose que ésta tiene una evidente falta de motivación, pues el fundamento principal de la sentencia se basa en la declaración de los testigos que no pueden corroborar los hechos que se imputan al

acusado tan solo el hecho de que el si llego a la casa de la agraviada, asimismo se basa en el acta de constatación fiscal, sin tener en cuenta que éste se llevó después de dos meses de ocurrido los hechos y no corroboran que el imputado fue el que agredió al agraviado, ni se pudo identificar bien el lugar, asimismo de las pericias emitidas por el médicos legistas hacen referencia, a que las lesiones sufridas por parte de la agraviada pudieron haber sido ocasionados por terceros, así como la pericia psicológica que las afectaciones que resultaron de este podrían provenir de su pareja y no del procesado, consecuentemente el Juez del Juzgado Unipersonal no hizo una valoración adecuada de los medios probatorios, limitándose solo a repetir el fundamento realizado por el representante del Ministerio Público.

- **Sentencia de segunda instancia:** Contenida en la resolución número dieciocho, de fecha veintiuno de setiembre del año dos mil dieciséis, donde se aprecia que dicha resolución si se encuentra motivada y realiza un análisis de cada medio probatorio introducido por la representante del Ministerio Público, absolviéndose de este modo de los hechos que se le imputa al acusado.

2.2. Problema Principal:

- a) Establecer si el proceso fue llevado dentro de los cánones legales de los principios y garantías del debido proceso:**

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en la Constitución Política en el artículo 139, inciso 3, la observancia del debido proceso como una garantía y principio de la función jurisdiccional, que es de carácter general y comprende las demás garantías procesales.

De todos los aspectos analizados, se advierte que en su gran mayoría fueron respetados los principios procesales, aunque se cumplió de manera irregular el que prevé la Constitución Política en su artículo 139, inciso 5, que se refiere a la motivación de las Resoluciones Judiciales, pues la Sentencia de primera instancia no fue debidamente fundamentada; es decir, los fundamentos de hecho y de derecho que explican su razón de ser.

CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS:

📖 REGLAS SOBRE APRECIACION DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

“El cual en su fundamento 31, señala que el juez debe atender las particularidades de cada caso concreto para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo y la adecuar a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual.

📖 ACTOS CONTRA EL PUDOR Y RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 04364-2011-PHC/TC -
Corte Suprema de Justicia-Sala Segunda:

Se imputa a don Darío Armando Pérez Cajahuanca la presunta comisión del delito contra la libertad-violación de libertad sexual- actos contra el pudor y contra la administración pública-resistencia y desobediencia a la autoridad en agravio del Estado, por el hecho de que, según se señala en el considerando primero, el denunciado fue intervenido por personal policial de servicio al Banco de la Nación de Santa Anita en comisión de flagrante delito, hecho que se suscitó cuando la agraviada, junto con su madre esperaba movilidad en la esquina del Banco, circunstancia en la que aparecieron dos sujetos que caminaban abrazados por el lugar con signos de ebriedad, entre ellos el accionante, el cual se le abalanzó cogiéndole fuertemente el seno derecho para luego retirarse; ante ello la madre de la agraviada reaccionó lanzándole un puñete en la

espalda, por lo que el denunciado intentó agredirla, y al solicitar la agraviada apoyo se presentó el policía que custodiaba el Banco de la Nación, quien le solicitó al denunciado que se calmara, reaccionando éste con tal violencia que rompió la camisa al efectivo policial.

De otro lado, en el considerando tercero se establece que se ha individualizado al presunto autor, que los hechos denunciados se encuentran tipificados en los artículos 176° y 378° y que no han prescrito.

Por lo que al encontrarse debidamente motivado el auto de apertura de instrucción, la demanda debe ser desestimada en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

Debe tenerse presente que si bien el auto de apertura de instrucción debe contener una suficiente justificación de la decisión adoptada, expresando los hechos imputados, así como las pruebas o indicios que vincularían la conducta atribuida al recurrente; no puede exigirse que el auto de apertura de instrucción tenga el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos y valoración de pruebas que sí sería exigible en una sentencia condenatoria, que es el momento en el que recién se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haber realizado una intensa investigación y de haber actuado las pruebas de cargo y descargo.

Por estos fundamentos; se HA RESUELTO declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

SS. URVIOLA HANI, VERGARA GOTELLI y ETO CRUZ

PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA:

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

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0618-2005-PHC/TC

En Lima, a los 8 días del mes de marzo de dos mil cinco. - ASUNTO: Recurso extraordinario interpuesto por don Javier Villavicencio Alfaro contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 386, su fecha 4 de noviembre de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

Derecho a la presunción de inocencia - Vulneración del derecho a la presunción de inocencia:

El demandante alega que la Ejecutoria Suprema cuestionada transgrede el derecho a la presunción de inocencia, pues de su contenido “se advierte un direccionamiento para que me impongan una sentencia condenatoria a pesar de que el Fiscal Supremo opina por el No Haber Nulidad de la apelada, usurpando la emplazada las funciones de perseguir el delito y la carga de la prueba que son propias del Ministerio Publico”.

Constitucionalidad de la Ejecutoria Suprema

Los vocales supremos emplazados sostienen que la resolución cuestionada no transgrede el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución garantiza, toda vez que “[l]a cuestionada [resolución] no hace referencia a responsabilidad o irresponsabilidad del demandante en los hechos materia de imputación”.

Al respecto, es importante acotar que, conforme lo establecen las garantías del debido proceso, el numeral e, inciso 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el artículo 11.1 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad”.

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

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

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, HA RESUELTO, Declarar INFUNDADA la demanda.

SS. ALVA ORLANDINI, BARDELLI LARTIRIGOYEN, GONZALES OJEDA, GARCÍA TOMA, VERGARA GOTELLI y LANDA ARROYO

V. CONCLUSIONES:

- ✍ Del análisis del presente proceso se concluye que la representante del Ministerio Público, no construye de manera sólida su teoría del caso al momento de formular la Acusación Fiscal por el Delito cometido contra la Libertad Sexual - Violación Sexual en grado de tentativa y alternativamente Actos Contra el Pudor.

- ✍ El señor fiscal incorpora como medios probatorios, la testimonial de la misma agraviada, lo cual no fue corroborada con ningún medio probatorio solido alguno; asimismo tanto de la ocurrencia como del acta de constatación fiscal, se realizó dos meses después, tiempo en el cual existe mayor probabilidad de contaminación del lugar de los hechos.

- ✍ Se debe de tener en cuenta el mal manejo de los términos jurídico señalados en el expediente, tales como la existencia de una “acusación directa”, sin ello ser cierto, pues lamentablemente nuestro sistema judicial no realiza una capacitación a su personal y a mi parecer se llega a mecanizar (copia y pega) a los sujetos que están a cargo en los diversos procesos judiciales.

- ✍ La poca advertencia que se ve por parte de los abogados, fiscales y hasta jueces de la información errónea transcrita de forma preocupante en las disposiciones, decretos, autos y resoluciones

VI. BIBLIOGRAFÍA:

- ☞ BUSTOS RAMIREZ, Juan: “Obras completas – Derecho Penal – Parte General”. Tomo I. ARA Editores E.I.R.L. Lima – 2004.
- ☞ ROXIN, Claus; “Autoría y Dominio de Hecho en Derecho Penal”. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid.- España, 6ta. Edición – 1994.
- ☞ BAJO FERNANDEZ, Miguel, Manual de derecho penal, t,I, Madrid: Ceura, 1991.
- ☞ CARO CORIA, Dino Carlos, “Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Cathedra. Espíritu del Derecho. Vol III, n° 5, Lima, 1999. “Estudio sistemático de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, CARO CORIA, Dino Carlos y César SAN MARTIN CASTRO, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales, Lima: Grijley, 2000.
- ☞ ROY FREYRE, Luis Eduardo, Derecho penal peruano. Parte especial, t. II, Lima: Instituto peruano de ciencias Penales, 1975.
- ☞ GARCIA CANTIZANO, María del Carme, “ ¿Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública”, en Actualidad Jurídica, t. 67-B, Lima, junio de 1999.
- ☞ VICENTE ARENAS, Rosario, Comentarios al código penal colombiano. Parte especial.
- ☞ ESTRELLA, Oscar Alberto, De los delitos sexuales.
- ☞ DONNA, Edgardo, Derecho penal. Parte especial.
- ☞ MEZGER, Edmundo, Derecho penal. Parte especial.
- ☞ CARMONA SALGADO, Concepción, Delitos contra la libertad sexual.

- BRAMONTARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, Manual de derecho penal, 1997.
- VILLA STEIN, Derecho penal, 1998^a
- HORVITZ LENNON/LOPEZ MASLE. Derecho procesal penal chileno.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria”, en Preguntas y respuestas sobre instituciones del Código Procesal Penal, BLG, Trujillo (Perú), 2008.
- BURGOS MARIÑOS, Víctor. “El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad”, en [Http: //sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/burgos_m_v/cap4_2.htm](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/burgos_m_v/cap4_2.htm)
- MIXAN MASS, Florencio. “La investigación preparatoria”, en Preguntas frecuentes sobre el Código Procesal Penal, BLG, Trujillo (Perú), 2010.
- PRINCIPE TRUJILLO, Hugo. “La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP)”. En Anuario de Derecho Penal 2009. La reforma del Derecho Penal y de Derecho Procesal en el Perú, Universidad de Fribourg, Fribourg, 2009.
- VALENCIA LLERENA, Niccy. Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal, 1^o ed., mayo 2013, Perú.
- BINDER, Alberto Política Criminal de la Formulación a la Praxis. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997.

- ☞ ROBERTO E. CACERES J. y RONALD D. IPARRAGUIRRE N. "Código Procesal Penal Comentado D. Leg. 957. 1ra. Ed. Edit. JURISTAS. Lima-Perú. Mayo 2007.
- ☞ GOLDBERG H, Steven. Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?. Título Original: The First Trial. Where Do I Sit? What Do I Say? Traducción de Aníbal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994.
- ☞ QUIÑONES VARGAS, Héctor. Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, 2003.
- ☞ FONTANET MALDONADO, Julio E. Principios y Técnicas de la Práctica Forense. 2º Edición. Jurídica Editores. Chicago, 2002.
- ☞ ROMERO COLOMA, Aurelia María. Problemática de la prueba testifical en el Proceso Penal. Civitas Ediciones. Madrid, 2000.
- ☞ AYAN, Manuel. Recursos en materia penal, Marcos Lerner, Córdoba (Argentina), 1985.
- ☞ CAFFERATA NORES, José I. y otros. Manual de Derecho Procesal Penal, Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba (Argentina), 2003.
- ☞ CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1967.
- ☞ CALDERON SUMARRIVA, Ana y AGUILA GRADOS, Guido. Balotario desarrollado para el examen del CNM, Egacal, Lima.
- ☞ SANCHEZ VELARDE, Pablo. Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima.
- ☞ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho procesal penal, cit., v. II, pp. 976-982.
- ☞ R.N. N° 1608-2004-Lima, Ejecutoria suprema vista el 20 de agosto de 2004.

- ☞ R.N. N° 1062-2''6-Lima, S.P.P., 22 de diciembre de 2004. SAN MARTIN CASTRO, Cesar, jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006.
- ☞ Queja N° 1336-2006, Ejecutoria Suprema 12 de abril de 2007
- ☞ Queja N° 1678-2006-Lima, S.P.P., 13 de abril de 2007 (Precedente Vinculante).
- ☞ Diario Oficial el Peruano, 4 de mayo de 2007, año XVI, N° 862, PP. 6355-6356.
- ☞ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2006-HC.
- ☞ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 05386-2007-PHC/TC.
- ☞ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Penal, 2° ed., Buenos Aires, p.247.
- ☞ CORTE SUPREMA, Expediente N° 2553-93, en Gaceta Jurídica.
- ☞ CORTE SUPERIOR, Sala penal de apelaciones, Expediente N° 8145-97, en ROJAS VARGAS, Fidel, Denyse BACA CARRERA NEIRA BHUAMAN, jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, t. III, Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
- ☞ SALA PENAL DE PERMANENTE, Recurso de Nulidad N° 2920-2004, Ica.
- ☞ Diccionario de Derecho Procesal Penal (Panamá)

EXPEDIENTE

CIVIL

INDICE

RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE	vii
CAPITULO I: RESUMEN DEL EXPEDIENTE	1
1. ETAPA POSTULATORIA	1
1.1. Demanda:	1
1.2. Fundamentación fáctica	1
1.3. Fundamentación jurídica	5
1.4. Vía procedimental	6
1.5. Monto de petitorio	6
1.6. Medios probatorios	6
1.7. Auto admisorio	7
1.8. Contestación de Demanda	8
1.9. Auto que admite la Contestación de Demanda y Saneamiento Procesal	10
1.10. Audiencia de Conciliación y fijación de Puntos Controvertidos	10
1.11. Continuación de la Audiencia de Conciliación y fijación de Puntos Controvertidos	11
1.12. Fijación de Puntos Controvertidos	12
2. ETAPA PROBATORIA	12
2.1. Admisión de Medios Probatorios	12
2.2. Audiencia de actuación de medios probatorios	13
3. ETAPA DECISORIA	18
3.1. Sentencia	18
4. ETAPA DE REVISIÓN	19
4.1. Recurso de apelación	19
4.2. Sentencia de Grado	19
5. RECURSO DE CASACIÓN	20

5.1. Auto Calificadorio del Recurso	20
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	21
1. EL PROCESO CIVIL	21
1.1. Finalidad Y Objeto Del Proceso	23
1.2. Naturaleza Jurídica Del Proceso	25
2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	27
2.1. Concepto	27
2.2. Clasificación	28
2.3. Sujetos Procesales	36
3. LOS CONTRATOS	49
3.1. Definición	49
3.2. Elementos del Contrato	50
3.3. Clasificación de los Contratos	54
3.4. Efectos de los Contratos	55
3.5. El objeto de los Contratos	57
3.6. Creación de una relación jurídica	57
3.7. Regulación de una relación jurídica	57
3.8. Modificación de una relación Jurídica	58
3.9. Extinción de una relación Jurídica	58
3.10. Extinción de los contratos	59
4. RESOLUCIÓN DE CONTRATO	61
4.1. Antecedentes y Definición de la Resolución de Contrato	61
4.2. Titulares del Derecho de Resolver el Contrato	63
4.3. Casos de Resolución	64
4.4. Efectos de la Resolución	65
4.5. Carácter de la Acción Resolución	69
4.6. ¿Se resuelve el contrato o la obligación?	70
4.7. Resolución por Incumplimiento	72

4.8. Mutuo Disenso	72
5. LA COMPRAVENTA	73
5.1. Características	74
5.2. Obligaciones del Vendedor	74
5.3. Obligaciones del Comprador	75
5.4. Aspectos que deben tenerse en cuenta	75
6. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS	76
6.1. Concepto y Elementos	76
6.2. Elementos	76
6.3. El daño	78
6.4. Procedencia del pago de la indemnización de daños y perjuicios	78
6.5. En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios.	81
6.6. Determinación de los daños y perjuicios	81
6.7. Fundamento de la Indemnización de Daños y Perjuicios	88
6.8. Oportunidad para Ejercitarse a Acción de Daños y Perjuicios	89
6.9. La prueba de los Daños y Perjuicios	91
CAPITULO III: ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE	93
1.1. Sobre La Etapa Postulatoria	93
1.2. Sobre La Etapa Probatoria	95
1.3. Sobre La Etapa Decisoria	96
1.3.1. Sentencia de primera Instancia	96
1.3.2. Sentencia de segunda Etapa	97
CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA	100
V. CONCLUSIONES	104
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106

RESUMEN

En el presente trabajo las partes celebraron un contrato privado de compra-venta de un vehículo, pactando la suma de US\$. 5,500.00, a la firma del contrato se entregó la suma de US\$. 2,250.00, se iba a abonar en tres cuotas mensuales, en el cual la demandada indico que el vehículo se encontraba en perfectas condiciones, pero a los pocos días de entregado comenzó a sufrir diversos desperfectos mecánicos, entregándose el vehículo a la emplazada y se le ha exigido mediante Carta Notarial la devolución del dinero entregado, haciendo caso omiso a este, asimismo la demandada indicó que el vehículo estaba inscrito a favor de la Empresa de Transportes Los Andes S.R.L. y que en el transcurso de una semana iba a regularizar la transferencia, pero nunca lo hizo, razones por el cual, habiendo transcurrido más de siete meses se recurre el Órgano Jurisdiccional para resolver el contrato, la devolución del dinero entregado y la indemnización por los daños y perjuicios causados, monto que se determinaría por sentencia judicial.

Siendo así, el segundo Juzgado Mixto de Huaraz, mediante Resolución N° 13, de fecha 31 de octubre del 2005, declararon improcedente la demanda, interponiendo así la parte demandante interpuso el recuero de apelación, emitiendo así la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash la Resolución N° 21 de fecha 06 de julio del 2006, donde resuelve **revocar** la sentencia apelada y reformándola declaración fundada en parte la demanda.

Finalmente, la demandante interpuso el recurso de casación, siendo declarando este improcedente.

PALABRAS CLAVES: Contrato privado, transferencia, carta notarial, demanda, contestación de demanda, sentencia, auto, vistos, apelación, sentencia de grado, casación.

ABSTRACT

In the present work, the parties entered into a private contract for the purchase and sale of a vehicle, agreeing the sum of US \$. 5,500.00, at the signing of the contract the sum of US \$ was delivered. 2,250.00, was to be paid in three monthly installments, in which the defendant indicated that the vehicle was in perfect condition, but within days of delivery began to suffer various mechanical damage, handing over the vehicle to the site and has been the return of the delivered money was required by means of a Notarial Letter, ignoring this, likewise the defendant indicated that the vehicle was registered in favor of the Transports Company Los Andes SRL and that in the course of a week he was going to regularize the transfer, but he never did, reasons for which, having passed more than seven months, the Jurisdictional Body is resorted to to solve the contract, the return of the money delivered and the compensation for the damages caused, amount that would be determined by judicial decision. Thus, the second Mixed Court of Huaraz, by Resolution No. 13, dated October 31, 2005, declared the claim inadmissible, thus interposing the plaintiff filed the appeal, thus issuing the Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Ancash Resolution No. 21 dated July 6, 2006, where it resolves to revoke the sentence appealed and reforming the statement based in part on the claim. Finally, the plaintiff filed the cassation appeal, declaring this inadmissible.

KEYWORDS: Private contract, transfer, notarial letter, lawsuit, answer to the lawsuit, judgment, order, sight, appeal, degree judgment, cassation.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

NUMERO DEL EXPEDIENTE:

N° 01170-2003-0-0201-JM-CI-2

DEMANDANTE:

Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirle Cruz Escudero Moreno, representados por Efraín Bruno Salinas Llactas mediante poder por escritura pública

DEMANDADA:

Maura Marmela Cacha De Sánchez.

MATERIA:

Resolución De Contrato.

INSTANCIA:

Juzgado Civil Especializado de la Corte Superior de Ancash.

CAPITULO I: RESUMEN DEL EXPEDIENTE

1. ETAPA POSTULATORIA

1.1. Demanda:

- a) **Petitorio Principal:** Resolución de contrato de fecha 08 de abril del 2003, celebrada ante Notaria Público Regulo V. Valerio Sanabria en el cual se *transfiere el vehículo de placa de rodaje* VE-1171, marca Dodge, clase Ómnibus modelo PP500R, carrocería Metropolitano colores; blanco, verde, rojo, motor 6D15-558300, Serie P521311PO77479, para lo cual se pactó dicha venta en la suma de US\$. 5,500.00 (cinco mil quinientos dólares americanos) a la firma del contrato se entregó la suma de US\$. 3,250.00 (tres mil doscientos cincuenta dólares americanos) la devolución del dinero entregado a la demandada.
- b) **Petitorio accesorio:** Pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios por la suma de US\$. 3,000.00 (tres mil dólares americanos) por causar perjuicios económicos, morales y cometer fraude, dolo, falsedad.

