

# UNIVERSIDAD NACIONAL SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



## INFORME PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

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

**MATERIA** : ROBO AGRAVADO.

**EXPEDIENTE CIVIL N°** : 5243-2010-0-1301-JR-CI-01.

**MATERIA** : MEJOR DERECHO A LA  
POSESION.

### **AUTOR:**

TOLEDO FIGUEROA JUAN DAVID

### **ASESOR:**

Mag. SEGUNDO PENAS SANDOVAL

**HUARAZ – ANCASH PERÚ**

**2019**



**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: TOLEDO FIGUEROA JUAN DAVID

Código de alumno: 091.1604.062 Teléfono: 949992549

Correo electrónico: [blink\\_182\\_jd@hotmail.com](mailto:blink_182_jd@hotmail.com) .DNI o Extranjería: 949992549

**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°** : 2790-2014-0-1301-JR-PE-02  
**MATERIA** : ROBO AGRAVADO.  
**EXPEDIENTE CIVIL N°** : 5243-2010-0-1301-JR-CI-01.  
**MATERIA** : MEJOR DERECHO A LA POSESION.

**5. Facultad de:** DERECHO Y CIENCIAS POLITICA

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

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres: PENAS SANDOVAL SEGUNDO .Teléfono: 990445558

Correo electrónico: [segpensan@hotmail.com](mailto:segpensan@hotmail.com) DNI o Extranjería: 09229497

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.: 43048583

FECHA: 14/03/19

**DEDICATORIA:**

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

*A mis pequeños tesoros, Juan  
José y Savigny por ser la luz  
que iluminan mi camino, a mi  
amada Milagros mi eterna  
compañera, por su dulce amor  
y paciencia.*

*A mi alma gemela, José Luis,  
por tanto, apoyo incondicional  
y amor fraternal.*

*A Juan Figueroa (†) dónde se  
encuentre, por haberme  
llenado de su filosofía de vida.*

# ÍNDICE

	<b>pagina</b>
<b>RESUMEN</b> .....	vi
<b>DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE</b> .....	viii
<b>I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE</b> .....	01
<b>1.1. Etapa de Investigación</b> .....	01
<b>1.1.1. Investigación Preliminar</b> .....	01
<b>1.1.2 Disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria</b> .....	02
<b>1.1.3. La prisión preventiva</b> .....	4
<b>1.1.4. Apelación de la prisión preventiva</b> .....	7
<b>1.1.5. Audiencia de apelación</b> .....	8
<b>1.1.6. De la conclusión de la investigación preparatoria</b> .....	8
<b>1.2. Etapa Intermedia</b> .....	9
<b>1.2.1. El requerimiento acusatorio</b> .....	9
<b>1.2.2. Audiencia de control de acusación</b> .....	13
<b>1.2.3. Auto de enjuiciamiento</b> .....	14
<b>1.3. Etapa de juzgamiento</b> .....	20
<b>1.3.1 Alegatos de Apertura</b> .....	20
<b>1.3.2. Etapa Probatoria</b> .....	22
<b>1.3.3. Alegatos Finales</b> .....	26
<b>1.3.4. La Sentencia</b> .....	30
<b>1.4. Etapa Impugnatoria</b> .....	37
<b>1.4.1 Recurso de Apelación</b> .....	37
<b>1.4.2. Trámite a la Interposición de los Recursos de Apelación</b> .....	40
<b>1.4.3. Sentencia de Vista</b> .....	43
<b>II. MARCO TEÓRICO</b> .....	45
<b>2.1. Delitos Contra el Patrimonio</b> .....	45
<b>2.2. Tipicidad Objetiva</b> .....	45