1.2. Fundamentación fáctica

Que, en relación a la fundamentación fáctica, el apoderado de Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirle Cruz Escudero Moreno, lo fundamental de la siguiente forma:

- Que, con la demandada mis poderdantes celebraron un contrato privado de compra-venta de vehículo de transporte público de Placa de rodaje VE-1171, marca Dodge, clase Ómnibus modelo PP500R, carrocería Metropolitano

colores: blanco, verde, rojo, motor 6D15-558300, Serie P521311PO77479, para lo cual se pactó dicha venta en la suma de US\$. 5,500.00 (cinco mil quinientos dólares americanos), a la firma del contrato se entregó la suma de US\$. 2,250.00 (dos mil quinientos dólares americanos), se iba a abonar en tres cuotas mensuales, en el cual la demandada había indicado que dicho vehículo de transporte público se encontraba en perfectas condiciones, a los pocos días de entregarse dicho vehículo dicha máquina comenzó a sufrir diversos desperfectos mecánicos, entregándose el vehículo a la emplazada y se le ha exigido mediante Carta Notarial la devolución del dinero entregado, contrato privado celebrado ante Notario Público Regulo V. Valerio Sanabria.

- Que, efectivamente, con la carta notarial de fecha 20 de octubre del 2003, se le curso carta notarial a la demandada en el cual se le sugiere que se le otorgue un plazo de 15 días para que cumpla con la devolución de la totalidad del dinero entregado de buena fe, dicha demandada ha hecho caso omiso, y posiblemente esté buscando dilatar el tiempo para no cumplir con la devolución del dinero , mis poderdantes depositaron la suma entregada en el Banco de la Nación de la provincia de Pomabamba en las siguientes fechas: con fecha 20 de marzo del 2003, entregaron la suma de S/. 3,000.00; con fecha 24 de marzo del 2003 entregaron la suma de S/. 2,000.00 y con fecha 11 de abril del 2003 entregaron la suma de S/. 5,000.00, que hacen un total equivalente en moneda extranjera en la suma de US\$. 3,250.00 (tres mil doscientos cincuenta dólares americanos)
- Que, la demandada al momento de celebrar el contrato indicó que el vehículo estaba inscrito a favor de la Empresa de Transportes Los Andes S.R.L. y que en el transcurso de una semana iba a regularizar la transferencias mediante la

firma del contrato con los accionistas de dicha empresa de transportes, teniendo como avala a su hermano don Abdías Cacha Macedo, una vez que se regularizó provisionalmente dicho contrato manifestó que su aval iba a concurrir a la Notaría indicada para que firme el contrato, nunca lo hizo, al parecer solo tomó el nombre de su hermano, configurándose con ello el engaño, fraude y actuando de manera dolosa, pretende no devolverles el dinero entregado de buena fe por mis poderdantes, razones por el cual, habiendo transcurrido más de siete meses se recurre el Órgano Jurisdiccional para resolver el contrato, la devolución del dinero entregado y la indemnización por los daños y perjuicios causados, monto que se determinaría por sentencia judicial.

- Habiendo transcurrido más de siete meses de la celebración del contrato privado de compra-venta y habiendo detectado el imposible jurídico de inscribir la propiedad a favor de mis poderdantes, que se le emplaza a la demandada formalmente que cumpla con la devolución del dinero, habiendo contravenido con lo que dispone el artículo 1426 del Código Civil, que expresa: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta el cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir con su prestación”.
- Que, el artículo 1429 del Código Civil precisa: en el caso de artículo 1428, la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra parte, puede requerirlo mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un

plazo no menor de 15 días, bajo apercibimiento que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple en el plazo señalado: el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios, efectivamente con fecha 20 de octubre del 2003, se le cursó carta notarial al demandado mediante el Notario Público de la Provincia de Huaraz Dr. Regulo Valerio Sanabria, no recibiendo respuesta positiva por parte de la demandada.

- Asimismo, es prohibido vender la cosa ajena, no ha existido un fin lícito en esta compra-venta, materia de Litis por parte de la demandada, que es un requisito de validez, ya que ha existido el dolo, con el único fin de sacar una ventaja económica patrimonial, afectando los derechos de mis poderdantes, el dolo como vicio de voluntad es una causal de anulabilidad, cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no habría celebrado el acto jurídico.
- Según el tratadista STOLFI, es nulo el negocio cuando falta un requisito esencial o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres o se infrinja una norma imperativa. La teoría de las nulidades ha sido creada para preservar la legalidad del sistema y su consiguiente idoneidad. La nulidad priva al acto jurídico de capacidad para producir efectos propios en lo sucesivo y con fuerza retrospectiva a la fecha de la celebración del acto elimina los que produjeron, reponiendo las cosas al estado anterior. Para la validez del acto jurídico se requiere entre otros elementos la intervención del agente capaz y que tenga racionalidad respecto de los actos que realizan. El derecho reclama que para la realización de un acto válido haya una correspondencia entre la realidad y la tipicidad negocial que rescribe la norma

jurídica y que la discrepancia supone una transgresión surgiendo la ineficacia del acto como una sanción de nulidad, pues existe ausencia total de los efectos queridos.

1.3. Fundamentación jurídica

Que, en relación a la fundamentación jurídica, la demanda señala los siguientes:

Código Civil:

- Art. II del Título Preliminar. - Para ejecutar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.
- Art. 1361°. - El haber incumplido en lo pactado en el contrato de compra-venta, ha desnaturalizado su propia naturaleza y fines del contrato.
- Art. 140°. - El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear; regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1) A gente capaz, 2) Objeto físico y jurídicamente posible, 3) Fin lícito, 4) Observación de a forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- Art. 219°. - El acto jurídico es nulo: 1) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente, 2) Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, 3) Cuando adolezca de simulación absoluta, 4) Cuando la ley lo declara nulo.
- Art. 220°. - La nulidad a que se refiere el artículo 219 del Código Civil, puede ser alegada por aquellos que tengan legítimo interés.
- Art. 923°. – La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

- Art. 1362°. - Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.
- Art. 1371°. - La resolución deja sin efecto un contrato valido por causal sobreviniente a su celebración.
- Art. 1428°. – Cuando los contratos son recíprocos y alguna de las partes la incumple, se le requiere por conducto notarial. Artículo 1429 C.C. para su cumplimiento, caso contrario se solicita la resolución del contrato y el pago de la indemnización por daños y perjuicios.
- Art. 1969°. – Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

Código Procesal Civil:

- Art. 424°. - Requisitos de la demanda.
- Art. 425°. - Anexos de la demanda.
- Art. 475° inciso 4.- Procedencia de proceso de conocimiento.

1.4. Vía procedimental

La vía procedimental que le corresponde a la demanda materia de informes es la del proceso de conocimiento.

1.5. Monto de petitorio

Que, al tratarse de una resolución de contrato, deviene en una cuestión de puro derecho.

1.6. Medios probatorios

- Contrario privado de compra-venta de fecha 08 de abril del 2003.

- Recibos de pago previamente legalizados, de depósitos efectuados en el Banco de la Nación de la provincia de Pomabamba, por un monto de S/. 10,000.00 que al cambio hacen un monto de US\$. 3,250.00.
- Carta notarial remitida a la demandada de fecha 20 de octubre del 2003.
- Poder por escritura de fecha 20 de octubre del 2003.
- Declaración de parte que deberá efectuar la demandada conforme al pliego interrogatorio que acompaña en sobre cerrado.
- Declaración testimonial que deberá efectuar el hermano de la demandada Abdías Cacha Macedo, conforme al pliego interrogatorio que acompaña en sobre cerrado.

OTROSI DIGO: Que, al amaro de lo dispuesto por el artículo 2019 inciso 7 del Código Civil, solicito la anotación preventiva de la demanda en la Partida N° 0712810 en el Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Huaraz, para lo cual se deberá cursar los partes y el oficio correspondiente, para la anotación preventiva de la demanda, a la oficina Registral Regional Región Chavín, para mayor prueba se acompaña las copias literales de las fichas registrales y con ello se pueda garantizar el pago futuro de la devolución del dinero y la indemnización correspondiente.

1.7. Auto admisorio

Que, mediante Resolución N° 01 de fecha 30 de diciembre del 2003, el Segundo Juzgado Mixto de Huaraz, Declara Inadmisibile la demanda, en tanto, que el medio probatorio ofrecido en el punto VII.I ha sido presentado en copia simple, por lo que en atención a artículo 235° último párrafo del Código Procesal Civil debe presentarse conforme corresponde, que, la medida cautelar solicitada en el primer

otro si, debe efectuarse conforme a la normal procesal vigente, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 426° del Código Procesal Civil se declara inadmisibile la demanda, y se concede un plazo de cinco días a fin de que subsane las omisiones anotadas, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda.

Posterior a ello, mediante escrito de fojas 30 de autos, el apoderado de la demandante subsana la omisión advertida en la Resolución N° 01 antes indicada, bajo los términos de que, acompaña copia certificada legalizada por el Notario Público Regulo Valerio Sanabria; y que en lo referente a la solicitud de anotación preventiva de la demanda en la Partida N° 07112810 oportunamente presentará la medida cautelar en la vía correspondiente.

Siendo así, se emite la Resolución N° 02 de fecha 16 de enero del 2004, **ADMITIENDO** la demanda sobre resolución de contrato por causal sobreviniente, del contrato de fecha ocho e abril del dos mil tres, celebrada ante Notario Público de Huaraz Regulo Valerio Sanabria sobre el vehículo de Placa de rodaje VE-1171 y como pretensión accesoria el pago de indemnización por daños y perjuicios por la suma de tres mil dólares americanos, contra Maura Marmela Cacha de Sánchez, debiendo sustanciarse en la vía procedimental correspondiente al Proceso de Conocimiento confiriéndose traslado a la demandada.

1.8. Contestación de Demanda

Maura Marmela Cacha de Sánchez, formula contestación de demanda, solicitando que en su oportunidad se declare Infundada o Improcedente la demanda bajo los siguientes fundamentos: que, al puto 1° de los fundamentos de la demanda, es cierto que, con la persona de Fernando Victoriano Valverde Lavado, celebramos un contrato de compra venta del vehículo de Placa N° VE-1171, se pactó la venta

de suma de US\$. 5,500.00, vehículo de transporte usado en buenas condiciones, como lo admite el demandante, poseyendo el demandante desde su transferencia y es falso de entrega que dice haber hecho, solo remitiéndome una carta notarial.

Que, si bien es cierto que exigen la devolución del dinero, lo es también que los actores deben devolver el vehículo en el estado en que recibieron, es decir, en estado de funcionamiento, además los demandantes hasta la fecha no han cumplido en cancelar la deuda pendiente, por lo que se le ha demandado por ente el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaraz, generando en el Exp. 2004-103.

También es cierto que el momento de celebrar el contrato de compra-venta el vehículo se encontraba inscrito a favor de la empresa de Transportes Los Andes S.R.L. habiéndose regularizado tal situación en el tiempo de ley tal como se advierte de los anexos acompañados en la demanda, por lo mismo no hubo engaño, fraude u otro acto doloso, sin embargo, existe su riesgo de todo vehículo usado y no estoy obligado a indemnizarlo.

Es falso que no haya efectuado la transferencia, lo cierto es que como no participó la esposa de la demandante ahora actora, se suscribió una transacción privada, documento en el cual tanto el representante de la empresa y la recurrente en mi calidad de propietaria hemos suscrito a fin de que se formalice la transferencia, en suma, la negligencia no es imputable a la recurrente sino a los actores, por lo mismo no estoy obligada a indemnizarlo.

También lo considero falso toda vez que la recurrente ha cumplido con otorgarle la transferencia y entrega física del vehículo en buen estado de funcionamiento.

Es falso que en vehículo automotor sea ajeno, solo mi vehículo estaba inscrito en la Empresa de Transportes “Los Andes” S.R.L. para circular como transporte de pasajeros, la cual la empresa ha cumplido con transferirle, por lo mismo existe un fin lícito.

Es válido el acto jurídico, al haber obrado el Gerente de la empresa de transportes “Los Andes” S.R.L., conforme así aparece en el documento ofrecido como prueba.

1.9. Auto que admite la Contestación de Demanda y Saneamiento Procesal

Mediante Resolución N° 04, se admite la contestación de demanda por parte de Maura Marmela Cacha, y estando a la existencia de: a) existencia de una relación jurídica procesal válida, b) si esta relación adolece de defectos subsanables, c) si existe una relación de invalidez insubsanable apreciándose que no se ha configurado elementos de otra naturaleza que afecten la validez de la relación jurídica procesal, concurriendo los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, se declara válida la relación jurídica procesal entre ambas partes y señala fecha para audiencia conciliatoria y/o de fijación de puntos controvertidos, en los términos que se precisan.

1.10. Audiencia de Conciliación y fijación de Puntos Controvertidos

Mediante acta de fecha 22 de octubre del 2004, se instala la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, la misma que en la etapa propia de la conciliación el juez procede a explicar a las parte del proceso la naturaleza, ventajas y beneficios que trae una conciliación como la mejor forma de solución de conflictos de intereses, invocando a ambos justiciables a fin de que procuren arribar a una conciliación, quienes después de una deliberación manifestaron al Juzgado de

intención de querer conciliar vendiendo el vehículo objeto de la Litis, para lo cual ambas partes se comprometen a colaborar con este propósito, comprometiéndose a mantener una comunicación fluida para vender el vehículo en las mejores condiciones, por lo que el Juez les concede un plazo hasta el 29 de diciembre del 2004, para que vendan el bien, día en el cual se llevará a cabo la continuación de la audiencia de conciliación, suspendiéndose en este acto la audiencia.

1.11. Continuación de la Audiencia de Conciliación y fijación de Puntos Controvertidos

Mediante acta de fecha 29 de diciembre del 2004 se lleva a cabo la audiencia de continuación de audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, dándose por iniciada la audiencia, se da cuenta del escrito presentado por la parte demandada por la cual presenta medios probatorios extemporáneos, por lo que el Juez corre traslado a la parte demandante a fin de que manifesté lo correspondiente, solicitando que debe ser rechazado por el Juzgado, reservándose el Juez su derecho para resolverlo en la etapa correspondiente, y, conforme a su estado se decide continuar con la etapa de la conciliación.

El Juez nuevamente invocó a que procuren arribar a una conciliación, manifestando ambas partes que no han cumplido con el cometido, por la parte demandante solicita que cumpla con devolverle su dinero, toda vez que ella tiene el vehículo bajo su responsabilidad, la demandada indicó que devolvería el dinero siempre y cuando lo vendería el vehículo y habiéndose celebrado un contrato ante Notario Público que se cumple en sus extremos, dándose por culminada dicha etapa procesal.

1.12. Fijación de Puntos Controvertidos

- Determinar si a la celebración del contrato de fecha ocho de abril del dos mil tres celebrada ante Notario público de Huaraz Regulo Valerio Sanabria sobre el vehículo de la Placa de Rodaje N° VE-1171, le ha sobrevenido o no alguna causal que amerite su resolución.
- Determinar si como consecuencia de lo antes dilucidado le asiste o no el derecho a los demandantes a que el Juzgado declare la resolución del mencionado contrato y consecuentemente la demandada pague una indemnización por daños y perjuicios y en el monto que solicita.

2. ETAPA PROBATORIA

2.1. Admisión de Medios Probatorios

De la parte demandante

- El contrato privado de compra-venta.
- Los recibos de pagos mediante depósitos en el Bando de la Nación en la provincia de Pomabamba por el monto de diez mil nuevos soles.
- La carta notarial remitida a la demandada con fecha 20 de octubre del 2003.
- Declaración de parte de la demandada conforme al pliego interrogatorio presentado.
- Declaración testimonial que debe prestar el hermano de la demanda don Abdías Cacha Macedo quien parece en el contrato como aval, conforme al pliego interrogatorio presentado.

De la demandada Maura Marmela Cacha de Sánchez

- La contestación notarial ofrecida por la demandante.
- La demanda sobre pago de dólares americanos seguida por Maura Marmela Cacha de Sánchez contra Fernando Victoriano Valverde Lavado.
- La Resolución número 01 auto admisorio del Expediente N° 2004-103 sobre obligación de dar suma de dinero seguida por Maura Mamela Cacha de Sánchez.
- Declaración de parte que deberá prestar el demandante Fernando Victoriano Valverde Lavado conforme al pliego interrogatorio que en sobre cerrado se presenta.

Se expide la resolución N° 07, la misma que resuelve declarar inadmisibles de plano el medio probatorio extemporáneo ofrecido por la demandada, resolución a la cual la demandada interpone recurso de apelación, y, se fija audiencia de pruebas.

2.2. Audiencia de actuación de medios probatorios

Mediante acta de fecha 19 de mayo del 2005 se lleva a cabo la audiencia de Pruebas, dándose por iniciada la audiencia, se actúan las documentales admitidas en la audiencia anterior, así como también la declaración de parte, declaración testimonial; de la parte demandada se actúan las documentales ofrecidas, así como la declaración de parte; de igual forma el señor Juez actúa como medio probatorio de oficio las piezas procesales del Exp. 2004-103 sobre obligación de dar suma de dinero interpuesta por Maura Marmela Cacha de Sánchez. Procediendo a tomar la declaración del testigo Abdías Cacha Macedo:

Quien, a la primera pregunta, dijo: *que es cierto.*

A la segunda pregunta, dijo: *que es cierto que a la firma del contrato se pagó la suma de US\$. 3,250.00.*

A la tercera pregunta, dijo: *que, es cierto, se acordó que el saldo se iba a pagar en tres cuotas mensuales de setecientos cincuenta dólares cada uno.*

A la cuarta pregunta, dijo: *que es cierto que la demandada que el vehículo materia de compra-venta de este proceso se encontraba a favor de la empresa “Los Andes” y ella manifestó ser socia fundadora.*

A la quinta pregunta, dijo: *que es cierto que su hermana Maura manifestó que era socia fundadora de la empresa en referencia y que ella tenía a calidad de accionista.*

A la sexta pregunta, dijo: *que es cierto que participó como aval en este contrato.*

A la séptima, dijo: *que yo estuve presente el 08 de abril del 2003, pero no firmé para la legalización de la transferencia sino hasta que Don Fernando Victoriano Valverde Lavado cancelo sus derechos al Notario, no me recuerdo la fecha, como el demandante no pagaba el total de las cuotas.*

A la octava pregunta, dijo: *que tiene conocimiento que se transfirió el vehículo en perfecto estado de funcionamiento y por el uso le ha faltado mantenimiento, eso sabe el comprador que es el chofer, y que el comprador lo ha usado un mes desde que se le ha entregado el vehículo.*

El abogado de la parte proponente realiza la siguiente pregunta:

Para que diga el testigo si a la fecha de la celebración del documento como se podía realizar la transferencia si la propietaria era la Empresa “Los Andes” de la

cual el testigo era el Gerente, dijo: *porque el primero de diciembre del dos mil habíamos acordado que ese vehículo lo íbamos a vender, conforme a la copia notarial del libro de actas que en este caso se presenta en la que se vendió el vehículo a la socia ahora demandada ello sucedió con fecha quince de enero del dos mil tres.*

Para que diga cómo es cierto que el testigo continuaba en posesión del vehículo, por ejemplo, a fines de abril del dos mil tres, al pasar por Llanganuco se salió la caja y tuvieron que amarrarlo con alambres, dijo que: *es falso.*

Declaración De La Parte Demandada

A la primera pregunta, dijo: *que es cierto.*

A la segunda pregunta, dijo: *que es cierto que canceló a la firma del contrato la suma de US\$. 3,250.00 y el precio pactado US\$. 5,550.00.*

A la tercera pregunta, dijo: *que es cierto que la diferencia e iba a pagar en tres cuotas de US\$. 750.00.*

A la cuarta pregunta, dijo: *que sí es cierto y la razón es que el demandante comprador se iba a quedar como socio a mi cuenta en la empresa.*

A la quinta pregunta, dijo: *que no es cierto, se encontraba en perfectas condiciones y no he actuado de mala fe, yo le he entregado arregladito porque era amigo de mi hermana.*

A la sexta pregunta, dijo: *que es falso, no me han entregado en devolución al vehículo, tampoco me he comprometido en resolver el contrato, al contrario, ha habido un postor para que compre el vehículo y mandé a mi hermano par que le diga al demandante que transfiera el vehículo a ese postor y no aceptó.*

A la séptima pregunta, dijo: *que mi hermano ha estado en la Notaría, pero no firmó porque el demandante no me canceló el precio.*

En este acto el abogado de la parte demandante realiza la siguiente pregunta:

Para que diga cómo es cierto que en la actualidad el vehículo se encuentra en posesión de la demandada y que ella personalmente lo ha puesto en un depósito y en qué dirección; dijo: *que es cierto que el demandante dejó el vehículo en la puerta de la empresa y dispuse llevarlo a Mullaca en una cochera, en la Mecánica “chacra” y está bien cuidado, yo le llevé porque el señor todavía me debe.*

El abogado de la parte demandada realiza la siguiente pregunta:

Para que diga si está utilizando y usufructuando el vehículo que transfirió al demandante, dijo: *que no lo está usando, ni usufructuando y que el carro está botado desde hace dos años, desde el mes de junio del dos mil tres, en que el demandante abandonó el vehículo está en una cochera taller, algunas veces lo he estado haciendo arrancar, pero jamás ha salido, hace dos meses atrás lo he hecho arrancar alquilando batería.*

Declaración Del Demandante

A la primera pregunta, dijo: *que si he llegado a conocer a la demandada en la fecha de la compra esto es el ocho de abril del dos mil tres, y no tengo ningún impedimento para declarar.*

A la segunda pregunta, dijo: *no es cierto a la suscripción de contrato tuve que pagar la reparación y comprar los repuestos del señor Milla y el vehículo salió a una semana funcionando a medias, el freno de aire y la compresora le estaba fallando y así fuimos a trabajar a Pomabamba, y al regresar hemos comprado un*

accesorio de la compresora, ha seguido fallando y hemos seguido trabajando alrededor de un mes.

A la tercera pregunta, dijo: *que, si sé que todo vehículo usado tiene un riesgo, pero estaba saliendo del taller.*

A la cuarta pregunta, dijo: *que, no he estado en posesión no me entregaron las llaves ni la tarjeta de propiedad, no le han dado a mis choferes, y he tenido el vehículo pero no he tenido los documentos antes referidos, y lo he tenido por un mes y cada semana se salía uno o dos veces por semana, que cuando no trabajaba estaba en poder de la demandada yo he tenido a disposición del vehículo y que el mes de mayo hemos quedado con la demandada que me iba a devolver en partes cuando vendiera el vehículo, no hemos firmado ningún documento de devolución ni hemos ido al notario, la demandada ha tomado la decisión unilateral de devolver el vehículo en una chacra que está a la salida de la ciudad de Huaraz, prácticamente me ha embargado.*

El abogado de la parte demandada realiza las siguientes preguntas:

Para que diga: si como ha referido en este acto Ud., no recibió ningún documento, mucho menos la llave del vehículo, explique por qué entonces firmó la recepción de las llaves y la posesión del vehículo ante el notario público con fecha 08 el abril del 2003. Dijo: *que, primero se firma y luego se recibe el vehículo no es al revés cuando uno compra primero firma los documentos y después toma posesión en el caso que se le pregunta es cierto que el firmaba por haber recibido las llaves y posesión del vehículo, pero realmente no sucedió así.*

Para que diga si como usted ha referido que usted tuvo el vehículo por el lapso de un mes en su posesión, precie si usted cobró de manera personal el viaje que se

realizaba de Pomabamba a Huaraz, dijo: *que la cuñada de la demandada era la administradora de la empresa ella cobraba los boletos, se descontaba gastos administrativos me entregaba el dinero sobrante y no alcanzaba ni para el combustible.*

Para que diga si usted sabe y conoce y que el vehículo que usted adquirió sigue prestando servicios de Huaraz a Pomabamba, dijo: *que me consta que el vehículo viajó a Pomabamba, viajó a responsabilidad de la demandada.*

El abogado de la parte demandada realiza la siguiente pregunta:

Para que precise desde que fecha no lo tiene en posesión el vehículo y si en forma escrita hasta la fecha le ha comunicado a la demandada del recojo unilateral que ha hecho del vehículo, dijo: *aproximadamente el diez o doce de mayo del dos mil tres y no tengo comunicación escrita.* Con lo que terminar la actuación de los medios probatorios, así como la audiencia.

3. ETAPA DECISORIA

3.1. Sentencia

El segundo Juzgado Mixto de Huaraz, mediante Resolución N° 13, de fecha 31 de octubre del 2005, falla “(...) Declarando IMPROCEDENTE la demanda de acciones acumuladas de resolución de contrato e indemnización por daños y perjuicios interpuesta por Efraín Brunos Salinas Llactas en representación de don Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirley Cruz Escudero Moreno, sin costas ni costos (...)”.

4. ETAPA DE REVISIÓN

4.1. Recurso de apelación

La parte demandante Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirley Cruz Escudero Moreno, interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 13 (sentencia) de fecha 31 de octubre del 2005, la misma que declara improcedente la demanda interpuesta por el representante de los demandantes señor Efraín Bruno Salinas Llactas.

Mediante Resolución N° 14, de fecha 30 de noviembre del 2005, se resuelve “(...) conceder el recurso de apelación con efecto suspensivo contra la sentencia contenida en la resolución número trece de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil cinco, se ordena que se eleva la presente causa al Superior jerárquico (...)”.

Mediante escrito de fojas 222 al 226, el abogado apoderado de la parte demandante formula sus alegatos correspondientes y a la vez solicita revocar la sentencia apelada y declarar fundada la demanda.

Mediante escrito de fojas 231 a 233, la demandada Maura Marmela Cacha de Sánchez sus agravios correspondientes solicitando se confirme la sentencia.

4.2. Sentencia de Grado

Mediante Resolución N° 21 de fecha 06 de julio del 2006, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash, resuelve: “(...) **REVOCARON** la sentencia apelada y reformándola **DECLARACIÓN FUNDADA** en parte la demanda, subsanada por escrito de fojas treinta, interpuesta por Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirle Cruz sobre resolución de contrato; en consecuencia **DECLARARON** resolver el contrato de transferencia del vehículo de placa de rodaje VE-1171, denominado constancia notarial de fecha ocho de abril del año dos

mil tres; celebrado entre Maura Marmela Cacha de Sánchez con Fernando Victoriano Valverde Lavado; **DISPUSIERON** la devolución de la suma de tres mil doscientos cincuenta dólares americanos.

5. RECURSO DE CASACIÓN

Que, la demandante Maura Marmela Cacha de Sánchez, interpone recurso impugnatorio de casación contra la Sentencia de Vista e fecha 06 de julio del 2006, la misma que revoca la sentencia de primera instancia y declara fundad en parte la demanda, señalando las causales en la que se sustenta el recurso de casación, esto es, interpretación errónea de derecho material, inaplicación de una norma de derecho material y la contravención de las enormes que garantizan el derecho a un debido proceso, entre otros. Siendo así, mediante Resolución N° 22 de fecha 15 de agosto del 2006 se resuelve conceder el recurso de casación, debiéndose elevar los autos a la Sala Civil de la Corte Suprema.

5.1. Auto Calificadorio del Recurso

Que, mediante resolución de fecha 21 de diciembre del 2006, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por doña Maura Marmela Cacha de Sánchez, contra la sentencia recurrida de vista; **CONDENARON** a la recurrente al pago las costas y costos originados en la tramitación del recurso así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

1. EL PROCESO CIVIL

En su acepción idiomática, el concepto proceso se manifiesta a través de dos características. Por un lado, está su temporalidad, es decir, la conciencia de transcurso, de tránsito, de progreso hacia algo. Por otro está su vocación de arribo, es decir, la tendencia a alcanzar un fin. Intrínsecamente, el proceso supone, entonces, el recorrido para la obtención de una meta.

UGO ROCCO⁹⁹, refiriéndose al proceso civil indica que “es el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para la declaración de certeza o para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas”.

CHIOVENDA¹⁰⁰ expresa que “el proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por esta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria”.

COUTURE¹⁰¹, ha escrito: “podemos definir, pues, el proceso judicial, en una primera acepción, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”. Más adelante y en la misma obra, intentando hacer más precisa su posición, COUTURE concluye afirmando que el proceso judicial es una relación jurídica¹⁰²

⁹⁹ UGO ROCCO, Tratado de derecho procesal civil, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1969, Pág.113 y 114.

¹⁰⁰ CHIOVENDA, Principios de derecho procesal civil, t. I, 3ra. Edición, Págs. 95 y ss

¹⁰¹ EDUARDO J. COUTURE, Fundamentos... op., cit., págs. 121 y 122

¹⁰² La relación jurídica procesal consiste en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones, que la ley establece entre las partes y los órganos de la jurisdicción recíprocamente, y entre las partes entre sí” (EDUARDO J. COUTURE. ibídem, Pág. 122

En nuestro País, el estudioso MONROY GALVEZ¹⁰³, respecto del proceso judicial opina lo siguiente: “El proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos”. En general, todas las definiciones de proceso reconocen que se trata de resolver un conflicto mediante la actuación de la ley en el caso concreto, es decir, la solución del conflicto mediante la imposición de la regla jurídica, el derecho (o más mediatamente, la implantación de la paz y la justicia en el medio social).

Resulta esencial el proceso, puesto que dicha función se presta por medio de toda esa serie de actos que garantizan que la declaración final (sentencia) está basada en una correcta evaluación de las situaciones que se plantean al Juez. Por eso, resulta un derecho humano esencial el del debido proceso¹⁰⁴, esto es, que se juzgue no sólo por un juez

¹⁰³ MONROY GALVEZ, JUAN. “Introducción.”. Ob. Cit. Pág. 112.

¹⁰⁴ COUTURE, EDUARDO. Ha precisado su alcance: 1.- Que el demandado haya tenido debida noticia del inicio del proceso que pueda afectar su derecho. 2.- Que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos y actuar medios probatorios. 3.- Que el órgano jurisdiccional sea independiente y honesto y de la jurisdicción adecuada”. En Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo 1. La Constitución y el Proceso Civil. Ediar. Bs. As. 1,948. Pág. 159- 160. Su antecedente en el Derecho Comparado es la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, ratificada el 9 de julio de 1,968, que reza en la parte pertinente del punto 1 que “ningún estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad SIN DEBIDO PROCESO LEGAL...”. En The Constitution of the united states. Edited Edward Conrad Smith. Barnes & Noble books. N.Y. 1,979. Pág. 52.

En el Derecho Inglés recibe el nombre de “due process”. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido de manera sistemática que la garantía del proceso debido, es cuanto se refiere a las actuaciones judiciales, consiste en una razonable posibilidad de hacerse escuchar, constituida por una “notice” y una “hearing”.

La Suprema Corte de Argentina ha sostenido una tesis clara y concisa, en la cual la garantía del debido proceso está constituida, en lo esencial, por la posibilidad de aducir una defensa, por la posibilidad de producir prueba y por la posibilidad de ser condenado mediante una sentencia emanada de los Jueces de la Constitución.

La Constitución peruana de 1,979 no recogía de manera precisa y exacta la garantía del debido proceso. La Constitución vigente, en cambio, en su Art. 139 la incorpora, dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, al DEBIDO PROCESO y a la tutela que se indica en el Art. I del T.P. del C.P.C. y el Art. 7 del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

imparcial e idóneo, sino mediante una serie de actos que garanticen que esa declaración final sea la que corresponde conforme al derecho que la sociedad ha dictado.

1.1. Finalidad Y Objeto Del Proceso

Las doctrinas que pretenden explicar el fin del proceso oscilan entre cuestiones diferentes: saber si se trata de resolver un conflicto material (sociológico) o de actuar el derecho (jurídico); si se persigue un fin individual, solucionar un conflicto subjetivo, o un fin público, la actuación de la ley, del derecho y, en último término, los fines de este: paz, justicia.

Desde el punto de vista sociológico, el proceso es un instrumento necesario para solucionar el choque de intereses que se produce entre por lo menos dos individuos o entidades, o para eliminar una incertidumbre jurídica que se haya presentado como contraposición de intereses entre las personas, porque de su solución depende la paz social.

Desde el punto de vista jurídico el proceso se considera como un instrumento ideal, inmaterial e inespacial, para resolver los conflictos de intereses que se producen en la sociedad y necesario para la actuación del derecho sustantivo y para satisfacer derechos subjetivos de los contendientes.

En suma, es un instrumento en manos del Estado para satisfacer derechos subjetivos, cuyas decisiones se revisten de la cosa juzgada, elemento necesario e indispensable para alcanzar la seguridad jurídica y la paz social dentro de la colectividad.

El maestro ALZAMORA VALDEZ decía que el proceso es el continente, y la postulación, la aportación de pruebas, las incidencias, las medidas cautelares, entre otros, forman parte del contenido de aquél¹⁰⁵

En general, la mayoría de la doctrina se inclina por una posición mixta. Es decir, que no consideran al proceso como solución de un conflicto solamente social, ni tampoco sólo jurídico. O sea, admiten como es lógico, que lo que en su origen aparece como un conflicto social, cuando es abarcado por el derecho se convierte en jurídico y se resuelve como tal mediante la “actuación de la ley”. El fin del proceso es, pues, la satisfacción de un interés público. El fin secundario es la composición del litigio.

Según DEVIS ECHANDÍA¹⁰⁶, el fin principal de los diferentes procesos es: “tutelar el interés general en la realización del derecho objetivo sustancial, en los casos concretos, para mantener la armonía y la paz sociales y para tutelar la libertad y la dignidad humanas”.

En sentido estricto el OBJETO DEL PROCESO, es decir, aquello sobre lo que versa éste de modo que lo individualiza y lo distingue de todos los demás posibles procesos, es siempre una pretensión entendida como petición que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida. La pretensión es una declaración de voluntad petitoria que se caracteriza porque ha de estar fundamentada, esto es, que tiene que hacer referencia a un acontecimiento de la vida.

En cambio, el OBJETO DEL DEBATE es la resistencia, es decir, la contestación a la demanda que aparece como par alternativo a la pretensión. La

¹⁰⁵ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO, “Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso”, Tomo I. Editorial Jurídica DIKE, decimotercera edición, 1,993. Pág. 159.

¹⁰⁶ Ibidem Nº. 4.

resistencia es la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante. La resistencia también es una petición, si bien es siempre la misma: no ser condenado.

La resistencia no sirve para delimitar el objeto del proceso¹⁰⁷ ya que no introduce un objeto del proceso nuevo y distinto del fijado en la pretensión, tampoco es necesaria que se fundamente ya que el demandado puede limitarse a negar los fundamentos de la pretensión y formular petición de no condena. Sin embargo, la resistencia puede ampliar los términos del debate cuando se alega hechos a base de excepciones materiales, así como completar a lo que debe referirse la congruencia de la sentencia.

La distinción entre objeto del proceso y objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema de prueba (no al objeto de prueba que es cosa diferente), esto es, a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. El Tema de prueba son:

- a) Los hechos afirmados por una o, por otra parte. En todo caso, la prueba ha de referirse a los hechos afirmados por el actor, pero también a los afirmados por el demandado.
- b) Los hechos controvertidos. La necesidad de prueba sólo puede referirse los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos.

1.2. Naturaleza Jurídica Del Proceso

Es posible hacer una clasificación de las teorías partiendo del grado de aceptación que han tenido en la doctrina. Así, encontramos cuatro teorías clásicas sobre la esencia del proceso.

¹⁰⁷ Salvo en el caso de la reconvencción, pero ésta no es mera resistencia, sino algo más

Las dos primeras son conocidas también con el nombre de teorías privatistas, en tanto elaboran su explicación basándose en categorías civiles y, además hacen gravitar la trascendencia del proceso en la naturaleza del presunto acuerdo al que llegan las partes para contender.

Por lo que para ellos el proceso tiene por finalidad decidir conflictos producidos entre los particulares y conciben el proceso como la discusión que sostiene las partes con arreglo a determinadas normas procesales sobre sus respectivos derechos y que termina con una decisión del organismo encargado de dirimir la controversia.

En este sistema, el proceso es un instrumento que el Estado pone en manos de los particulares para la protección de sus respectivos derechos subjetivos.

En contra de esta posición, surge la concepción publicista del proceso, según la cual el proceso es un instrumento que la ley pone en manos del Juez para la actuación del derecho objetivo quien, además, adquiere un rol trascendental y protagonista. Según esto, consideran que los conflictos que se producen en la sociedad son fenómenos sociales, cuya justa solución interesa a la colectividad para restablecer el orden alterado.

Por otro lado, esta diferencia entre teorías privatistas y publicitas es importante también para determinar el momento en que se inicia el proceso.

Así, para las concepciones privatistas tal suceso ocurre en la contestación – expresa o ficta- de la demanda o por lo menos en el acto de su notificación; en cambio, para las publicitas es en acto de la interposición de la demanda¹⁰⁸

¹⁰⁸ Si tras la visión panorámica que acabamos de ofrecer, quisiésemos ahora diferenciar de maneta tajante las cuatro teorías fundamentales acerca de la naturaleza del proceso o, mejor dicho, esclarecer la frontera entre las interpretaciones privatistas y

2. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1. Concepto

Para que en un proceso se produzca una relación jurídico-procesal válida no basta la interposición de la demanda, la presencia de las partes y la intervención del Juez, Para que un proceso sea válido y eficaz deben estar presentes en él, los denominados presupuestos procesales, unos de orden formal y otros de orden material o de fondo.

Si la demanda careciera de los requisitos que la ley señala como fundamentales, si las partes carecieran de aptitud para intervenir personalmente en el proceso (si tienen incapacidad procesal) o el Juez careciera de competencia para conocer de la demanda (incompetencia del Juez), no habría proceso válido por la ausencia de dichos presupuestos procesales formales.

Sin embargo, siguiendo la orientación del Código Procesal Civil, debemos anotar que no es suficiente la presencia de los indicados presupuestos procesales formales para que exista un proceso válido, sino también deben darse las llamadas condiciones de la acción, denominados presupuestos procesales de fondo o materiales, que conforme a la doctrina y al propio Código son las siguientes: a) la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, lo que otros denominan la voluntad de la ley; b) la legitimidad para obrar; c) el interés para obrar; y d) que la pretensión procesal no haya caducado, como sostienen algunos autores. Por consiguiente, concluimos que los elementos que conforman la relación jurídico-procesal son los presupuestos procesales formales y de fondo; los presupuestos procesales, ya sean de orden formal o de orden material, son pues requisitos ineludibles para que se genere una relación jurídico-procesal válida y para que, por consiguiente, exista un proceso válido.

El Juez, al calificar la demanda, examina la existencia de los elementos anotados. Contestada la demanda, el Juez, en la fase del saneamiento del proceso, examina los elementos que configuran la relación procesal (los presupuestos procesales de forma y de fondo), emitiendo una resolución ya sea declarando la existencia de una relación procesal válida, ya sea declarando la existencia de una relación procesal inválida pero subsanable en sus defectos- o ya sea declarando la existencia de una relación procesal inválida, pero insubsanable en sus defectos.

Las excepciones, de otro lado, y esto se infiere del tercer párrafo del artículo 449 del Código Procesal Civil, en estricto rigor, tienen por objeto verificar la existencia o no de una relación jurídico procesal válida. En efecto, las excepciones, como medios de defensa, constituyen mecanismos para denunciar la inexistencia de una relación procesal válida por la ausencia de algún presupuesto procesal formal y de algún presupuesto procesal de fondo. De ahí que el Código prevé que cuando el Juez declara infundada una excepción debe declarar además saneado el proceso. (Art. 449S, tercer párrafo, CPC).