2.2.1. Acción de Apoderar.....	46
2.2.2. Sustracción del bien.....	47
2.2.3. bien mueble .....	47
2.2.4. Ajenidad.....	48
2.2.5. Violencia y Amenaza.....	49
2.3. Tipicidad Subjetiva.....	50
2.4. Penalidad.....	51
<b>III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA.....</b>	<b>52</b>
<b>IV. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>55</b>
4.1. Etapa preparatoria.....	55
4.1.1. Diligencias Preliminares.....	55
4.1.2. Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.....	56
4.1.3. Prisión Preventiva y Comparecencia con Restricciones.....	57
4.2. Etapa Intermedia.....	58
4.2.1. Auto de Enjuiciamiento.....	58
4.3. Etapa de Juzgamiento.....	59
4.3.1. Auto de Citación a Juicio Oral.....	60
4.3.2. Juzgamiento.....	60
4.3.3. La Sentencia.....	61
4.4. Etapa de Impugnación.....	64
4.5. Sentencia de Vista.....	65
<b>V.CONCLUSIONES.....</b>	<b>66</b>
<b>VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>67</b>

## RESUMEN

El presente informe basado en el expediente en materia penal data sobre el delito de robo agravado – teniendo como imputados a los ciudadanos Ortega Sernaqué Benjy Camilo y Luis Gomer Morales Quintana, en agravio de Juan José Espinoza Gutiérrez; delito que es concebido como pluriofensivo, al afectar diversos bienes jurídicos como la Propiedad, la Vida, el Cuerpo y la Salud de las personas, tipo penal en el que, el autor, mediante el empleo de amenaza o violencia sustrae de la víctima su bien patrimonial alejándolo de su esfera de custodia y disponibilidad.

Traemos a colación, dos sentencias contradictorias, siendo criterio de los Jueces de primera instancia, a través de la actividad probatoria, se logra acreditar responsabilidad penal de los acusados, por ende, emite sentencia condenatoria; empero para el Colegiado Superior, con los medios probatorios, no logra convicción de dicha responsabilidad, manteniéndose incólume el principio de presunción de inocencia, por lo que revoca la sentencia recurrida y reformándola absuelven de la acusación fiscal a los comparecientes. Fundamentos, que se analizaran en la secuela respectiva, conforme a los fines del informe que es el de sintetizar y analizar el desarrollo del proceso y así como conocer a profundidad cada una de las etapas, observando la existencia o no de falencias, vacíos, contradicciones y criterios de los magistrados y teniendo en cuenta la normatividad, doctrina y jurisprudencia respectiva. Estando a lo establecido en el reglamento de Grados y Títulos, el trabajo ha sido dividido en seis partes: Resumen del expediente, Marco Teórico, Jurisprudencia, Análisis del expediente, Conclusiones y Referencias Bibliográficas. Este trabajo ha sido desarrollado bajo los principios de la dialéctica, asimilando toda contradicción como i inspiradores de la evolución del conocimiento.

**PALABRAS CLAVES:** *Robo agravado, Prisión preventiva, Preexistencia del bien, Sindicacion directa.*

## ABTRACT

The present report based on the file on criminal matters dates on the crime of aggravated robbery - having as imputed the citizens Ortega Sernaqué Benjy Camilo and Luis Gomer Morales Quintana, to the detriment of Juan José Espinoza Gutiérrez; crime that is conceived as multi-offensive, by affecting various legal rights such as property, life, body and health of people, a criminal offense in which the perpetrator, through the use of threat or violence, removes the victim's welfare assets away from its sphere of custody and availability.

We bring to collation, two contradictory sentences, being the criterion of the judges of first instance, through the probative activity, it is possible to accredit the criminal responsibility of the defendants, therefore, it emits a condemnatory sentence; However, for the Superior Collegiate, with the evidential means, it does not achieve conviction of this responsibility, maintaining the principle of presumption of innocence intact, reason why it revokes the appealed judgment and reforming it absolves from the tax accusation those appearing. Fundamentals, which will be analyzed in the respective sequel, according to the purpose of the report that is to synthesize and analyze the development of the process and as well as to know in depth each of the stages, observing the existence or not of flaws, gaps, contradictions and criteria of the magistrates and taking into account the respective regulations, doctrine and jurisprudence. As established in the regulations of Degrees and Titles, the work has been divided into six parts: Summary of the file, Theoretical Framework, Jurisprudence, Analysis of the file, Conclusions and Bibliographic References. This work has been developed under the principles of dialectics, assimilating all contradictions as inspirers of the evolution of knowledge.