2.2. Clasificación

En doctrina encontramos una serie de clasificaciones de los presupuestos procesales. Sin embargo, para los fines del adecuado estudio del Código Procesal Civil, vamos a exponer aquella que clasifica a los presupuestos procesales en formales y de fondo.

- a) Presupuestos Procesales de Forma:** Son aquellos requisitos sin los cuales no se constituye una relación procesal válida. Si falta algún presupuesto procesal formal no habrá proceso válido. Constituyen presupuestos formales los siguientes: la demanda en forma, la capacidad procesal de las partes y la competencia del Juez. Un proceso seguido ante quien ya no es Juez, no es

realmente un proceso; será un trámite, pero no tendrá la calidad y la eficacia de un proceso. Un litigio que se siga por dos incapaces procesalmente tampoco constituye un proceso; puede igualmente considerarse un trámite, pero sin la categoría y la eficacia de un proceso. Una demanda que no contenga una pretensión procesal, por ejemplo, no puede generar un proceso, y el trámite que se siga, simplemente, no tendrá la eficacia jurídica de un proceso. Para el maestro uruguayo Eduardo J. Couture, los anotados presupuestos constituyen presupuestos de la acción, cuya ausencia obsta al andamiaje de una acción y al nacimiento de un proceso. Para nosotros, los anotados presupuestos, son presupuestos procesales de forma; del proceso, cuya ausencia deja al trámite seguido como un proceso inválido.

- ***La demanda en forma.*** La demanda que es el medio procesal para accionar y para hacer valer las pretensiones procesales, para generar un proceso válido, debe reunir los requisitos formales y de fondo que la ley procesal señala. No debe admitirse a trámite la demanda: que no contenga los fundamentos de hecho que sustente la pretensión procesal; que no contenga la fundamentación jurídica; que no precise quien es el deudor; que tenga incompleta o imprecisa la pretensión procesal planteada; que contenga pretensiones contradictorias, oscuras o ininteligibles; en la que el actor carezca evidentemente de legitimidad para obrar; etc.

El Código señala los requisitos que debe contener la demanda (Art. 424CPC) y los anexos que deben acompañarse a ella (Art. 425. CPC). El mismo Código señala las causales por las cuales el Juez puede declarar inadmisibles la demanda (Art. 426 CPC) y las causales por las cuales puede decretar la improcedencia de la misma (Art. 427 CPC).

Tratándose de la inadmisibilidad de la demanda, el Juez tiene la facultad de ordenar que el demandante subsane la omisión o el defecto en que se haya incurrido en un plazo no mayor de diez días y, en el supuesto que el actor no cumpliera con lo ordenado, el Juez está en la aptitud de rechazar la demanda y ordenar el archivo del expediente (Art. 426, último párrafo, CPC). Igualmente, si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, tiene la facultad de declarar improcedente de plano y de devolver los anexos presentados con ella (Art. 427, penúltimo párrafo, CPC). El demandado también, en su caso, podría deducir la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda (Art. 449, inc. 4, CPC), la excepción de falta de legitimidad para obrar (Art. 446, inc. 6, CPC), etc.

- ***La capacidad procesal de las partes.*** Es la aptitud para comparecer personalmente, por sí mismo, en el proceso. Su equivalente lo encontramos en el Derecho Civil en la capacidad de ejercicio. Tienen *legitimatio adprocessum* todos los que conforme al Código Civil tienen capacidad de obligarse sin necesidad de autorización de otras personas. Sólo las personas naturales tienen capacidad procesal, en tanto que las personas jurídicas no (tienen capacidad procesal, pues, por ellas, se apersonan al proceso las personas naturales). El demandante y el demandado deben tener capacidad procesal, que conforme a nuestro ordenamiento jurídico se adquiere cuando ellos hayan adquirido la plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, Esto es, cuando hayan cumplido los 18 años de edad (Art. 42 CC). Si al actor careciera de

capacidad procesal, el demandado perfectamente podría deducir la excepción de incapacidad del demandante (Art. 4469, inc. 2, CPC).

Cabe agregar que no es suficiente para tener la capacidad procesal que la persona natural haya cumplido los 18 años de edad, sino que esa persona no se halle en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa señaladas por el Código Civil (Arts. 439 y 44° CC), quienes no pueden ejercer por sí mismos sus derechos civiles y por tanto no podrían ejercer una acción procesal válidamente. Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos (Art. 45 CC) y, por tanto, ejercen también sus derechos procesales.

La incapacidad civil de las personas mayores de 16 y menores de 18 años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión o un oficio. Tratándose de mujeres mayores de 14 años cesa también la incapacidad por matrimonio. La capacidad adquirida por matrimonio, incluso, no se pierde por la terminación de Este (Art. 46 CC), por lo que debemos concluir que esas personas, por esas circunstancias, adquieren plenamente la capacidad procesal y perfectamente pueden intervenir personalmente en el proceso correspondiente.

- ***La competencia del Juez.*** La competencia del juez constituye uno de los presupuestos procesales fundamentales de carácter formal. Sin embargo, el artículo 427 del Código considera como una causal de improcedencia de la demanda la incompetencia del Juez (Art. 427°, inc. 4, CPC), no obstante que el Código establece que el Juez declara la improcedencia de un acto procesal si la omisión o defecto es de un requisito de fondo (Art.

128 CPC). Tratándose de la competencia absoluta, que comprende a la competencia por razón de la materia, de la jerarquía, de la cuantía y de turno, la intervención de Juez incompetente da lugar a una relación jurídico-procesal inválida. En cambio, tratándose de la competencia relativa, que comprende la competencia por razón de territorio, puede producirse, si no se cuestiona oportunamente la intervención del juez, la prórroga de la competencia, dando lugar a la validación del proceso. Conforme al Código la demanda puede ser declarada improcedente si el Juez carece de competencia (Art. 427, inc. 4, CPC).

Asimismo, el demandado puede deducir la excepción de incompetencia (Art. 469, inc. 1, CPC). Finalmente, la incompetencia absoluta puede ser declarada de oficio, en tanto que la incompetencia relativa sólo puede ser declarada a instancia de parte, interpretándose en ese sentido la previsión contenida en el Código (Art. 427, inc. 4, CPC).

b) Presupuestos procesales de fondo: Para nosotros son las condiciones necesarias para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda sea objeto de pronunciamiento por el Juez. La falta de este presupuesto impediría al Juez pronunciarse sobre el fondo del litigio. Estas condiciones son las siguientes: existencia de un derecho tutelado por la ley o lo que también se suele llamar voluntad de la ley, interés actual para plantear la pretensión, la calidad de acreedor en su sentido más amplio del demandante (lo que en doctrina se llama la *legitimatio ad causam* activa) y la calidad de deudor también en el mismo sentido del demandado (lo que en doctrina se denomina la *legitimatio ad causam* pasiva). Si no existiera el derecho, no se hubiera cumplido con el plazo fijado para la exigencia de la obligación, si el

demandante no fuera el acreedor legítimo o el demandado no fuera el deudor legítimo, indudablemente, el Juez no se pronunciará sobre la pretensión procesal propuesta con la demanda. En estos supuestos se pronunciará sobre la improcedencia de la demanda.

La demanda, conforme al Código Procesal Civil, será declarada improcedente cuando el demandante carece evidentemente de legitimidad para obrar, cuando el demandante carece manifiestamente de interés para obrar, cuando el Juez advierte la caducidad de la pretensión procesal planteada, cuando el Juez carece de competencia, cuando no exista conexión lógica entre los hechos expuestos y la pretensión procesal propuesta, cuando ésta fuese jurídica o físicamente imposible o cuando contenga una indebida acumulación de pretensiones (Art. 427° CPC). La pretensión procesal será desestimada si el demandante no acredita los fundamentos de hecho que sirven de sustento precisamente de su pretensión procesal.

- c) **Los Presupuestos Procesales y las Excepciones:** En principio debemos señalar que hay procesalistas que bajo la denominación de presupuestos procesales consideran sólo los elementos que necesariamente deben coexistir para constituir una relación jurídico-procesal válida, como la competencia del Juez, la capacidad procesal de las partes y que la demanda reúna los requisitos formales señalados por la ley. Empero, si analizamos nuestro ordenamiento procesal civil, especialmente lo relativo a la admisibilidad y la procedencia de la demanda, así como a las excepciones, advertimos que para considerar una relación jurídico-procesal válida no sólo debe darse la presencia de los indicados presupuestos procesales formales, sino también de los presupuestos procesales cíc fondo.

Si meditamos sobre los fundamentos que sirven de base para deducir las excepciones reconocidas por nuestro ordenamiento procesal llegamos a la conclusión de que estas excepciones son medios procesales para denunciar ante el Juez la ausencia de algún presupuesto procesal formal o de fondo necesario para la validez del proceso. Cuando, por ejemplo, deducimos la excepción de incompetencia (Art. 446, inc. 1, CPC), estamos denunciando la carencia de capacidad del titular de la decisión (el Juez) para conocer de la demanda planteada. Cuando deducimos la excepción de incapacidad del demandante o de su representante (Art. 446, inc. 2, CPC), estamos denunciando la incapacidad procesal del actor o de su representante. Cuando deducimos la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado (Art. 446, inc. 3, CPC), estamos denunciando la deficiente representación de las partes en el proceso. Cuando deducimos la excepción de oscuridad o ambigüedad de la demanda (Art. 446, inc. 4, CPC), en el fondo, estamos denunciando la ausencia de formas esenciales que debe tener la demanda, especialmente de la pretensión procesal.

En igual sentido, a manera de especulación, podemos anotar que cuando deducimos la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (Art. 446, inc. 5, CPC), lo que estamos expresando es que el Juez no puede conocer de una demanda si la pretensión procesal objeto de ella no ha sido tratada previamente en todas las instancias administrativas, lo que equivale también a sostener que el Juez carece de aptitud procesal para conocer de la demanda si la materia reclamada no ha sido decidida previamente por todas las instancias administrativas. Asimismo, si deducimos la excepción de litispendencia (Art. 446, inc. 7, CPC), lo que estamos denunciando al Juez es

su falta de aptitud para conocer de una demanda que versa sobre pretensiones procesales que a su vez son objeto de otra demanda anterior, cuyo proceso está en trámite. Así podríamos seguir analizando las demás excepciones que prevé el Código.

Hay que precisar que la falta de algún presupuesto procesal formal o de fondo puede ser declarada de oficio, pues así lo autoriza nuestro Código Procesal Civil al referirse a la inadmisibilidad o a la improcedencia de la demanda (Arts. 426S y 427 CPC). En cambio, las excepciones tienen que ser deducidas u opuestas por la parte demandada.

Es pertinente anotar que en doctrina se dice que la legitimario *ad causam* identifica a la persona a quien la ley confiere la titularidad del derecho (que se circunscribe a que la pretensión esté tutelada por la ley, a la legitimidad para obrar y al interés para obrar) y la legitimatio *ad processum* identifica a la persona que conduce directamente el proceso desde la interposición de la demanda (que se circunscribe en nuestro ordenamiento a la capacidad procesal tanto del demandante como de su representante, así como a la capacidad procesal del demandado o de su representante). Hay presupuestos procesales que tienen que ver con la legitimatio *ad causam* y hay presupuestos procesales que tienen que ver con la legitimatio *ad processum*.

De lo expuesto podemos concluir que la ausencia de algún presupuesto procesal formal o de fondo, que el Juez puede determinar al calificar la demanda, al examinar el proceso en la fase del saneamiento o al declarar fundada una excepción, invalida inequívocamente la relación jurídico procesal trabada, lo que equivale a que el proceso generado es inválido e ineficaz.

2.3. Sujetos Procesales

Cualquiera sea el proceso, en su aspecto formal, presupone la intervención de varias personas (naturales o colectivas), independiente de la materia en litigio, quienes reciben la denominación de sujetos del proceso o sujetos procesales.

En el proceso civil, en efecto, intervienen una serie de sujetos, dentro de los cuales el Juez es el sujeto central, pues él representa al Poder Judicial, encargado de resolver el litigio. Tienen también vital importancia en el proceso la intervención del sujeto demandante y la del sujeto demandado, como contrincantes del derecho en disputa. El Juez, el demandante y el demandado son los sujetos principales y necesarios. Intervienen, asimismo, los abogados defensores de las partes en el proceso, que pueden actuar simplemente como tales o como defensores y representantes del demandante o del demandado. También tienen intervención los denominados auxiliares jurisdiccionales (como son los secretarios de Juzgado, los relatores, los secretarios de Sala) y los auxiliares judiciales (como los peritos, la policía judicial, los traductores, los intérpretes, los martilleros públicos, etc.). Tiene también injerencia en el proceso el representante del Ministerio Público (una vez como parte y otra como ilustrador del Juez, en los que dictamina). El propio Estado interviene en muchos litigios como parte en el proceso, el que lo hace mediante los procuradores públicos, quienes offician como sus representantes en los procesos judiciales. Finalmente, tienen intervención en determinados procesos los denominados terceros, que no son parte formal en el momento de constituirse la relación procesal, pero que al ser incorporados adquieren la calidad de terceros legitimados.

A continuación, trataremos al detalle la participación en el proceso de los distintos sujetos procesales y de las diferentes formas como se incorporan en él.

a) **El Juez:** El Juez, ya sea en forma unipersonal como en forma colegiada, es el que ejerce la función jurisdiccional, esto es, resuelve las controversias de derecho o dilucida las incertidumbres jurídicas que se le proponen.

La función de administrar justicia, en efecto, se ejerce por personas naturales o físicas, a quienes el Estado les confiere la potestad de resolver los conflictos que se le someten para su decisión. Cabe aclarar que, si bien la función jurisdiccional en rigor es desarrollada por personas naturales, empero, el Estado, para el cumplimiento de su aludida función, ha estructurado los denominados organismos jurisdiccionales (los Juzgados y los Tribunales), conformado por un solo Juez o por varios Jueces colegiados.

Por ello es que la persona del Juez adquiere una importancia tal que a él se le confía la tutela del honor, de la libertad, de la vida, la propiedad de los ciudadanos, razón por la cual se le exige una serie de requisitos especiales para su nombramiento, se le rodea de un sin número de garantías para su ejercicio funcional y, eventualmente, se le impone sanciones cuando incurre en conducta funcional.

La autonomía y la independencia como garantías de la administración de justicia se han establecido en función de la persona del Juez. El Juez natural es aquel que ha sido nombrado de acuerdo con la Constitución Política del Estado y las leyes pertinentes y sujetos que intervienen en el proceso que se le asigna un determinado cargo en función a su nombramiento, con el carácter de permanente, de modo que los usuarios de la

administración de justicia tengan conocimiento pleno de quiénes son sus jueces con antelación al planteamiento de alguna demanda y que el demandado conozca en igual forma al Juez ante quién ha sido emplazado. Concluimos reiterando que el Juez es el sujeto central y principal del proceso.

- b) Los Auxiliares Jurisdiccionales:** En los procesos civiles también tienen intervención los llamados tanto por el Código Procesal Civil como por la Ley Orgánica del Poder Judicial auxiliares jurisdiccionales. Los auxiliares de la jurisdicción civil están integrados por los secretarios y Relatores de las Salas Jurisdiccionales, por los Secretarios de Juzgado, los Oficiales Auxiliares de Justicia y los Órganos de Auxilio Judicial (Art. 54 CPC; Arts. 249 y ss. LOPJ).

Los deberes, las obligaciones y las responsabilidades que tienen estos auxiliares en las actuaciones y diligencias judiciales están determinados por la Ley Orgánica del Poder judicial y en las normas procesales respectivas (Art. 56 CPC). Cabe agregar que algunas de las normas relacionadas a dichos auxiliares han quedado temporalmente suspendidas y que en tanto no sean derogadas o modificadas por una disposición de igual rango que la aludida ley seguirá vigente después que quede sin efecto la suspensión.

- c) Los Órganos de Auxilio Judicial:** En los procesos, como se ha indicado, tienen injerencia los denominados Órganos de Auxilio Judicial que colaboran con los distintos organismos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones.

Estos órganos están conformados por los peritos en las distintas materias que requieren conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, así como por el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley (Art. 55 CPC). La Ley Orgánica del Poder Judicial señala que son también Órganos de Auxilio Judicial el cuerpo médico forense, el cuerpo de traducción e intérpretes, además de los precisados por el Código Procesal Civil (Art. 28 LOPJ).

d) Las Partes: Normalmente en el proceso civil hay dos partes: la parte demandante y la parte demandada, que pueden ser personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, etc. Cada parte, por otro lado, puede estar constituida por una o más personas, dando lugar a la figura procesal del litisconsorcio. La idea de parte excluye la de terceros.

Podemos conceptuar que es parte aquel que, en su propio nombre o en cuyo nombre se pide, invoca la tutela jurisdiccional de algún derecho subjetivo, promoviendo la actuación de la voluntad de la ley contenida en el derecho objetivo; también es parte aquel contra quien se formula el pedido.

De lo anotado es posible establecer una perfecta distinción entre el que pide la tutela jurisdiccional y aquel en favor de quien se pide la tutela. Algo más, en el derecho sustantivo se hace también una distinción entre la parte acreedora (en términos abstractos y genéricos) y la parte deudora (también en los mismos términos), diferente, lógicamente, de lo que ocurre en el aspecto procesal, es decir, en la relación procesal.

Normalmente el acreedor en la relación material coincide con la posición que adopta quien es parte demandante y el deudor con la que adopta la posición de quien es parte demandada en la relación procesal.

Por ello la importancia de determinar las partes en la relación jurídica material y, luego, las partes en el proceso correspondiente, para poder explicar la presencia de la relación jurídica procesal que nuestro ordenamiento procesal civil exige como condición para la validez y eficacia del proceso como instrumento jurisdiccional.

Empero, debemos señalar que el concepto de parte se utiliza con más frecuencia en el ámbito procesal, de modo que parte en el proceso es quien reclama y contra quien se reclama la satisfacción de una pretensión procesal. Los terceros incorporados al proceso suelen considerarse como parte en el proceso, dependiendo de la naturaleza del interés con que se incorporan a él.

Juan Morales Godo (1) sobre el tema que ahora tratamos escribe: "El concepto de parte no es exclusivo del proceso; está presente en otras ramas del derecho, y aun en el lenguaje común, como bien nos lo recuerda SATTA.

En efecto, los sujetos que intervienen en el contrato suelen denominárseles partes contratantes y, en un sentido más general, se suele denominar partes a los integrantes de la relación jurídica sustancial, la misma que puede provenir de una relación jurídica contractual como también extracontractual.

La expresión parte, implica la presencia de un todo, por lo tanto, a una unidad que, en el campo del derecho sustancial puede ser el contrato, y, en el área procesal es el proceso. Conviene señalar, entonces, la diferencia del concepto de partes del proceso con los otros conceptos de parte.

La idea de parte implica un devenir; se es parte porque existe una unidad hacia la cual se converge; esta idea no es ajena al proceso que también implica la idea de devenir.

Sin embargo, a diferencia de los otros campos del sentido común, en el proceso, la norma que se pretende hacer valer no es obra de las partes; no son ellas que las crean o las imponen, ni siquiera en los aspectos formales, porque ya existen. No ocurre lo mismo con un contrato, donde la relación jurídica es creación de las partes, generando ellas sus propias normas sin más limitaciones que el orden público y las buenas costumbres (Art. V, Título Preliminar del Código Civil)".

❖ **Institutos Jurídico Procesales Vinculados al tema de las partes en el Proceso**

Al tratar del tema de las partes en el proceso hay que estudiar necesariamente determinados institutos procesales, cuyo examen doctrinario y legislativo abordamos a continuación, empleando naturalmente con el estudio de lo que se entiende por capacidad de ser parte en el proceso.

- * **Capacidad de ser parte en el proceso:** La capacidad de ser parte en el proceso implica en principio aptitud de ser titular de los

derechos materiales o sustantivos en controversia o, mejor, aptitud para afirmar en un proceso que se tiene la calidad de titular de tales derechos. También se dice que quien es parte en un proceso es quien tiene la legitimatio ad causam, de modo que, por ejemplo, un menor de edad, un enfermo mental, etc., pueden ser perfectamente parte en un proceso. Lo importante es que el hecho de ser parte en un proceso importa pretender ser titular de un derecho en conflicto amparado por la ley, pues, recién en la sentencia se determinará si en efecto quien hizo la referida afirmación es realmente el titular del derecho alegado o no.

El Código Procesal Civil señala, como regla general, asume que toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos, la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, pueden ser parte material en un proceso (Art. 579 CPC).

El listado y sus dependencias también pueden ser parte en el proceso civil, ya sea como demandantes o como demandados. El ordenamiento procesal civil señala que cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquél, intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se le asigne, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en el Código Procesal Civil (Art. 59° CPC). De lo contrario se violaría el principio de socialización del proceso (Art. VI, T. P., CPC).

Las personas jurídicas de, derecho público eximio igualmente pueden ser parte en un proceso civil, como, por el ejemplo, el caso de la Cruz Roja Internacional, que puede ser demandante o demandada ante los organismos judiciales del país.

También pueden ser parte material en el proceso civil los titulares abstractamente considerados de los intereses difusos, es decir, un conjunto indeterminado de personas titulares de determinados derechos, tales como el derecho a la protección de su medio ambiente donde domicilian, el derecho a que sus recursos naturales sean protegidos, el derecho a la tranquilidad y al desarrollo integral de sus componentes, el derecho a tener un adecuado servicio de transporte público, el derecho a que sean protegidos sus bienes culturales e históricos donde viven, el derecho a que sus integrantes consuman bienes en condiciones adecuadas a su salud, etc. (El artículo 68y de la Constitución establece que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas).

Tales derechos naturalmente protegen bienes que por su naturaleza son de inestimable valor patrimonial, a los que el Código Procesal Civil denomina intereses difusos. Interés difuso, dice el Código, es aquél cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor económico, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consu-

midor (Art. 82Q CPC). Los intereses difusos son denominados también intereses transpersonales, colectivos, comunes, sociales, públicos, etc., correspondientes a un conjunto indeterminado de personas. El Código de los Niños y Adolescentes prevé que corresponde al Fiscal promover la acción civil o administrativa para la protección de los intereses difusos o los colectivos de los niños establecidos en dicho Código.

- **Capacidad Procesal:** La capacidad procesal, es decir, la legitimatio *ad processum*, sólo la tienen aquellas personas naturales que por sí mismas pueden intervenir en el proceso; más preciso, aquellas personas que se hallan habilitadas por la ley para hacer valer sus derechos por sí mismas planteando la demanda, contradiciéndola y realizando determinados actos procesales.

Esto nos explica aún más la distinción que hay entre ser parte en la relación material (parte acreedora y parte deudora) y ser parte en la, relación procesal (parte demandante y parte demandada).

Si el titular de un derecho pretendido en el proceso coincide con la misma persona que interpone válidamente la demanda diremos que esa persona no sólo es parte en el proceso sino también tiene capacidad procesal. En otras palabras, la capacidad procesal importa tener capacidad para obrar por sí mismo en el proceso.

La capacidad procesal normalmente se adquiere a los 18 años de edad, pues ésta constituye una forma de ejercitar los derechos civiles (Art. 42" CC). Sólo las personas naturales tienen capacidad procesal, en atención a que ésta importa intervención personal y directa en el proceso.

El Código Procesal Civil, recogiendo el concepto anotado, señala que tienen capacidad para comparecer por sí en un proceso las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquellas a quienes la ley se lo faculte (Art. 589, primer párrafo, CPC).

La pregunta que surge a continuación es: ¿Quiénes pueden disponer válidamente de los derechos que en un proceso se discuten? La respuesta, formulada genéricamente, es que para disponer de tales derechos válidamente se debe tener capacidad de ejercicio de los derechos civiles, que como lo establece el Código Civil (Art. 429 CC) se adquiere a los 18 años de edad, con la salvedad que dicho numeral señala.

El mismo Código Procesal Civil prevé que tienen capacidad para conferir representación designando apoderado judicial -se entiende dentro de un proceso o fuera de él para hacerlo valer en el proceso- las personas que también pueden disponer de los derechos que en él se debaten (Art. 589, primer párrafo, CPC).

Es que para conferir poder dentro del proceso se supone que el representante (quien va a conferir poder) se ha apersonado válidamente al proceso, lo que importa que quien confiere representación tiene capacidad procesal.

Cuando el Código prevé que las demás personas deben comparecer al proceso por medio de representante legal (Art. 58- , primer párrafo, CPC), se refiere a aquellas personas que no tienen capacidad procesal, aludiendo a aquellas que no pueden comparecer al proceso por sí mismos. Como ejemplo señalamos el caso de las personas físicas que no pueden ejercitar válidamente sus derechos civiles, el caso de las personas jurídicas que son entes ideales, etc.

- **La representación en el proceso:** En términos genéricos, la representación importa la celebración de negocios jurídicos en nombre de otra persona y que sus efectos son vinculantes para el representado.

La representación se ha establecido para satisfacer necesidades humanas. Si no existiera este instituto la actividad del hombre se reduciría; el patrimonio de los incapaces, por ejemplo, no sería pasible de negocios jurídicos.

Mediante la representación se suple la falta de capacidad de ejercicio de los derechos civiles de las personas. Nuestro ordenamiento civil establece que el acto jurídico puede ser

realizado mediante representante y que la facultad de representación la otorga el propio interesado o la confiere la ley (Art. 145QCC).

En el orden procesal, toda persona, natural o jurídica, o entes singulares como los patrimonios autónomos, tienen derecho para intervenir en el proceso para defender sus intereses en controversia.

Pero hay casos en los cuales el titular del derecho en litigio en el proceso no tiene capacidad procesal (no ha cumplido, por ejemplo, los 18 años de edad la persona natural); en estos supuestos, terceras personas señaladas por la ley son las que intervienen en nombre y representación de los incapaces. Estamos aquí frente a la denominada representación legal.

En cambio, hay supuestos en los cuales la persona titular de un derecho en controversia en el proceso, no obstante tener capacidad procesal, por múltiples razones, puede ponerse en la situación de no poder intervenir personalmente en el proceso, caso en el cual perfectamente puede delegar en terceras personas su representación, de modo que éstas intervengan en representación del litigante. En estos casos estamos frente a la denominada representación voluntaria.

Finalmente, hay también supuestos en los cuales el Juez es quien designa al representante, como el caso de la designación del curador procesal; en este caso estamos frente a la denominada

representación judicial o representación judidaria, autorizada, naturalmente, por la ley.

Para la válida intervención de los representantes en el proceso, éstos deben acreditar fehacientemente su calidad de tales, pues, de lo contrario, el Juez debe rechazar su participación o, en su caso, la parte contraria tendrá perfectamente la facultad de cuestionar la intervención del tercero que invoca una representación.

El padre del hijo menor de edad demandante, que ejerce la patria potestad, por ejemplo, acreditará su representación en el proceso presentando la partida de nacimiento del menor; el representante de una sociedad comercial podrá acreditar su personería con la presentación de su estatuto.

Tratándose de la representación voluntaria, quien se apersona al proceso en nombre de alguna de las partes, acreditará su personería presentando el poder conferido en la forma señalada por la ley, por ejemplo, la escritura pública que contenga el poder conferido.

Finalmente, tratándose de la representación judicial, para el nombramiento del representante deben cumplirse determinados requisitos y trámites que el ordenamiento procesal determina; sólo así tendrá válida representación.

3. LOS CONTRATOS

La contratación hoy en día ha adquirido una importancia no imaginada que se presenta en casi todos los actos de la actividad humana resultando un medio que posibilita la circulación de la riqueza, la propiedad, la industria, el comercio y cualquier actividad económica. Algunos tratadistas consideran como el torrente sanguíneo de una sociedad, cuyo progreso se mide en razón directa de su evolución contractual. Por el contrario, se adquiere derechos, pero también se asumen obligaciones que evitan la violencia, la explotación y la injusticia. Desde el punto de vista económico, el contrato tiene mucha importancia puesto que casi siempre su contenido de este carácter al que da forma y lo hace obligatorio. La finalidad de todo contrato es armonizar los intereses económicos inicialmente opuestos o al menos no coincidentes, razón por la cual es fuente causal de derechos y obligaciones, resultando fundamentalmente en la vida social.

3.1. Definición

En términos generales, el contrato es el acuerdo entre dos o más partes, relacionados con un objeto de interés jurídico patrimonial. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. El Art. 1351 de nuestro vigente Cod. Civil lo define textualmente: *“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica Patrimonial”*. La doctrina contemporánea parte de la premisa de que el contrato se extiende a todo el derecho obligacional y que, de consiguiente, no sólo crea obligaciones, sino que también las regula, modifica o extingue. Otro aspecto importante es el relativo al carácter patrimonial de la relación cuyo punto es muy discutido en la doctrina y responde también a las más modernas concepciones, según las cuales el contrato o tiene un contenido jurídico patrimonial o se resuelve siempre en la obligación de indemnizar daños y perjuicios.

Al respecto debemos señalar que los actos jurídicos por su objeto se clasifican en patrimoniales y extra patrimoniales. Son actos patrimoniales aquellos en los que la relación jurídica creada versa sobre bienes intereses que posean una naturaleza económica o pueda ser objeto de valorización.

El bien tiene un valor real económicamente hablando por sus propias cualidades o características. Los actos jurídicos extra patrimoniales son, en cambio los que versan sobre derechos que no tienen un valor económico, tales como las relaciones jurídicas del Derecho de la Persona y el Derecho de la Familia. Atendiendo a la definición contenida en artículo 1351, hay que reconocer que el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial y que la falta de estos dos elementos determinaría la invalidez del contrato como tal.

3.2. Elementos del Contrato

- a) Acuerdo de voluntades:** La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Los principales clásicos de la autonomía de la voluntad reconocen la existencia de la libertad de contratar y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación.

El Art. 1354 del C.C. reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la Ley” La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción. La pluralidad de personas presupone pluralidad de

voluntades. Estas voluntades no deben ser mantenidas en el fuero interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse, sino que deben ser expresadas y exteriorizadas.

El acuerdo de voluntades que requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, tal como lo establece el Art. 1352, que dice: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes... El Art. 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. VIDAL, basándose en dicho artículo dice que el Código ha definido una posición en el sentido de que las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista. En el área contractual el Art. 1361 del Código Civil dispone que los contratos son obligatorios en cuando se halla expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla. Según ARIAS SCHREIHER, el Código Civil ha adoptado una fórmula distinta a las clásicas que consiste en que si bien su punto de partida está en la teoría de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria, a la de la voluntad y la figura, en realidad se invierte”.

- b) Pluralidad de sujetos:** Presupone la existencia de dos o más partes cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el

contrato supone la existencia de dos o más partes por ello se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral cuyos intereses son distintos. Suele denominarse parte y contraparte es el Banco y la contraparte es el cliente.

Un aspecto importante con relación a los sujetos es el relativo a la capacidad de las partes. Al respecto se reconoce a la persona desde su nacimiento el derecho de goce o capacidad jurídica en cambio la capacidad de ejercicio, sólo es ejercida cuando la persona tiene aptitud para celebrar un contrato. Por ejemplo, la capacidad de ejercicio se adquiere en las personas naturales a los 18 años de edad y en las personas jurídicas cuando éstas han cumplido con constituirse y registrarse con arreglo a ley.

La ley señala que los mayores de 18 años de edad, puedan contratar por sí mismos, mientras que los menores y los incapaces deberán hacerlo a través de sus representantes legales. En el primer caso serán los padres o tutores del menor, y en el segundo caso deberá intervenir en su representación un curador. El Art. 43 del C.C. establece que son incapaces absolutos (menores de 16 años de edad).

Los que se encuentran privados de discernimiento, los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos, que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable). Por otro lado, el Art. 44, establece que son relativamente incapaces – Los menores de 18 pero mayores de 16 años. – Los retardados mentales. – Los que adolecen de deterioro mental. – Los pródigos. – Los ebrios habituales. – Los que incurren en mala gestión. –

Los toxicómanos. – Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Los incapaces relativos no privados de discernimiento pueden celebrar válidamente contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida cotidiana (Art. 1358).

Los representantes legales requieren autorización expresa del representado para disponer los bienes o gravarlos, celebrar transacciones, compromisos arbitrales, entre otros. Un aspecto especial e importante es el referirnos a la contratación entre cónyuges, la misma que se encontraba prohibida en el Código Civil anterior. El Código Civil de 1984, regula expresamente los casos en que los cónyuges pueden celebrar contratos válidamente.

Tal es el caso referido en el Art. 312 que establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes sociales y en cambio para gravarlos o disponer de ellos, se requiere la intervención del marido y la mujer.

Por otro lado, la contratación es posible entre ellos, cuando los esposos hayan establecido un régimen de separación de bienes o tengan bienes propios.

Otras limitaciones las encontramos en el Art. 440 del C.C. que prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos, salvo autorización judicial. Similares limitaciones, contiene el Código con relación al ejercicio de la tutela y curatela (Arts. 572 al 575). Es importante resaltar que la doctrina actual no vacila en afirmar que no puede identificarse os conceptos de personas y de parte.

La primera se refiere a un ser o entidad dotado de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual. Se requiere que tenga personalidad propia, es decir, la aptitud para ser sujeto del acto, ante la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina “centro de interés”.

En tal sentido, la parte es el “centro” en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato.

Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el de parte, porque en la mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés y en tal caso la parte contractual es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

Es así que el Art. 1351 en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, que cada una de esas partes está constituida por una o más personas, 3. Consecuencia Jurídica. Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.

3.3. Clasificación de los Contratos

Se ha considerado hacer una clasificación de los contratos enfocándolos desde diferentes ángulos, lo que nos permitirá explicarnos el diferente trato que les ha dado la ley.

- a) **Por su Regulación:** Pueden ser contratos típicos cuando está regido por una determinada disciplina legal, como es el caso del contrato de cuenta

corriente, ahorros, fideicomiso, leasing, entre otros. En cambio, los contratos atípicos son aquellos que carecen de normatividad y que es consecuencia de un permanente proceso de renovación y crecimiento, lo que se traduce en nuevas figuras contractuales nacidas bajo la influencia de factores económicos y de otro orden. Se consideran contratos atípicos el Underwriting, la Franquicia, el Joint Venture, entre otros.

- b) **Por su área:** Por el área que cubren se clasifican en contratos civiles regulados por el Código Civil, contratos comerciales regulados por el Código de Comercio u otras leyes, contratos bancarios a los regulados por el Derecho Bancario y los contratos especiales regulados por Derechos Privados Especiales como el Agrario, Minero, Trabajo, entre otros.
- c) **Por su autonomía:** Se divide en contratos principales, accesorios y derivados: El contrato principal es aquel que no depende de otro que le precede y por lo tanto tiene vida propia, como los contratos de mundo, crédito documentario, descuento, factoring, etc.

3.4. Efectos de los Contratos

De conformidad con el Art. 1363, “solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”. Esta norma responde a principios universalmente reconocidos, según los cuales los contratos no surten efectos más allá de las partes que lo han otorgado, y al fallecimiento de alguna de las partes se extiende a sus herederos, sean éstos a título singular o universal.

La excepción señalada en el artículo comentado, está referida a los derechos y obligaciones que expresamente por ley o por el acuerdo de las partes se hayan declarado no transferible.

La regla en consecuencia es que los contratos no producen efectos respecto de terceros. No existe razón para que cuando una persona se haya obligado a pagar unos préstamos al Banco por incumplimiento lo cobre a tercera persona que no ha intervenido en el contrato.

Sin embargo, es caro e dispositivo al señalar que, en el caso del fallecimiento del deudor, los herederos deben de cumplir con el pago correspondiente. Pero, también existen situaciones que no pueden ser transferibles, sobre todo en los contratos personalísimos como por ejemplo la prestación de servicios profesionales pues con el fallecimiento del Abogado o el Médico, se extingue necesariamente el contrato.

Especialmente los contratos bancarios tienen un carácter personalísimo, ya que el manejo del crédito implica la concesión recíproca de la más alta confianza, y, por consiguiente, podemos afirmar que estos contratos se celebran “*intuitu personae*”, esto es, en consideración a las calidades personales de quienes contratan con los Bancos.

Ello explica, porque en muchos contratos cabe la terminación unilateral por parte del Banco, que obedece en la mayoría de los casos, a que desaparecen las condiciones de moralidad o solvencia que se tuvieron en cuenta al celebrar el negocio. Estos contratos personalísimos están basados evidentemente en los principios de la buena fe, en la mutua confianza que existen entre las partes, es por ello que las legislaciones sancionan con particular severidad los abusos de la buena

fe, como sucede en los giros de cheques sin tener fondos suficientes, o con firma adulterada o sobre cuentas canceladas.

3.5. El objeto de los Contratos

De conformidad con el Art. 1402 el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. En suma, el objeto del contrato, es en esencia, una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

3.6. Creación de una relación jurídica

Es una función contractual que menos dificultades presenta, pues parte de las limitaciones impuestas por normas imperativas (la ley o las buenas costumbres) es posible crear relaciones jurídicas patrimoniales que satisfagan las necesidades de los contratantes.

En tal sentido el Art. 1354 establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario o norma legal de carácter imperativo. En todo caso, de acuerdo al artículo V el Título Preliminar, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En consecuencia, salvo estas limitaciones, mediante el contrato las partes pueden crear toda clase de obligaciones utilizando para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

3.7. Regulación de una relación jurídica

El término empleado por nuestro Código ha causado cierta confusión, pues para algunos autores piensan que la expresión regular es el equivalente de la expresión modificar. En todo caso, la modificación supone un cambio de lo existente, la regulación no tiene ese alcance.

En materia contractual las partes pueden regular o precisar los alcances de una relación jurídica o bien interpretarla o estableciendo reglas de detalle (procedimientos de ejecución modalidades de ejercicio de los derechos) que no implica la modificación de la relación jurídica original.

Normalmente las partes obligadas pueden considerar conveniente regular los alcances de su respectiva obligación sin aumentarlas ni modificarlas.

3.8. Modificación de una relación Jurídica

Es frecuente que por diferentes circunstancias las partes se vean precisadas en modificar las obligaciones existentes originalmente en el contrato, es decir, modificar el contenido del contrato sin extinguir supone un cambio de las condiciones u obligaciones existentes.

3.9. Extinción de una relación Jurídica

Esto ocurre cuando las partes deciden poner término al contrato antes de su vencimiento. Esta figura jurídica se le conoce con el nombre de “*distracto*”, que es el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes.

Es de advertir que el *distracto* sólo puede tener lugar para poner fin a una relación jurídica cuyas prestaciones aún no han sido ejecutada o cuya ejecución sea continua o periódica.

Como una especie de *distracto* existe el mutuo disenso, que es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial nacida de un contrato, sobre esto LEÓN BARANDIARÁN sostiene que el mutuo disenso sólo puede operar en los contratos bilaterales (prestaciones recíprocas) y no en uno unilateral, porque entonces se confundiría con la remisión.

3.10. Extinción de los contratos

La terminación de un contrato puede producirse por causas naturales o violentas.