**KEYWORDS:** *Aggravated theft, Preventive prison, Pre-existence of goods, Direct syndication.*

## DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL

**N° DE EXPDIENTE** : 2790-2014

**ESPECIALIDAD** : PENAL

**PROCESO** : COMUN

**DELITO** : ROBO AGRAVADO

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

**AGRAVIADO** : JUAN JOSÉ ESPINOZA GUTIÉRREZ

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

## I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

### 1.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN:

#### 1.1.1 HECHOS QUE MOTIVARON INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.

##### DENUNCIA DE PARTE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **1.1.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA**

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

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

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

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

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

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

## **C. Del peligro procesal**

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

El caso de **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ**, Si bien es cierto, tiene domicilio definido, el mismo que ha sido constado debidamente en el acta de verificación domiciliaria, y ocupación conocida, refiere que se dedica a la labor de mototaxista, que acredita con licencia de conducir sin embargo no acredita si trabaja para una empresa o asociación, por otro lado **LUIS GOMER MORALES QUINTANA**, al momento de su intervención refiere domiciliar en AAHH Manuel Bustamante manzana A, lote 09, Barranca, hecho que

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

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

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

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

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

#### **1.1.4 APELACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA:**

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **1.1.5 AUDIENCIA DE APELACIÓN**

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

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

#### **1.1.6 DE LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **PREPARATORIA:**

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

## **1.2. ETAPA INTERMEDIA:**

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

El fiscal **JUAN CARLOS CASTRO AVALOS**, formula requerimiento de acusación con fecha 09 de enero del 2015, acusando a **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ, LUIS GOMER MORALES QUINTANA** por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en agravio de Juan Espinoza Gutiérrez, delito tipificado en el artículo 188° y las agravantes contenidas en el artículo 189° primer párrafo, numerales 2, 3 del código penal.

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

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

- **Ocurrencia de calle común N° 478.** Donde se encuentra la intervención realizada.
- **Acta de entrega de detenido y especies por civil.-** Donde se detallan los datos de las personas que aprehendieron a los investigados tras la comisión de los hechos en agravio de Juan Espinoza Morales. Tratándose de los serenos Jesús Córdova Salazar, Gary Arroyo Corrales y Robert Tapia Valles.
- **Acta de registro personal practicado a los imputados.** Donde especifica el color de ropa de los imputados los bienes y enseres incautados.
- **Declaración del agraviado Juan José Espinoza Gutiérrez** quien narra detalladamente la forma y circunstancias, como el día 13 de octubre del 2014, a las 03.00 horas aproximadamente, cuando se encontraba caminando por la calle José Gálvez y Pedro Reyes Barboza, fue “cogoteado” por detrás por uno de los investigados, quien le tira al piso por la fuera, mientras que el otro aprovecha y le sustrae su celular marca Samsung, color azul <movistar N° 985032441 y la suma de S/. 20.00 nuevos soles y que fue agredido en ambas costillas y que luego de cometido los hechos se retiran por la calle José Gálvez y en donde fueron detenido por serenos de la municipalidad y llevados a la Comisaria de Barranca.
- **Declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca, Robert Tapia Valle;** Quien señala que a 03.00 horas aproximadamente del día 13 de octubre del 2014, se encontraba patrullando a la altura del estadio municipal de barranca, recibieron una llamada de la CECOM, en donde les comunican que a la altura de la calle José Gálvez, dos personas habían sido asaltadas y golpeado a un transeúnte y que se dirigían hacia el norte a pie, por lo que en compañía de los serenos de apellido Arroyo y Toribio se instituyeron al lugar de los hechos en donde se percataron que a dicho lugar ya había llegado otra unidad de serenazgo, cuyos ocupantes eran los señores

Córdova y Zósimo, quienes ya habían aprehendido a los imputados y que procedieron a brindarles apoyo en el traslado de los intervenidos a la Comisaria.