- a) **Terminación natural:** Se considera terminación natural cuando ha vencido el plazo, o se ha cumplido la finalidad del mismo, las partes de mutuo acuerdo han decidido su terminación.
- b) **Terminación violenta:** En cambio, la terminación violenta, es cuando surgen algunas causales que impiden la continuidad del contrato, dando lugar a la resolución o rescisión contractual, aspectos que serán vistos en el siguiente capítulo.
- c) **La rescisión de los contratos:** Procede la rescisión de un contrato cuando la causal alegada existía al momento de celebrarlo, pero que la parte afectada no la conocía. Su declaración debe ser necesariamente judicial, y sus efectos son retroactivos a la fecha de su celebración. Se llega a la determinación de que nunca hubo contrato alguno. El Art. 1370 del Código Civil establece textualmente lo siguiente: “*Art. 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo*”. De acuerdo a esta norma, la rescisión es el acto que deja sin efecto un contrato, por una razón que existía y no se conocía al momento de su celebración.
- d) **La resolución de los contratos:** Procede la resolución de un contrato cuando la causal de incumplimiento es posterior a la celebración del mismo, y puede ser declarada por cualquiera de las partes en forma extrajudicial o judicialmente. El Art. 1371 del C.C. prescribe lo siguiente

“Art. 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”.

La resolución presupone, a diferencia de la rescisión, un acto por el cual el contrato deja sin efecto debido a la concurrencia de circunstancias sobrevinientes.

Tratándose de incumplimiento, la parte afectada puede solicitar judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, y en uno u otro caso, el pago de los daños y perjuicio causados (Ar. 1428 del C.C.), Cuando la resolución, se basa en causal sobreviniente, la parte que se perjudica con el incumplimiento puede requerirla mediante carta entregada por vía notarial, para que cumpla con la prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios (Art. 1429 del C.C.). Se trata en consecuencia de una resolución automática de contrato, que no exige intervención del poder judicial, salvo el cobro de los daños y perjuicios que es independiente a la resolución del contrato.

En cuanto al requerimiento, nada impide que el plazo sea mayor, pero si no podrá fijarse en menos de los quince días, ni tampoco renunciarse al ejercicio de este medio de conservación de los derechos del contratante, pues la norma es imperativa y está basada en el interés común.

También puede pactarse la resolución expresa del contrato amparado en lo dispuesto en el Art. 1430 del C.C., pero deberá consignarse en el contrato en forma expresa y con toda precisión las causales que dan lugar a la resolución.

4. RESOLUCIÓN DE CONTRATO

4.1. Antecedentes y Definición de la Resolución de Contrato:

La Resolución de Contrato, se encuentra prevista en el artículo 1371 del Código Civil, y tiene su origen en el artículo 1285-A del Anteproyecto de la Comisión Revisora. De allí pasó el artículo 1336 del segundo Proyecto, que tenía el mismo texto que tiene el artículo 1371 del Código Civil, que prevé: La resolución deja sin un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

La redacción de la primera parte del artículo 1371 es igual a la de la primera parte del artículo 1370, esto es que la resolución (como la rescisión) deja sin efecto un contrato. Esto podría dar lugar a que se llegase a la conclusión que la resolución, a semejanza de la rescisión, deja sin efecto un contrato. Si bien ello es cierto en el caso de la rescisión, pues lo que queda sin efecto es el contrato rescindido, el cual deviene retroactivamente en ineficaz, no lo es en el caso de la resolución. En efecto, se ha visto que el contrato es un acto jurídico que deja de existir e cuanto ha producido su efecto, que es el crear una relación patrimonial.

Es esta relación la que obliga a las partes y a que determinar que se ejecuten las prestaciones correspondientes. Consecuentemente, si la resolución no opera retroactivamente, como lo establece el artículo 1372, su acción recae en lo que existe en el momento de producirse la causal sobreviniente, que no es el contrato sino la relación jurídica patrimonial creada por él. MESSINEO sostiene que la resolución pone fin el contrato, pero que ella importa, implícitamente, que pone fin también a la relación obligatoria engendrada por el contrato, agregando que la

resolución suele ser referida lógicamente al contrato, ya porque éste no ha sido todavía ejecutado, ya porque él es de ejecución continuada¹⁰⁹.

Esta posición de MESSINEO¹¹⁰ se explica porque según el artículo 1458 del Código Civil italiano la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, por lo cual, en este caso, la resolución, al igual que la rescisión, taca al contrato mismo (haciéndolo ineficaz) y no sólo a los efectos de él. Pienso que esta solución no es aceptable en nuestro Derecho porque habiendo decidido el codificador civil (en mi opinión con razón) que la resolución no tiene efecto retroactivo, su acción no recae en el contrato sino en los efectos del mismo.

Precisamente la diferencia entre rescisión y resolución es que la primera deja sin efecto un contrato por causal existente en el momento de celebrarlo, lo que justifica la retroactividad, mientras que la segunda deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración, lo que explica que opere solo a partir de que ocurre a causal y sobre el elemento contractual que está vigente en este momento, o sea la relación jurídica patrimonial creada por el contrato.

El artículo 1371 habla de un contrato válido, a diferencia del artículo 1370 que solo habla de un contrato, lo que podría llevar a pensar que en este último caso el contrato no es válido. Este raciocinio no es correcto. Ya se ha visto al tratar sobre el concepto de rescisión que el contrato materia de ella es uno válido, que simplemente pierde eficacia por razón de la rescisión. En ambos casos se trata, pues, de contratos válidos.

¹⁰⁹ MESSINEO, Francesco, "*Doctrina general del contrato*", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires; 1986, Tomo II, pág. 333.

¹¹⁰ MESSINEO, Francesco, op. Cit. Tomo II, pág. 332.

Es posible que el codificador al hablar en el caso de la resolución de un contrato válido haya deseado poner énfasis en que el contrato no es inválido, pues si lo fuera no sería preciso, como dice MESSINEO, accionar por resolución, pues bastaría invocar su invalidez. Otro elemento necesario para que proceda la resolución es que la causal que la motiva sea sobreviniente a la celebración de contrato. Esta causal bien puede tener origen legal; como ocurre en el caso de la resolución por incumplimiento, contemplada por el artículo 1428 del Código Civil, o en el de la resolución por autoridad del acreedor a que se refiere el artículo 1429 del mismo Código, o bien su origen puede ser convencional, como es el caso del pacto comisorio regulado por el artículo 1430 del mismo Código o el del mundo disenso.

Tratándose de la resolución convencional considero, por las razones que expuse al tratar sobre la rescisión convencional, que no es posible resolver un contrato por causales existentes en el momento de su celebración, pues el dejar sin efecto un contrato por estas causales es función propia de la rescisión. Finalmente, la resolución deja sin efecto la resolución jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen no, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones. Por ejemplo, es un contrato de arrendamiento, la resolución determina que el arrendador deje de estar obligado a ceder el arrendatario el uso del bien y que éste deje de estar obligado a pagar la renta.

4.2. Titulares del Derecho de Resolver el Contrato:

Solamente el acreedor de la prestación no ejecutada o sus herederos pueden invocar, judicial o extrajudicialmente, la resolución del contrato. El deudor de la

prestación no ejecutada no tiene la facultad de resolver el contrato; no puede valerse de la inexecución de su propia prestación para escapar de si palabra empeñada resolviendo el contrato. También los acreedores el titular de la acción resolutoria pueden invocar la resolución del contrato a través de la acción subrogatoria (arts. 1219.4, 1260.3, 1889).

4.3. Casos de Resolución:

El hecho sobreviniente que constituye el presupuesto para la resolución del contrato puede ser imputable a la otra parte (ej., el incumplimiento) o puede ser extraña a la voluntad de ambas (caso fortuito o fuerza mayor); puede detenerse un origen legal (ej., la resolución por incumplimiento) o convencional (el mutuo disenso). La relevancia de la incidencia del hecho sobreviviente sobre los efectos del contrato unifica todas las hipótesis de resolución y justifica la unidad de la terminología, pero la diferencia de presupuestos obliga a tratar separadamente cada una de las figuras de resolución reguladas por el ordenamiento jurídico civil: resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida y por sobrevenida excesiva onerosidad.

Existen otros casos especiales de resolución dispuestos por ley o por pacto. Por ejemplo, en la compra-venta de bienes muebles no entregados al comprador, si éste no paga el precio u otorga la garantía ofrecida, el vendedor puede disponer del bien, quedando el contrato resuelto de pleno derecho (art. 1564); el pacto de retroventa por el que el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin necesidad de decisión judicial (art. 1586); si la compra venta se hace sobre muestra, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio (art. 1573).

4.4. Efectos de la Resolución:

La resolución, aunque sea declarada posteriormente, opera desde el momento en que se produce la causal sobreviniente. Por ejemplo, tratándose de la resolución por incumplimiento a que se refiere el artículo 1428 del Código Civil, la resolución produce sus consecuencias a partir que se pone en conocimiento del juez la inejecución de la prestación debida; en el caso del acto comisorio la resolución de pleno derecho opera desde el momento en que a parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Esto no es retroactividad sino aplicación inmediata de la resolución. Para entender mejor el concepto de la aplicación inmediata de la norma, debe tomarse en consideración que la retroactividad y la irretroactividad son problemas relativos a la eficacia de la norma en el tiempo. La aplicación inmediata se refiere a situaciones que se prolongan en el tiempo en el sentido que los actos afectados por ella generan consecuencias o efectos que se siguen produciendo.

Supone la existencia de una situación antigua que es reemplazada por una situación nueva. Se entiende por aplicación inmediata, bien sea de la ley o de una situación jurídica, el principio en virtud del cual los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley o de la antigua situación jurídica se rigen por éstas; los cumplidos después del cambio se rigen por la nueva ley o la nueva situación.

En el campo de la ley, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú. Tratándose de los contratos, la irretroactividad de la resolución da lugar a que ésta no afecta ni al contrato que se

resuelve ni a los efectos producidos por la relación jurídica creada por dicho contrato antes de la resolución, pero sí a los efectos producidos después de la resolución.

Recuérdese que los contratos se clasifican, en lo que se refiere al tiempo, en contratos de ejecución inmediata, de ejecución diferida, de ejecución instantánea y de duración. Los efectos de la resolución varían según se trate de cada uno de estos contratos.

En el caso de los contratos de ejecución inmediata, que son aquellos cuyas prestaciones son exigibles desde el momento de su celebración, el efecto de la resolución es poner fin a la relación jurídica patrimonial, pero esta relación jurídica, por tener que cumplirse inmediatamente después de celebrado el contrato, tiene igual contenido que éste.

Es difícil que en estos contratos haya lugar a la resolución por incumplimiento, pues ejecutándose inmediatamente a la celebración del contrato todas las prestaciones derivadas de la relación jurídica creada por él, no cabe teóricamente un incumplimiento. Este sólo existirá si, pese a la necesidad de la ejecución inmediata, una de las partes no cumpliera con hacerlo en ese momento.

En tal caso, la resolución determinaría que las cosas deban tomar, en su aspecto económico, al estado anterior al que se produjo el incumplimiento, o sea el estado a celebrarse el contrato. Como en el caso de la rescisión, las partes deben restituirse las respectivas prestaciones o, si ello no fuera posible, a restituir su valor al momento de celebrarse el contrato.

Sin embargo, en los contratos de ejecución inmediata puede ocurrir que la causal obedezca a otra razón que el incumplimiento, como es el caso de la

resolución como saneamiento por vicios ocultos o por evicción parcial. Considero que en el caso de los vicios ocultos los efectos de la resolución expresamente regulados por el artículo 151.2 del Código Civil, de tal manera que no se presenta problema alguno. Pienso que tratándose de la evicción parcial son aplicables *mutatis mutandis* dichas reglas, por ser también un caso de saneamiento.

Faltaría sólo contemplar la situación de la prestación a cargo del adquiriente, o sea la devolución de la parte del bien cuya propiedad, posesión o uso se le transfirió, que no ha sido afectada por el vicio oculto o por la evicción parcial. La solución adecuada parece ser la devolución de dicha parte al transferente o, si ello no fuera posible, el pago de su valor, pero éste no a momento de celebrarse el contrato sino al de la resolución, para guardar consecuencia con lo previsto en el inciso I del artículo 151.2. La situación que presenta mayores dificultades es la del contrato de ejecución diferida, en el que el término inicial de su ejecución es postergado por un plazo determinado o indeterminado.

Si la postergación de las prestaciones es simultánea para ambas partes, o sea que toda la relación jurídica patrimonial se difiere, se dará el mismo caso del contrato de ejecución instantánea, que se analizará más adelante. En cambio, si se posterga sólo la prestación a cargo de una de las partes y se ejecuta la prestación a cargo de la otra, la relación jurídica patrimonial vigente en el momento de ocurrir la causal sobreviniente será distinta de la creada por el contrato, pues solo existirá una prestación inejecutada.

Pienso que es este caso la consecuencia adecuada de la resolución es quién, debido a postergación unilateral, no haya ejecutado la prestación a su cargo, quede liberado de hacerlo, pero deberá restituir a la otra parte la contraprestación que h

recibido y, si ello no fuera posible, reembolsar el valor que tendría al momento de producirse la causal. La obligación de restitución de la contraprestación ejecutada antes de producirse la causal sobreviniente, no obstante, la irretroactividad de la resolución, puede encontrar su justificación en la necesidad de evitar un enriquecimiento indebido.

Esto que patente en la resolución por incumplimiento, que tiene ligar sólo en los contratos con prestaciones recíprocas, de tal manera que si producida la resolución queda sin efecto, a partir de este momento, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, desaparece también en ese momento la causa o razón en virtud de la cual tenía derecho a conservar la contraprestación que ha recibido dicha parte, que es precisamente la reciprocidad de las prestaciones, por lo cual la falta de restitución de dicha contraprestación constituiría un enriquecimiento sin causa a expensas de la otra parte. Tratándose de contratos de ejecución instantánea, en los que las prestaciones deben ejecutarse simultáneamente, aunque sea en forma diferida, la solución parece más fácil pues siendo la relación jurídica patrimonial igual a la que existía al celebrarse el contrato, desde que nada se ha ejecutado en el ínterin, bastará que ambas partes se restituyan sus respectivas prestaciones o, si no fuera posible, su valor al tiempo de producirse la causal sobreviniente. El último caso es el del contrato de duración.

Aquí puede darse la posibilidad de que se trate de prestaciones continuadas o e prestaciones periódicas. En ambas posibilidades, la resolución del contrato, por no ser retroactiva, dará lugar a que cese la obligación de seguir ejecutando las prestaciones continuadas o desaparezca la obligación de ejecutar las prestaciones periódicas pendientes, conservando pleno valor la parte de la prestación continuada

ya ejecutada y las prestaciones periódicas efectuadas antes de ocurrir la causal sobreviniente.

Si se trata de un contrato en el que una de las prestaciones fuera de ejecución inmediata y la contraprestación fuera de ejecución continuada, como sería el caso de un contrato de arrendamiento en el que la renta hubiera sido pagada íntegramente por adelantado, la resolución del contrato daría lugar a la devolución de la parte de la renta correspondiente a la parte de la cesión del uso que ha quedado sin efecto por razón de la resolución. Como se recordará, el artículo 1458 del Código Civil italiano establece que la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo, salvo en el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya efectuadas.

Comentando este artículo, MICCIO¹¹¹ dice que esta excepción demuestra que el carácter retroactivo que se da a la resolución constituye una terminología imprecisa, pues no se trata, en realidad, de retroactividad. En cuanto a la indemnización a las partes de los daños les cause la resolución del contrato, pueden aplicarse *mutatis mutandis* las pautas expuestas al tratar los efectos de la rescisión del contrato.

4.5. Carácter de la Acción Resolución:

Al igual que la acción rescisoria, la acción resolutoria, cuando la resolución no opera de pleno derecho, tiene carácter constitutivo, en el sentido que es la decisión judicial la que determina que la relación jurídica patrimonial queda sin efecto. Esto es consecuente con la validez inicial del contrato y de la relación

¹¹¹ MICCIO, Renato, “*I diritti di crédito – Il contratto*”, U.T.E.T., Torino, 1997, pág. 517

jurídica patrimonial creada por él, la cual sólo deja de producir efecto por razón de la declaración judicial de ineficacia.

Sin embargo, el carácter constitutivo de la acción no determina que la ineficacia opere desde el momento de dicha declaración, sino a partir de la presentación de la demanda una vez ocurrida la causal sobreviniente que justifica la resolución.

En efecto, es desde este omento que se pone en evidencia ante el juez que el contrato adolece de un defecto que determina la necesidad de su ineficiencia.

4.6. ¿Se resuelve el contrato o la obligación?

En nuestro medio se ha difundido la doctrina que considera que una vez celebrado, el contrato se extingue quedando solamente la obligación creada, razón por la que no se resuelve el contrato, sino la relación obligatoria¹¹². No compartimos esta teoría, porque, como dice Carlos Cossio, todo objeto cultural el contrato lo es, consiste en la unidad de un substrato material y de un sentido espiritual es decir; en los objetos culturales existen dos elementos: un substrato o soporte material, por ejemplo: un lienzo, un papel, una piedra, un metal, un trozo de madera, en los que se encarna un sentido espiritual valioso, de cuya existencia nos damos cuenta como advertimos que es bueno o malo, verdadero o falso, justo o injusto bello o feo, válido o inválido, etc.

¹¹² De La Puente, expresa: “*El contrato, como declaración de voluntad, deja de existir una vez que cumple su cometido de crear una relación obligatoria y que es esta relación lo que constituye la ley del contrato y tiene por contenido jurídico todos los derechos y todos los deberes nacidos por efecto del contrato. Por ello, lo que se resuelve por razón de incumplimiento por una de las partes de la presentación que le corresponde es esa relación obligatoria que tiene*” (De la Puente y la Valle, Manuel Estudios del contrato privado, t. I, Cultural Cuzco Lima, 1983, p. 519). Arias Schreiber Pezet, max, ob. Cit., p. 180. 16. Ver, Torres Vásquez, Aníbal, Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho, Tercera edición, Idemsa, Lima, 2006, pp. 8-9.

El soporte de la conducta humana es el propio ser humano¹¹³. Desde esta perspectiva, no resulta razonable decir que celebrado el contrato éste se extingue quedando solamente la obligación creada, porque es como afirmar que, publicada la ley, ésta se extingue quedando solamente la obligación creada, o que, creada una costumbre por unos sujetos mediante el ejercicio reiterado de ciertos actos, los sujetos se extinguen quedando solamente la costumbre.

El contrato y la obligación que crea, la ley y la norma jurídica que ella contienen los sujetos y la costumbre que practican, constituyen una sola unidad de substrato y sentido, de continente y contenido inescindibles.

Admitir que el contrato se extingue tan luego que es celebrado, quedando solamente la obligación que crea, permitiría que un proceso judicial sobre cumplimiento o resolución de contrato, al juez que ordena la exhibición del contrato se le conteste con el absurdo: que no puede exigir la exhibición de algo que se ha extinguido, pues lo único que queda es la obligación cuyo cumplimiento o resolución se exige.

Es más razonable la opinión de BETTI¹¹⁴ cuando sostiene que la resolución como medio de defensa destinado a tutelar la condición de respectiva paridad entre las partes “*se dirige no contra el negocio, sino contra la relación contractual a que dio vida*” lo que es muy distinto a afirmar que, celebrado el contrato, éste se extingue quedando solamente la obligación.

El contrato y la obligación que crea constituyen una sola unidad de continente (el contrato) y contenido (la obligación). Se resuelve el contrato y con él la

¹¹³ Torres Vásquez, Aníbal, Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho, Tercera edición, Idemsa, Lima, 2006, pp. 8-9.

¹¹⁴ Betti, Emilio, Teoría general de las obligaciones, t. II, trad. de José Luís de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 333.

obligación que crea; con la resolución del contrato, os sujetos quedan desligados de la obligación.

4.7. Resolución por Incumplimiento

En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes contratantes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en cada caso, exigir además el resarcimiento de los daños (art.1428).

Sin embargo, advertimos que la resolución no es propia solamente de los contratos con prestaciones recíprocas, porque el art. 1442 prevé la resolución por sobrevenida excesiva onerosidad del contrato con prestación a cargo de una sola de las partes.