- **Declaración testimonial de los efectivos del cuerpo de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Barranca, Gary Jesús Arroyo Corrales.-** Quien señala que a 03.00 horas aproximadamente del día 13 de octubre del 2014, se encontraba patrullando a la altura del estadio municipal de barranca, recibieron una llamada de la CECOM, en donde les comunican que a la altura de la calle José Gálvez, dos personas habían sido asaltadas y golpeado a un transeúnte y que se dirigían hacia el norte a pie, por lo que en compañía de los serenos de apellido Tapia y Toribio se instituyeron al lugar de los hechos en donde se percataron que a dicho lugar ya había llegado otra unidad de serenazgo, cuyos ocupantes eran los señores Córdova y Zósimo, quienes ya habían aprehendido a los imputados y que procedieron a brindarles apoyo en el traslado de los intervenidos a la Comisaria.
- **Declaración de los imputados.** Se negaron a declarar
- **Acta de verificación domiciliaria**
- **Acta de recepción de CD remitida por la central de cámaras de la Municipalidad provincial de Barranca.**
- **Acta de visualización de video.** En la cual se describe el contenido del video en donde se evidencia la participación de los investigados en agravio del citado denunciante por cuanto ahí se aprecia que el imputado Luis Gomer Morales Quintana “cogotea” al agraviado y luego lo tira violentamente hacia el pavimento y luego ambos investigados proceden a rebuscarle sus bolsillos para luego darse a la fuga por la calle José Gálvez y luego se aprecia la participación de serenazgo, manifestando en dicha diligencia el imputado Luis gomer morales quintana manifiesta que nada tenía que decir respecto a lo visualizado y su co-investigado Benjy Camilo Ortega Sernaqué, manifestó que lo disculpen por lo que ese día estaba mareado.
- **Inspección técnico policial.** En el lugar donde se efectuaron los hechos.

- **Declaración jurada del agraviado.-** Sobre la preexistencia del celular marca Samsung color Azul Movistar N°985032441 y de los S/. 20.00 nuevos soles.
- **CD Princo remitido por la municipalidad Provincial de Barranca,** fechado 13 de octubre del 2014, que contiene la grabación del momento en el cual se produjo el delito de robo agravado en agravio del citado ciudadano.
- **Oficio N° 55182014-RDJ-SJR-OA-CS.JHA/PJ, del 06-11-2014,** donde indica que los investigados no registran antecedentes penales.

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

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

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

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

### 1.2.2. AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN

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

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

EL Ministerio Público solicita se le imponga a los acusados **BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ**, **LUIS GOMER MORALES QUINTANA** como **CO-AUTORES** del delito contra el patrimonio, en la modalidad de **ROBO AGRAVADO**, en agravio de Juan José Espinoza

Gutiérrez, **CATORCE AÑOS** de pena privativa de libertad, y se fije que los acusados paguen la sumas de S/. 500.00 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de Juan José Espinoza Gutiérrez.

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

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

### **1.2.3. AUTO DE ENJUICIAMIENTO:**

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

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

---

<b>CALIFICACION JURIDICA</b>	<b>PENA</b>	<b>REPARACION CIVIL</b>
<b>TIPO BASE:</b> Artículo 188°	Catorce años de pena privativa de la libertad	S/. 500.00 Quinientos nuevos soles a favor del agraviado
<b>AGRAVANTES:</b>		

Primer párrafo del Artículo  
189°numerales 2 (durante  
la noche) y 4 (con el  
concurso de 2 o más  
personas) del código penal

#### 1.2.2.4. MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS AL MINISTERIO PÚBLICO

##### a. ÓRGANOS DE PRUEBA:

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

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

	Comisaria de Barranca	
--	--------------------------	--

**b. DOCUMENTALES:**

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

**c. MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS A LA DEFENSA:**

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

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

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

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

### **1.3. ETAPA DE JUZGAMIENTO:**

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

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

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

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

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

**SERNAQUÉ** (quien vestía casaca azul con blanco y jean bermuda color plomo desteñido y zapatillas deportivas) logra sustraerle un celular marca Samsung, color azul, Movistar N° 985032441 y S/. 20.00 Nuevos soles, tras lo cual se retiraron caminando por la calle José Gálvez con dirección hacia el norte, momentos en que aparece una camioneta de Serenazgo y en compañía del agraviado logran intervenirlos una cuadra del lugar de los hechos, para luego ser conducidos a la Comisaria de Barranca, junto al agraviado, para efectuar las diligencias o actos de investigación más urgentes.