La resolución es un derecho potestativo que el acreedor puede o no ejercitar en función de su interés. En cambio, la condición resolutoria, como modalidad del acto jurídico, es un hecho que por su sola verificación determina la cesación automática e inmediatamente de los efectos del contrato.

4.8. Mutuo Disenso

El mutuo disenso tiene, pues, un efecto extintivo, en el sentido que es un contrato que tiene por electo extinguir un contrato preexistente. Para que el mutuo disenso pueda tener efecto se requiere que el contrato que extingue, que suele llamarse contrato básico, no haya sido ejecutado o se trate de un contrato de duración.

Si el contrato hubiera sido ejecutado el mutuo disenso perdería su condición de tal para convertirse en un nuevo contrato mediante el cual se buscaría obtener las consecuencias contrarias a la del contrato básico.

Se trataría como dice CARRESI¹¹⁵, de invertir la situación, de tal manera que el vendedor del contrato básico se convertiría en el comprador del segundo contrato básico se convertiría en el segundo.

Aún la doctrina que considera que la resolución tiene naturalmente efecto retroactivo, admite que el mutuo disenso, que es una resolución voluntaria, sólo tiene efectos ex-nunc. LEÓN BADANDIARÁN¹¹⁶, sin embargo, reconoce que el mutuo disenso puede excepcionalmente obrar ex-nunc cuando se trata de ejecución parcial de la prestación.

Pese a la similitud de nombres, no debe confundirse el mutuo disenso con el disenso, entendido este último como el disentimiento, o se la falta de consentimiento contractual.

5. LA COMPRAVENTA

El Código Civil de 1984, tiene la gran virtud de unificar el contrato de compraventa civil con la mercantil, que hasta ese entonces se regulaba separadamente, la primera en el Código Civil y la segunda en el Código de Comercio. Sobre el particular, es preciso reconocer que la solución más técnica, ha sido suprimir dicha dualidad, unificando el régimen de la compraventa dentro del campo del Derecho Civil.

Por la compraventa, una parte denominada vendedor, se obliga a transferir un bien al comprador, a cambio de un precio que se paga en dinero.

¹¹⁵ CARRESI, Franci, *“Il contratto”*, Dott. A. Giuffré, editore, Milano, 1987, pág. 874, IviESSINEO, Francesco, op. Cit. Tomo II, pág. 335.

¹¹⁶ LEÓN BARANDIARÁN, José, *“Comentarios al Código Civil peruano (Obligaciones)”*, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1956, pág. 583

5.1. Características

- a) Es un contrato consensual, que se perfecciona con el consentimiento de las partes (manifestación de la voluntad).
- b) Es un contrato bilateral, pues intervienen dos partes. Una de ellas, la Vendedora, que es la propietaria de un bien, que lo transfiere a otra parte denominada Compradora, que lo adquiere pagando su precio en dinero.
- c) El objeto debe ser un bien, que tenga necesariamente un valor económico, con existencia real en el presente o que pueda existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y que no esté prohibida por la ley. Se comprende en la transferencia, bienes materiales (muebles e inmuebles) y derechos susceptibles de propiedad.
- d) El precio debe ser pagado en dinero, para excluir la posibilidad de que se pague con algo distinto, lo que convertiría el contrato en una permuta.

5.2. Obligaciones del Vendedor

- a) Perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.
- b) Entregar el bien en el estado en que se encuentre, incluyendo sus accesorios.
- c) Entregar el bien inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo pacto en contrario.
- d) El bien debe ser entregado en el lugar en que se encuentre en el momento del contrato, salvo estipulación distinta.
- e) Entregar los documentos y tributos relativos a la propiedad, incluyendo planos, declaraciones juradas de autovalúo, recibos de pago del impuesto predial y de los servicios de agua y luz eléctrica.
- f) Asumir los gastos de entrega del bien.

g) Responder por el saneamiento del bien con arreglo de ley.

5.3. Obligaciones del Comprador

- a) Pagar el precio en dinero, en el momento, de la manera y en el lugar pactado.
- b) A recibir el bien en el plazo fijado en el contrato. A falta de plazo, se considera al momento de la celebración del contrato.
- c) Para los gastos de transporte del bien a un lugar distinto del de cumplimiento.

5.4. Aspectos que deben tenerse en cuenta

- a) A falta de convenio, el precio debe ser pagado al contado, en el momento y lugar de la entrega del bien.
- b) Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato, dándose por vencidas las cuotas que estuvieran pendientes.
- c) El vendedor pierde el derecho de pedir la resolución del contrato cuando el comprador haya pagado más del cincuenta por ciento del precio, siendo nulo todo pacto en contrario.
- d) En la compraventa de bienes muebles no entregados ni pagados en todo o en parte, el vendedor puede disponer del bien, quedando el contrato resuelto de pleno derecho.
- e) En la compraventa en que el precio fija por peso, a falta de convenio, se entiende referido al peso neto.
- f) La demora en la entrega del bien por el vendedor, los plazos para el pago se prorrogan por el tiempo de la demora.

6. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

6.1. Concepto y Elementos:

“Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo. Y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido”¹¹⁷.

Indemnización quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos:

- a) La inexecución de la obligación, que es el elemento objetivo;
- b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolor y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y
- c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida sino cuando la inexecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.

6.2. Elementos:

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

¹¹⁷ Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 821, p. 132.

la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

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

- b) **La imputabilidad del deudor:** La conexión entre el dolo o la culpa y el daño exige mayores comentarios. Para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación. Sólo interesa, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar. Advertimos que ha merecido escaso interés la elaboración de una teoría orgánica del nexo entre el hecho o la omisión por dolo o por culpa del deudor y el daño que origina y que da lugar a la indemnización.

Ello obedece, por cierto, a que se trata de un problema muy complejo que puede superar todos los cálculos o previsiones. La difícil cuestión del nexo causal no puede recogerse en normas abstractas.

El juez, en caso de duda, deberá apreciar todas las circunstancias, y su poder para hacerlo es soberano. La situación de imputabilidad del deudor está vinculada, en realidad, a los factores siguientes.

Así como el dolo o la culpa determinan responsabilidad, la ausencia de culpa exonera de ella; el deudor en mora es responsable de los daños y perjuicios que ocasiona el retardo, mientras que el deudor no constituido en mora no incurre en responsabilidad; el deudor exonerado, por acto, de responsabilidad, en los casos que la ley lo admite, no está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento, mientras que en ausencia de este convenio sí lo está.

Sólo cabe observar que la prueba de la exoneración de responsabilidad corresponde al deudor. La inejecución de la obligación o su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

6.3. El daño:

- a) **Concepto:** El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, por ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético. Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano¹¹⁸.

6.4. Procedencia del pago de la indemnización de daños y perjuicios:

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

¹¹⁸ Artículos 1317, 1321 y 1331 del Código Civil

la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios.

A este respecto, establece el artículo 1331 del Código Civil que *“la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjuicio por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*. Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización.

Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva. Así, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización; por ejemplo, cuando el mandatario no adquiere las acciones que le encomendó comprar su mandante y éstas bajan de valor en el mercado, siendo posible obtenerlas por un precio inferior. ¿En este caso de que se indemnizaría? El principio general admite, sin embargo, excepciones.

Las excepciones más frecuentes se presentan en las obligaciones con cláusula penal y en las obligaciones de dar sumas de dinero. Cuando se ha estipulado la obligación con cláusula penal, el acreedor, al menos teóricamente, no tiene que probar el monto de los daños y perjuicios que le ha irrogado el incumplimiento (artículo 1343 del Código Civil). Pero en la legislación peruana deberá hacerlo, cuando el deudor solicita la reducción de la pena, en el caso previsto por el artículo 1346 del Código Civil. Esta regla autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva, y ello obliga a que usualmente ambas partes, tanto el creador como el deudor, se pronuncien sobre el monto de los daños y perjuicios.

El primero, el acreedor, tratando de demostrar su existencia y su cuantía para evitar que sea reducida la cláusula penal. El segundo, el deudor, tratando de probar su inexistencia, para obtener la reducción. Y es lógico que así sea; sino ¿cómo podría el juez decidir, prima facie, que la pena es manifiestamente excesiva, desconociendo los daños y perjuicios que causa la inejecución? Anotamos, sin embargo, que en estos casos el juez está facultado a reducir equitativamente la pena, pero que no está ni obligado ni facultado para suprimirla. La indemnización pactada por la cláusula penal, aunque en algunos casos pueda convertirse en simbólica, siempre subsiste.

En las obligaciones de dar sumas de dinero sucede algo similar respecto a la prueba de los daños y perjuicios. Cuando no existe pacto entre las partes, la demora en entregar una suma de dinero se repara con el interés legal; aquí el acreedor no tiene que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios.

Así lo establece el artículo 1324 del Código Civil. Igual solución prevalece cuando las partes han estipulado un interés convencional moratoria, dentro de los límites autorizados por el legislador, para los mismos casos de demora en la entrega de una suma de dinero. Aquí el acreedor tampoco tendrá que probar la existencia o cuantía de los daños y perjuicios (artículo 1324 del Código Civil). En otros casos la regla es distinta en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios: cuando el legislador ha fijado un límite al monto de la indemnización, el acreedor no tendrá el derecho de exigir la reparación sino hasta ese límite.

En estos supuestos, si bien subsiste para el acreedor la obligación de probar los daños y perjuicios sufridos, su cuantía está limitada por la ley (cfrse. Por ejemplo, el artículo 1719 del Código Civil).

6.5. En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios:

La indemnización de daños y perjuicios en el Código Civil Peruano siempre se traduce en el pago de una suma de dinero, pues es el dinero el denominador común de cualquier valor económico. Advertimos, sin embargo, que esta solución no se acepta unánimemente, pues algunos tratadistas piensan que puede condenarse, a veces, a reparaciones más adecuadas al perjuicio causado¹¹⁹.

6.6. Determinación de los daños y perjuicios:

El problema de los daños y perjuicios por la inexecución de las obligaciones emanadas del contrato conduce a decidir si ellos deben determinarse según el día en que se produjo la inexecución o según el día en que se dicta la sentencia condenatoria. El tema es de singular importancia, pues estando constituida la indemnización generalmente por una suma de dinero, ella puede ser insuficiente, si se calcula su cuantía al día en que se produjo el daño, para reparar los perjuicios el día de la sentencia.

El problema está vinculado a la devaluación monetaria y al alza de los materiales, mano de obra y, en general, de los bienes objeto de la obligación. La indemnización, en nuestro concepto, debe ser igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas a estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación.

De lo contrario no se resarciría íntegramente del daño. Y no se diga que el mayor valor de los materiales y mano de obra obedece a la devolución monetaria.

¹¹⁹ Cfrse. Planiol y Ripert, o6. Cit., No 822, p. 133.

No puede aducirse que el aumento del perjuicio no es causado por la culpa del responsable, sino por la baja del poder adquisitivo de la moneda.

El deudor que incumplió su obligación pudo proveerse, en la época del incumplimiento, usando la moneda más sólida que no entregó a su acreedor, de bienes que, justamente por la devaluación, han aumentado de valor. La indemnización, si apreciamos; pecuariamente el monto de los perjuicios al día del incumplimiento y no del pago, conduciría a permitir que el deudor, aquel que no ejecutó la obligación por dolo o por culpa, se enriqueciera a costa del acreedor, que solo ejercitó un legítimo derecho: exigir en su oportunidad el cumplimiento de una obligación válidamente contraída.

Carece de sustento, por último, la argumentación de que el perjuicio resultante de la devaluación monetaria ordinaria es imprevisible. En primer término, porque la devaluación monetaria es un fenómeno generalizado y, por tanto, perfectamente previsible.

Y, en segundo lugar, porque si el deudor hubiera indemnizado de inmediato al acreedor, sin esperar la expedición de una sentencia condenatoria, no habría sufrido esos efectos.

a) Daño emergente y lucro cesante: La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida.

Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las

utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inexecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor.

El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil). Planteemos como ejemplo el caso de constructor que no ejecuta la obra que se le encomendó. En este supuesto, el constructor responde por equivalente, los daños y perjuicios entran en lugar de la prestación prometida y compensan la falta de incumplimiento.

Los daños y perjuicios moratorios son los que el deudor está obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Después de algún retardo el deudor ejecuta la obligación, pero debe indemnizar al acreedor por este retardo.

Los daños y perjuicios compensatorios y moratorias se rigen por las mismas reglas. Sin embargo, para que el acreedor exija daños y perjuicios moratorias es siempre necesario que el deudor sea constituido en mora, salvo las excepciones previstas por la ley¹²⁰; mientras que para exigir daños y perjuicios compensatorios no siempre necesaria la constitución en mora del deudor y generalmente el juez, soberanamente, en razón de los perjuicios sufridos por el acreedor.

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

¹²⁰ Artículo 1333 del Código Civil.

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

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

Daños patrimoniales y morales daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad económica.

Son, en cuanto a la naturaleza el derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad, y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son orales "*strictu sensu*", cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Las contradicciones de los textos romanos no permiten expresar con claridad si se permitía o no la reparación del daño moral. Sin embargo, los tribunales franceses hoy admiten la reparación del daño moral, contractual o extracontractual, interpretando el artículo 1382 del Código Napoleón que se refiere únicamente al daño, sin distinción de ninguna clase.

La misma doctrina inspira a los tribunales belgas por la interpretación de un texto idéntico al artículo 1382 del Código francés. El Código Civil Alemán (artículo 823, primer párrafo), el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 (artículo 99), el Código Civil Brasileño (artículo 76) y el Código Helénico (artículo 299), también permiten la reparación del daño moral en las relaciones contractuales y extracontractuales- el Código Civil Italiano de 1942 limita el principio de su artículo 2059, al establecer que *“el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados en la ley”*, no refiriéndose ningún otro precepto del Código, sin embargo, a esa obligación.

Distinguidos tratadistas extranjeros¹²¹ y la mayoría de los comentaristas del Código Civil Peruano de 1936¹²², expresan que no está autorizada la reparación del daño moral por la inejecución de las obligaciones contractuales cuando este daño moral no engendra, a su vez, un daño material. Se aduce, en apoyo a esta tesis, que los contratos solo tienen por objeto intereses pecuniarios y no de afección; que la reparación del daño moral constituiría, para el acreedor, un aumento patrimonial sin causa legítima y, por tanto, inmoral e ilícito; y que sería imposible determinar el monto del perjuicio.

¹²¹ Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, vol. 11, 1909, o. 120, p. 166; Alessandri y Somarriva, ob. cit N°.360, p. 217

¹²² León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, tomo 11, Modalidades y efectos, 1956, p. 61 O; Cornejo, Código Civil, Exposición sistemática y comentario, tomo 11, Derecho de Obligaciones, Vol. 1, 1938, N°. 184, p. 238; Castañeda, El Derecho de las Obligaciones, tomo 11, Efecto de las Obligaciones, 1963, N°. .. 156, p. 157.

Estamos de acuerdo, sin embargo, con los autores¹²³ que se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inexecución de las obligaciones emanadas del contrato. Dice Alfredo Colmo, refiriéndose al daño moral, *“que no puede haber Código son soluciones que pugnan el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos liberales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos inimaginables”*. Y Héctor Lafaille agrega que *“el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos”*.

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Trátese de daños exclusivamente patrimoniales, trátese de daños morales que engendren perjuicios económicos o no. Porque si es claro que en el ejemplo de Laurent¹²⁴ del banquero que deja protestar una letra de cambio para cuyo pago había sido provisto de fondos por el aceptante y desacredita la firma de éste, procede el resarcimiento; también parece claro que debe indemnizarse la destrucción, por el depositario, de un retrato familiar, sin valor económico, pero de gran valor moral; o la cancelación por el empresario de un teatro, sin motivo legítimo, de la

¹²³ Josserand, ob. cit. Nos .. 628 y 629, pp. 508 y 509; Planiol y Ripert, ob. cit .. No. 857 P. 168; Colmo, De las obligaciones en general, tomo 1, 1928, No. 154, p. 126; Lafaille, Derecho Civil, tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Vol. 1, 1947, Nos. 228 y siguientes, pp .. 21 O y siguientes.

¹²⁴ Laurent, F., Principes de Droit Civil, XVI, (1875). No 281, p. 341.

reservación. Es cierto que la inconducta contractual, en estos dos últimos casos, no se traduce en un daño pecuniario, pero el incumplimiento, si no se admite la reparación del daño moral, quedaría sin sanción.

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Un derecho sin protección es un absurdo conceptual. Las objeciones a la reparación de los daños y perjuicios morales carecen, en nuestra opinión, de fundamento.

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia. La reparación del daño moral, en este orden de ideas, no constituye un enriquecimiento ilícito del acreedor, sino una reparación del daño causado.

Porque ese mismo enriquecimiento a que se refieren sus detractores podría aplicarse, sin duda, a la reparación del daño moral por acto ilícito: donde existe la misma razón existe el mismo derecho.

Y, además, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor; buscar una reparación imperfecta, la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado. En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza. Sustentado en estas consideraciones, el nuevo Código Civil, en su artículo 1322, ha incorporado la regla según *“el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”*.

6.7. Fundamento de la Indemnización de Daños y Perjuicios

La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden e ideas, llenas una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego. Por eso, los daños y perjuicios no constituyen una nueva obligación, sustitutoria de la obligación original. Ellos se deben en virtud de la obligación inicial, de la que son un objeto secundario. El fundamento de la indemnización de daos y perjuicios no se encuentra en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, como afirma Alfredo Colmo¹²⁵. Si esto fuera exacto el resarcimiento del daño solo tendría lugar en las obligaciones contractuales. Por otra parte, el acreedor no puede renunciar previamente a la acción derivada de la inejecución de la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, siendo nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por esas causas (artículo 1328 del Código Civil).

Esto demuestra, justamente, que el fundamento jurídico de la obligación a resarcir no depende de la libre voluntad de las partes, sino que se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes. El incumplimiento contractual infringe un derecho preconstituido que la ley garantiza. El acreedor, en la misma medida en que tiene el derecho de exigir la ejecución en especie, puede, en caso de inejecución, exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

Y no se diga que el derecho del acreedor a renunciar a la acción derivada de la inejecución de la obligación por culpa leve del deudor desvirtúa esta tesis, porque ello, simplemente, cae en la esfera de autonomía de la voluntad. En la misma

¹²⁵ Ob. cit., No. 132, p. 106.

medida en que opera la autonomía de la voluntad cuando el deudor, por pacto, se obliga a responder de la inejecución de la obligación por causas no imputables (artículo 1317 del Código Civil). O en la misma medida en que las partes pueden estipular una cláusula penal para el caso de inejecución, mora o incumplimiento de algún pacto determinado.

6.8. Oportunidad para Ejercitarse a Acción de Daños y Perjuicios

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

Expresa el doctor Ángel Gustavo Cornejo¹²⁶ que solo se apela a la indemnización de daños y perjuicios cuando no fueran factibles los medios o formas de cumplimiento específico. Discrepamos de esta opinión en la medida en que ella es considerada como una regla general.

En nuestro derecho no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento del dinero. La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero¹²⁷.

¹²⁶ Ob. cit., No. 170, p. 227.

¹²⁷ Giorgio, ob. cit., No. 107, p. 157.

Y esta doctrina la comparte el doctor Jorge Eugenio Castañeda¹²⁸ cuando expresa que el acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios. Si el deudor inejecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil.

El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219 del Código Civil.

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

Esta regla general admite, sin embargo, una excepción. El artículo 1337 del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el creador, éste no puede rehusar su ejecución. Sólo podrá en esos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias.

El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que es constituido en mora y

¹²⁸ Ob. cit., 136 d). p. 75.

no cumple la obligación entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie.

Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.

6.9. La prueba de los Daños y Perjuicios

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

Pero sea cual fuere la situación, y no obstante la presunción de culpa leve, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al acreedor (artículo 1331). La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar: precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc.