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

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

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

oportunamente se absuelva a su patrocinado de los cargos imputados.

### **1.3.2. ACTIVIDAD PROBATORIA**

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

Se examinó a Jesus Rafael Cordoba Salazar, Epimaco Gabriel Zosimo Ramirez, quienes manifiestan que recibieron una llamada de la base que refería un asalto en la calle José Gálvez, no presenciaron los hechos, intervinieron a dos personas quienes estaban caminado por José Gálvez, los sujetos reaccionaron diciendo que no habían robado nada, que no les encontraron ningún arma, que ellos no pueden rebuscara a los sujetos, los intervenidos no pusieron resistencia, que desde la central dijeron que uno de los sujetos portaba polo azul, pantalón y zapatillas, que estas ropas coincidieron con las ropas de los intervenidos.

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

pero los policías lo llevaron, así mismo señala que no conoce ni a los imputados ni al homosexual, también manifiesta que los sujetos agresores estuvieron, mareados.

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

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

**DECLARACION TESTIMONIAL DEL SOT1 PNP PLEBEYO QUISPE AMORIN:** Responde que tiene 24 años de experiencia en la PNP y desde agosto 2014 en la Comisaria de Barranca, no recuerda lo que había ocurrido el día de los hechos, le parece que ese día se encontraba de servicio con el efectivo Rolly Maguiña, y el efectivo Mejía Capcha, con los cuales han hecho múltiples recepciones de denuncias, precisa que en horas de la madrugada tuvo una diligencia con miembros del serenazgo, en el que se ha recepcionado mediante acta a unos detenidos por ilícito penal, recuerda que estaba presente el agraviado, eso es lo que puede recordar, dijo que no recuerda si el agraviado estaba ecuánime o mareado, pero sí estuvo presente durante la intervención.

**DECLARACION TESTIMONIAL DEL SOT3 PNP ROLLY JHON MAGUIÑA ELEUTERIO:** Responde las preguntas del Ministerio Tienen 4 años de experiencia, el día de los hechos se le encargo realizar una diligencia de inspección técnico policial por un robo agravado que había ocurrido en la calle Pedro Reyes Barboza, como referencia frente al chifa central, aproximadamente a 20 metros de una calle céntrica de Barranca que es la calle José Gálvez; tiene un jefe de sección quien dispone las actividades de cada efectivo, manifiesta que hay una cámara a 20 mts del lugar de los hechos.

**C. PRUEBA PERSONAL DE LA DEFENSA TÉCNICA DEL ACUSADO BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUÉ DECLARACION TESTIMONIAL DE JANS JUNIOR REA**

**NICHO:** A las preguntas de los abogados defensores, dijo que el día de los hechos su persona estaba trabajando en la esquina de la calle José Gálvez donde trabajan varias persona travestis, allí ejerce la prostitución, estuvo trabajando y esperando clientes, en ese momento apareció el agraviado y le pregunto por el servicio, le dijo que 30 y que se cobra incluido habitación, el señor llevo al promediarlas 3.00 a.m y estaba borracho, el agraviado no le quiso pagar adelantado y le estaba molestando, es eso dos jóvenes llegaron del frente, dijo “tenemos cafichos que nos defienden cuando hay peleas con los clientes o nos faltan el respeto”, sostiene que no sabe quiénes eran, como el señor estaba faltando el respeto y caminando habían bajado hacia el chifa central, pero no querían pagarle el servicio se negaba a seguir el camino, dado que los borrachos son problemáticos, la victima lo exige e insiste, en esos preciso momentos llegan los dos jóvenes y empiezan a pelearse y el señor se cae y es allí donde su persona logra separarlos, refiere que luego el señor se retira y los dos jóvenes también, dice que hay varios jóvenes que los defienden a los travestis de esa esquina, y luego les piden propina por la protección que les brindan, refiere que esa noche se quedó hasta la 6 de la mañana, y no volvió a ver ni a la víctima ni a los imputados, no se percató que el agraviado tenía dinero ni celular, refiere que el agraviado llevo solo y bajo de una mototaxi, el señor estaba demasiado borracho, no vio que los agresores cogieron algo.

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

los hechos los acusados estuvieron junto a su persona en la esquina, pero no los conoce.

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

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

**Acta de entrega de detenidos y especies por civil de fecha 13 de octubre del 2014.** Acredita que los acusados Benny Camilo Ortega Sernaqué y Luis Gomer Morales Quintana, fueron intervenidos en flagrancia delictiva el día 13 de octubre del 2014 a las 3.10 am por personal de serenazgo quienes los pusieron a disposición de la PNP.

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

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

**Acta de recepción de CD de fecha 13 de octubre del 2014.-** acredita la entrega por parte de la CECOM de un CD que almacena

las imágenes registradas sobre los hechos materia del presente proceso.

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

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

#### **DE LA DEFENSA TÉCNICA:**

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

### **1.3.3. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES**

**ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.-** Sostiene se ha logrado acreditar la comisión del hecho delictivo de robo agravado, y la responsabilidad penal de ambos acusados, hemos escuchado la declaración, del agraviado Juan Espinoza Gutiérrez, que ha manifestado que fue cogoteado y asaltado por los imputados, señalando que fue golpeado y agredido, le sustrajeron su celular marca Samsung N° 985032441 y además la suma de s/. 20.00 nuevos soles, además refiere que luego de ello estos dos sujetos se fueron caminando con dirección hacia la calle José Gálvez, instantes en que llegaron los miembros del serenazgo y lograron intervenirlos a ambos

acusados, siendo conducidos a la Comisaria, así mismo manifiesta que uno de los acusados le amenazó con “tirarle plomo”. Estas aseveraciones han sido corroboradas con las manifestaciones del testigo Rafael cordova Salazar, miembro del serenazgo quien dijo que el día de los hechos, en horas de la madrugada la CECOM le dijo que había un asalto en la calle José Gálvez y que habían sustraído algo a una persona, lo iban guiando por la cámara via radio para ubicar y capturar a esas dos personas, el testigo **Epimaco Zosimo Ramirez** también ha corroborado lo anteriormente narrado, que dijo que recibió la llamada de la CECOM para intervenir a los autores de un robo, y que la cámara sigue a las personas que habían cometido el ilícito, el efectivo Rolly Maguiña a precisado lugar donde sucitaron los hechos, señalando que fue en la esquina de Gálvez y Pedro Reyes Barboza y que hay una cámara de video vigilancia en dicha esquina. La versión del agraviado, esta corroborada con el acta de visualización del video en el que participaron los dos acusados, sus abogados defensores, el instructor y el suscrito, allí se aprecia que llegó el señor caminando hacia la esquina, conversa por breves segundos, caminan con su acompañante hacia la calle que da al chifa central, por detrás corren los imputados y el acusado Luis Gomer Morales Quintana lo “cogotea” lo derriba y tira al piso y luego con el coacusado Benji Camilo Ortega le rebuscan en el piso los bolsillos del agraviado, mientras que la persona que lo acompañaba hacía gestos de tratar de contener y apaciguar; también se aprecia que aparecen una unidad de serenazgo y que luego conversan con el agraviado y el homosexual, se aprecia que más allá son intervenidos los imputados.