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

En otros casos la prueba del daño no es tan sencilla. Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa por parte del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente porque ella es directa y, desde luego generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir, porque la prueba directa se hace más difícil; tratándose de hechos futuros el juez, muchas veces, deberá contentarse con presunciones.

Aquí insistimos una vez más en que el acreedor queda relevado de la prueba de los daños y perjuicios cuando se trata de los intereses moratorias por el retraso en dar una suma de dinero. Si no hay pacto, el retraso se repara con el interés legal. Y si hay pacto, con el interés convencional moratoria. Pero ninguno de estos dos casos obliga al acreedor a demostrar los daños y perjuicios que ha sufrido por la inejecución (artículo 1324). Y la misma regla prevalece tratándose de las obligaciones con cláusula penal. Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor también queda relevado de la obligación de probar los daños y perjuicios, con la limitación, en el caso singular de la legislación peruana, del artículo 1346 del Código Civil, que autoriza el juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

CAPITULO III: ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

Que, luego de la revisión y análisis del expediente civil materia de sustentación se puede vislumbrar que han existido algunas deficiencias en el desarrollo del proceso, dentro de las cuales se puede destacar las siguientes:

1.1. Sobre La Etapa Postulatoria

En relación a la acumulación de pretensiones se tiene que, habiéndose interpuesto la demanda por el representante Efraín Bruno Salinas Llactas, señalando como pretensión principal la resolución del contrato de compraventa sobre el vehículo material sub iudice, y como pretensión accesoria de indemnización por los daños y perjuicios, el Juez de la causa mediante Resolución N° 01 de fecha 30 de diciembre del 2003, resuelve declarar inadmisibile dicha demanda, en tanto, no cumpliría uno de los requisitos previstos en el artículo 235° último párrafo del Código Procesal Civil, como es que se presente copia certificada por el auxiliar jurisdiccional, notario público o fedatario, pues la copia simple no reviste la calidad de medio probatorio dentro de un proceso judicial, por ello es que se requiere a la parte demandante sea presentado conforme a la normatividad antes indicada. Existe una salvedad en este tipo de ofrecimiento como medio de prueba, que al contar con solo una copia pudo la parte demandante ofrecerlo como una exhibicional que lo pueda hacer la parte demandada si contara con el documento original o en todo caso el mismo Notario y acreditar su preexistencia con la copia simple del documento; sin embargo, en este extremo la parte demandante llega a subsanar la omisión en este extremo, presentando copia legalizada del documento por ante Notario Público.

Respecto del extremo declarado inadmisibile, en cuanto a la medida cautelar solicitada en el primer otro sí del escrito de demanda, se dispone que se efectúe conforme a la norma procesal vigente, es decir, al tratarse de una medida cautelar y conforme así lo dispone el artículo 635° y siguientes del Código Procesal Civil, la medida cautelar se tramita en cuerda separada, es decir se tiene que forman un incidente si se trata de una medida cautelar dentro del proceso, o en todo caso de tratarse de una medida cautelar fuera del proceso, debe cumplir con todos sus requisitos así como con sus medios probatorios y anexos respectivos, para que el Señor Juez proceda a su calificación, siendo ello así, se tiene que la declaración de inadmisibilidad se basa en salvaguardia del debido proceso y cuidando que se cumplan con los requisitos para la interposición de una demanda.

Que, en cuanto al pedido de pretensiones acumuladas, al señor Juez no entra a tallar respecto del mismo, pues siendo pretensiones, una principal y una accesoria, tiene una relación de interdependencia, pues al ampararse la pretensión principal habría la posibilidad de también amparar la pretensión accesoria, y no existiendo contrariedad entre ambos es que el señor Juez no tiene observación alguna respecto del pedido de acumulación de pretensiones dentro de la demandad analizada. Aunado a ello está el hecho que la pretensión principal, la cual es la resolución de un contrato, se tramita en la vía civil más lata, es decir de la Conocimiento, y al tratarse la pretensión accesoria de un monto pecuniario, estaría subordinada a que la pretensión principal sea fundad para recién dar peso a la obtención de la indemnización como pretensión accesoria.

Respecto a la medida cautelar solicitada por la parte demandante, ésta continuó con su trámite pertinente, y no es analizada en el presente caso, pues siendo una medida cautelar y teniendo la misma su propia tramite y regulación,

vendrá a ser materia hasta de sustentación independiente de la demanda necesariamente la menciona en forma expresa, por lo que es materia de un rápido análisis en el presente informe, ya que en adelante en el transcurso y tramite del caso examinado no se toca ni se hace referencia a dicha medida cautelar, solo a la pretensión principal y accesoria materia de análisis.

Que, de admitida a trámite la demanda, es decir desde el 16 de enero del 2004, recién es notificada la demanda con fecha 19 de abril del 2004, es decir el Poder Judicial se tomó más de 03 meses para poder emplazar a la demandada conforme a ley, contraviniendo así el Principio de la Celeridad del Proceso.

1.2. Sobre La Etapa Probatoria

Que, en relación a que el proceso debe de realizarse dentro de un plazo razonable, en tanto, la duración de todo proceso constituye una de las manifestaciones el debido proceso reconocido por nuestra Constitución Política del Estado, obteniéndose así un pronunciamiento en el menor tiempo posible ante una incertidumbre jurídica o resolver un conflicto de intereses.

Siendo así, es de ver que, en el presente caso, se ha contravenido algunos plazos establecidos en el artículo 478° numeral 9) del Código Procesal Civil, fijados para el proceso de conocimiento, así tenemos que por ejemplo, se tiene que mediante Resolución N° 04 de fecha 02 de junio del 2004, se señala fecha para la realización de la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos para el 12 de agosto del 2004, es decir, no fija como plazo el señalado en el artículo 478° numeral 9 del Código adjetivo, esto es, 20 días para la realización de la audiencia conciliatoria.

Asimismo, cabe indicar que, al señalar la segunda fecha para la audiencia conciliatoria y fijación de puntos controvertidos, tampoco se respeta el plazo que se refiere el numeral 9) del artículo 478 del Código Procesal Civil, como tampoco se deja alguna constancia u acto procesal en el que se justifique el incumplimiento de los plazos ya previstos por la norma procesal para el trámite en una vía de conocimiento.

1.3. Sobre La Etapa Decisoria

1.3.1. Sentencia de primera Instancia

Respecto a la sentencia de primera instancia, se falla declarando improcedente la demanda de acciones acumuladas de resolución de contrato e indemnización por daños y perjuicios interpuesta por don Efraín Bruno Salinas Llactas, en representación de don Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirley Cruz Escudero Moreno sin costas ni costos.

Bajo el argumento que a fin de dilucidar el primer punto controvertido a que se refiere la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos, es determinar si a la celebración del contrato se la sobrevenido o no alguna causal que amerite su resolución, teniendo que establecer en primer lugar que la resolución de un contrato bien puede tener origen convencional, que en el caso trata de una resolución de origen convencional, precisando que en contrato materia de resolución es además por su naturaleza un contrato de prestaciones recíprocas y por lo tanto de conformidad con lo establecido por el artículo 1428 del Código Civil solo cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación la otra parte puede solicitar la

resolución de contrato y la indemnización por los daños y perjuicios; que, de la revisión del contrato se aprecia que la transferencia fue por un monto de dólares de la cual solo se canceló una parte, existiendo un saldo que se pagaría en cuotas; que, de la respuesta que da la demanda a la tercera pregunta del pliego interrogatorio se aprecia que hasta dicha fecha no se ha cancelado ninguna de las tres cuotas que se han pactado y en autos no aparece aprobado, por lo que siendo así y tratándose como se ha dicho de un contrato de prestaciones recíprocas no procede la resolución de contrato ante el incumplimiento de la otra si aquella incumplió primero con la prestación que le correspondía, siendo así deviene en improcedente; que, en cuanto al segundo punto controvertido considerará si le asiste a la parte demandante una indemnización por los daños y perjuicios, al haber establecido que el demandante no ha cumplido con su prestación de cancelar las tres cuotas y por ello la demanda no procede, resulta lógica que tampoco procede la indemnización por daños y perjuicios.

Por último, por haber tenido motivos atendibles para litigar, el actor queda liberado del pago de costas y costos del proceso judicial.

1.3.2. Sentencia de segunda Etapa

Mediante Resolución N° 21 de fecha 06 de julio del 2006, la Sala Civil revoca la sentencia apelada y reformándola declararon fundada en parte la demanda, interpuesta por Efraín Bruno Salinas Llactas, en representación de don Fernando Victoriano Valverde Lavado y Mirley Cruz Escudero Moreno,

dirigida contra Maura Marmela Cacha de Sánchez, sobre resolución de contrato e indemnización por daños y perjuicios.

El superior en grado advierte los errores en que incurrió el Juez de primera instancia, las mismas que comparto plenamente, entre ellos; en principio hace referencia al mismo contrato, las condiciones a que se sometieron ambas partes contratantes, el monto, las cuotas y el tiempo; que, la parte demandante cumplió con el pago de la cuota inicial, pese de no haber cumplido con honrar la diferencia, porque a los pocos días de haber recibido el vehículo este presentó diversos desperfectos mecánicos, por lo que decidieron devolver el vehículo, hecho que está probado no solo con el dicho de los actores sino con la declaración testimonial de Abdías Cacha Macedo, así queda establecido al responder la octava pregunta del pliego interrogatorio de fojas 92, igualmente la demandada al prestar su declaración de parte y absolver la segunda pregunta ampliatoria, dejó establecido que no está usando ni usufructuando del vehículo, que el demandante abandonó el vehículo, que lo dejó desde hace dos años y que está en una cochera taller.

Que, a pesar de haber consignado en el contrato y pactado que la empresa de transportes Los Andes debe considerar como propietario a don Fernando Victoriano Valverde Lavado, no se produjo la formalización de la transferencia de éste vehículo a favor del demandante, ya que por unanimidad de los socios se acordó vender el vehículo a la demandada, que la fecha en que adquiere el vehículo la demandada recién data del primero de diciembre del 2004, mucho después de haberse celebrado el contrato de compraventa del bien, situación que refleja que la demanda tampoco cumplió a cabalidad con la prestación que le correspondía, esto es con realzar los trámites de

titularidad del bien, más aún cuando el demandante le devolvió el vehículo por supuestas fallas mecánicas, no hizo ningún reclamo, lo recibió y optó por llevarlo a un taller mecánica donde manifiestan que está bien cuidado, aceptación táctica que importa la resolución del contrato, por lo que cabe estimar la demanda en parte.

Finalmente, en cuanto a la pretensión accesorio de pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios por la suma de tres mil dólares americanos, en razón de que la demandada haya obrado con fraude, dolo y falsedad al vender el vehículo usado, debido a que resulta evidente que quien adquiere un bien de “*segunda mano*” es consciente de que éste bien, puede presentar desperfectos, más aún no se probó los perjuicios sufridos, como tampoco los ha probado, más aún ambas partes han reconocido que el demandante Fernando Victoriano Valverde Lavado tuvo en su poder el vehículo por más de un mes, por lo que aplica los artículos 1362° y 1428° del Código Civil para revocar la sentencia y reformándola declara fundada en parte la demanda, resuelve el contrato y dispone la devolución del dinero en la suma de tres mil doscientos cincuenta dólares americanos.

CAPITULO IV: JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

El contrato es el acuerdo de dos o más personas cuya finalidad es crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; siendo que tal acuerdo se exterioriza mediante la correspondiente declaración de voluntad de los contratantes (Casación N° 280-2000 Ucayali).

📖 Un acto jurídico con defectos es ineficaz; la doctrina recogida por nuestro ordenamiento civil ha clasificado los defectos en: estructurales o aquellos afectados por causas originarias o intrínsecas al momento de la celebración o formación del acto, cuyos elementos constitutivos están previstos en el artículo 219° del Código Civil; la ineficacia sustentada en el principio de legalidad, por lo que, opera la nulidad *ipso jure* o absoluta, no pudiendo confirmarse por acto posterior, y la ineficacia funcional por sobrevenir un defecto ajeno a la estructura, que se presenta luego de celebrado el acto jurídico, que da lugar a la anulabilidad del acto, salvo que la parte afectada por él lo perfeccione mediante la conformación del acto (Casación N° 2792-00 Lambayeque).


📖 La nulidad absoluta del acto jurídico opera de pleno derecho, porque importa a inexistencia del acto y no produce los efectos queridos. El acto jurídico afectado por anulabilidad produce ciertamente el efecto que persigue, habida cuenta que contiene todos los elementos constitutivos indispensables, sólo por estar afectado por alguno de estos elementos puede ser impugnado, pero subsiste el acto mientras que judicialmente no se haya declarado su invalidez (Casación N° 2514-97 Ica).

📖 Al respecto, es de indicar que teniendo en cuenta el petitorio planteado en el escrito de demanda, los hechos que lo sustentan y el contrato que se acompaña como medio probatorio, es de concluir que éste es uno de prestaciones recíprocas, ante cuyo incumplimiento cualquiera de los sujetos de la relación jurídica sustantiva puede pedir su resolución y, además, el pago de una indemnización (...). En este caso, es claro entender que -aunque no lo diga, expresamente el código- la pretensión indemnización es factible de acumular a la pretensión principal de resolución de contrato, con el carácter de accesoria, (SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TUMBES EXPEDIENTE: N° 00013-2011-0-2601-JR-CI-01)


http://www.pj.gob.pe/wps/wem/connect/44e4b30046c18210acfbad44013c2be7/EXP_13-2001-CI_150411.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=44e4b30046c18210acfbad44013c2be7

📖 Conforme al artículo 1371° del Código Civil la declaración de resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su resolución, resultando improcedente exigir el cumplimiento de una obligación contenida en un contrato que ha sido resuelto por Resolución Administrativa Firme; sin embargo, en caso *sub judice* el contrato de ejecución de obra fue celebrado válidamente, surtiendo sus efectos entre las partes y sólo ha perdido su validez al producirse la resolución administrativa del citado contrato, por lo que las obligaciones generadas antes del incumplimiento y de la resolución son exigibles (SALA CIVIL CAS. N° 1502-2004-PUNO)

<http://www.pj.gob.pe/wps/wem/connect/754e2d8043eb7aeaa2b1e34684c6236a/3.+Seccion+Judicial-Salas+Civiles.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=754c2d8043eb7aeaaa2b1e3468c6236a>

 Con la carta notarial de fecha veinticinco de octubre de dos mil once, recibida por uno de los ejecutados al veintiocho del mismo mes y año, conforme lo certifica el notario diligenciero, se da por terminado el Contrato de Crédito Hipotecario al verificarse que los ejecutados incumplieron con sus obligaciones contraídas; por lo que resulta exigible la obligación, pese a que el ejecutado con fecha posterior haya realizado el pago correspondiente a las cuotas vencidas (SALA CIVIL TRANSITORIA CAS. 1392-2013-TACNA).

<http://see.pj.gob.pe/wps/wem/connect/d7eb428046a936839bd4fbac1e03f85e/Bol-et%C3%ADn+N%C2%B0+6.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d7eb428046a936839bd4fbac1e03f85e>

 El derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darles destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerce tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno (Exp. N° 0008-2003-AL/TC).

- 📖 El derecho de propiedad se perfecciona con el consentimiento y no por la formalización del contrato a escritura pública, aunque para oponer con éxito una tercería excluyente resulta imprescindible que se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que proceda en el tiempo a la medida cautelar (Exp. 1022-98-LIMA).
- 📖 El principio del proceso de la motivación de las resoluciones judiciales se encuentra consagrado constitucionalmente por el inciso quinto del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Perú, y por el cual se permite a los justiciables acceder al razonamiento lógico jurídico empleado por los jueces al momento de fundamentar sus decisiones jurisdiccionales, y así facilitar el ejercicio de su derecho de defensa a través de ser el caso (Casación N1046-01-Cañete).

V. CONCLUSIONES

- ✍ Tanto la doctrina como la misma ley considera la forma y requisitos para constituir el contrato, tal y como lo establece el mismo Código Civil peruano, previsto y regulado por los artículos 1529° al 1601° siendo este tipo de contratos los llamados nominados y uno de ellos el más usado y de mayor utilidad dentro del movimiento económico social de nuestra sociedad como es el contrato de compra-venta, tal es así que de este tipo de contratos también se generan una serie de discrepancias al momento de su ejecución y ha dado motivo para que nuestros juzgadores regulen más a fondo su disolución o resolución como en el caso analizado, así como las consecuencias ante el incumplimiento de un contrato.

- ✍ Las características esenciales de un contrato, según nuestra normatividad vienen a ser: a) Que, deben celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe; y, b) Que, deben celebrarse y ejecutarse de común acuerdo entre las partes; he ahí la libertad que tiene las partes para poder celebrar un contrato; como así lo establece el artículo 1354° del Código Civil.

- ✍ Que, un contrato con prestaciones recíprocas se llega a resolver cuando una de las partes incumple su prestación a la que está obligada, quedando la otra en la condición de pedir que dicho contrato sea cumplido a cabalidad o que se resuelva, es decir queden liberadas ambas partes de su obligación; y dependiendo del caso solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que se pudieran haber ocasionado.

✍ Los señores Jueces al momento de sentenciar no plasman la jurisprudencia y la doctrina, si bien es cierto la aplicación de la doctrina y/o jurisprudencia no es requisito legal de la estructuración formal de la sentencia, pero ellos son convenientes para la integración de la sentencia por resultados, considerandos y puntos resolutivos, pese a que el momento de expedir una sentencia se debe cuidar la estructura de una redacción judicial, pues si las citadas partes se elaboran correctamente se obtiene una resolución lógica y congruente y acorde con las exigencias legales básicas; pues el medio de comunicación entre un Magistrado y el justiciable es justamente la resolución judicial, la misma que debe cumplir su finalidad, es decir llegar a comprenderse por la población.

✍ Además, que dicho contrato no viene a ser un contrato de transferencia o de compra venta, sino un contrato de transferencia de derecho posesorios o cualquier otro contrato, puesto que la demandante no era propietaria al momento de realizarse dicha transferencia, si n lo era la empresa de transportes, y lamentablemente ninguna de las partes, y lo que es preocupante es que ninguna de las instancias puedo advertir sobre lo mencionado, emitiendo resoluciones vacías, y sin valorar o merituar de manera correcta los medios probatorios a la vista, demostrando así la gran ineficiencia y total desconocimiento de un proceso sencillo, llevándonos a desconfiar y quitar credibilidad a las resoluciones que se emiten en nuestro sistema jurídico.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ☞ MISSINEO, Francesco, “Doctrina general del contrato”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires; 1986, Tomo II.
- ☞ TRABUCCHI, Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo II.
- ☞ MICCIO, Renato, “I diritti di crédito – II contratto”. U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 517.
- ☞ CARRESI, Franco, “II contratto”, Dott. A. Giuffré, editore, Milano, 1987, pág. 874.
- ☞ LEÓN BARANDIARÁN, José, “Comentarios al Código Civil peruano (obligaciones)”, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1956.
- ☞ FORNO, Hugo, “Resolución por incumplimiento” en “Temas de Derecho contractual” Cultural Cuzco S.A., Lima 1987.
- ☞ Torres Vásquez, Aníbal, Introducción al Derecho, Teoría general del Derecho, Tercera edición, Idemsa, Lima, 2006.
- ☞ Betti, Emilio, Teoría general de las obligaciones, t. II, trad. de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 333.
- ☞ Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 821, p. 132.
- ☞ Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, vol. 11, 1909 -o 120.

- ☞ León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, tomo 11, Modalidades y efectos, 1956.

- ☞ Cornejo, Código Civil, Exposición sistemática y comentarios, tomo 11, Derecho de Obligaciones, Vol. 1, 1938, No. 184.

- ☞ Castañeda, el Derecho de las Obligaciones, tomo 11, Efecto de las Obligaciones, 1963, No. 156, p. 157.