El testigo de descargo **Jans Rea Nicho** a dicho en parte la verdad y también ha mentido, dice que el agraviado lo empezó a molestar y que no tenía dinero para pagar sus servicios sexuales, pero no se explica de como si es que no tenía dinero a caminado con dirección al hostel, alejándose así de la esquina, así mismo dijo que se trataba de una riña callejera el hecho donde el homosexual supuestamente acude a defenderlos pero esas imágenes no son registradas por la cámara, se

ha corroborado que los dos acusados si estuvieron presentes el día de los hechos, este testigo dijo que para que no crean que es cómplice de los rateros le dijo a los serenos “ellos se van por allá, se van por allá”

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

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

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

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

El Fiscal también sostiene que en ningún momento de la etapa policial y menos de este juicio oral han declarado que se haya tratado de una pelea, ambos acusados guardaron silencio; en el acta de visualización en el acta de visualización en el ambos acusados estaban con sus abogados defensores, se verifica que el imputado Luis Gomer Morales

Quintana guardo silencio. Pero el otro acusado Benjy Camilo Ortega Sernaqué pidió disculpas porque ese día estaba mareado. El agraviado por error llevo a un lugar equivocado y por tratar de tomarse unos tragos conforme a su versión fue asaltado por los dos imputados, solicita que les imponga 14 años de pena privativa de libertad como autores del delito de robo agravado previsto en el artículo 188 y 189 primer párrafo numerales 2 y 4 del código penal: se fije una reparación civil de 500.00 nuevos soles a favor de agraviado.

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

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

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

Alegato de la defensa de del acusado **Benjy Camilo Ortega Sernaqué,** alega una deficiente labor del Representante del Ministerio Público,

que no se puede condenar a una persona en base a declaraciones contradictorias, y que no está corroborada objetivamente, el señor fiscal no ha valorado la declaración del testigo de descargo Jans Rea, quien en ningún momento ha reconocido a los imputados como los sujetos que liaron y/o autores del supuesto hecho delictivo. Respecto a la preexistencia del bien la fiscalía sostiene una falacia al decir que debemos asumir que “todos en todo momento tenemos celular” afirmación que puede ser aceptada para determinar la preexistencia, el Ministerio Público teniendo el número telefónico del celular del agraviado, no solicito o interrogo al testigo sobre qué compañía telefónica le prestaba el servicio, no se solicitó a la empresa operadora; si se dice que es cierto que el agraviado tenía la suma de 20 soles, ¿Por qué no pago por los servicios sexuales al homosexual?, se dice que los imputados podrían haberse desprendido de los bienes, sin embargo no se observa en el acta de visualización que los imputados arrojan bienes para deshacerse, en consecuencia no existe prueba objetiva que acredite la preexistencia de los bienes objeto de sustracción. La defensa cuestiona la fuente la prueba, se debio visualizar el video que fluyen del CD, se a mostrado y leído solo el acta de visualización, no existe acta de lacrado o formato de cadena de custodia del CD, no se sabe donde esta el CD, no se a incorporado al contradictorio el CD en mención, se cuestiona el contenido del acta dado que es la transcripción de lo observado por el suboficial Alvarado, este contenido es la apreciación solo del observador, sin fundamento técnico científico, hace la sindicación de mi patrocinado, se debió realizar una pericia antropológica, hecho que el Ministerio ´publico a omitido, no se a demostrado la amenaza ni la violencia física sobre la víctima, conducta necesaria para la constitución de este hecho delictivo, no existe un certificado medico legal que acredite ello, no se ha demostrado la preexistencia del bien, en consecuencia corresponde la absolución.

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

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

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

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

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

- **Declaración testimonial del efectivo de serenazgo Jesús Rafael Córdoba Salazar.** Su versión verifica la materialidad del evento delictuoso y corrobora la versión sindicante del agraviado.
- **Declaración testimonial del efectivo de serenazgo Epimaco Gabriel Zosimo Ramirez.** Quien manifiesta que coincidentemente con el testigo anterior que acudieron a la calle Gálvez por que recibieron una llamada que reportaba un hecho delictivo (asalto) las cuales habían sido captadas por la cámara de SECOM, el efectivo manifiesta que las cámaras siguen a los sujetos, corrobora las características y los colores de la ropa, y que luego se apersona el agraviado y señala que las personas

intervenidas son las que le robaron sus pertenencias. Sostiene que trasladaron a los intervenidos a la Comisaria dejándolo con un acta de entrega; manifiesta que desde la central de SECOM le reportaron que uno de los sujetos vestía polo azul, pantalón y zapatillas, del otro no recuerda: **estas prendas señaladas coinciden con las ropas de las personas intervenidas.**

- El acta de visualización del video corrobora objetivamente lo mencionado líneas arriba: debidamente oralizada en juicio, se describe textualmente. *“el detenido Benyi Ortega Sernaqué se encuentra vestido con una casaca azul con blanco y un jeans bermuda plomo desteñido y unas zapatillas deportivas y el detenido Luis gomer morales quintana se encuentra vestido con casaca de buzo turquesa con negro y un pantalón jeans bermuda azul y zapatillas oscuras.* El mismo que guarda relación con las prendas de vestir detalladas en el acta de registro personal realizado a los imputados, que según el juez todo lo cual compulsado en conjunto llevan a establecer de forma indubitable que ambos acusados sí estuvieron presentes físicamente en el lugar de los hechos y conforme al acta de visualización de video fueron las personas que atacaron por detrás, “cogoteando” por el cuello al agraviado, para luego de ello derribarlo sobre el pavimento y en forma conjunta sustraerle sus pertenencias, se desvirtúa según el juez la tesis del abogado del acusado Sernaqué respecto a que su defendido no estuvo en el lugar de los hechos al momento de la comisión del delito presente.
- **Declaración testimonial del efectivo PNP Plebeyo Quispe Amorin.** precisa que en horas de la madrugada tuvo una diligencia con miembros del serenazgo, en el que se ha recepcionado mediante acta a unos detenidos por ilícito

penal, recuerda que estaba presente el agraviado, lo que se corrobora con el acta de entrega de detenidos y especies por civil de fecha 133 de octubre del 2014, que prueba que los acusados fueron intervenidos en flagrancia delictiva.

- **La declaración personal del testigo de descargo identificado como Jans Juniors Rea Nicho.** A consideración del colegiado, no desvirtua la verosimilitud del dicho sindicante del agraviado, toda vez que al declarar en juicio incurrió en contradicciones e ilogicidad que restan credibilidad a su versión, tales como: haber dicho que dos sujetos desconocidos y a quienes nunca vio antes en su vida, lo ayudaron del sujeto molesto, dicho que resulta ilógico pues el colegiado considera que todo caso quienes intervienen en defensa de un homosexual que ejerce la prostitución son necesariamente personas conocidas o sus propios compañeros de oficio; tampoco resulta creíble para el colegiado la versión respecto a que el agraviado no tenía dinero en su poder, cuando contrariamente según el acta de visualización de video, luego de conversar brevemente se iban caminando juntos con dirección al hostel, lo cual permite inferir que ya se había pactado los servicios sexuales justamente por que el agraviado si contaba con dinero. Lo que resulta mas ilógico es que como dice este testigo, los dos sujetos desconocidos lo ayudaron del sujeto molesto, como es que a sus benefactores los haya hechado, diciéndoles a los miembros del serenazgo “*por allá se van*”.

**c. Persistencia en la incriminación.** Que el presente caso, la sindicación efectuada contra los acusados durante el plenario, ha sido mantenida con firmeza por el agraviado durante las etapas procesales previas al juzgamiento, no habiéndose retractado en

ningún momento, lo cual conlleva a establecer la inexistencia de duda o incertidumbre sobre la veracidad de su versión.

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

Según el colegiado existen hechos indiciarios que coligen inferir indubitablemente la preexistencia al robo cometido, así a) el acta de visualización de video prescribe que los acusados emplearon el cogoteo, mecanismo común empleado por los delincuentes para someter físicamente a la víctima, desvirtuando objetivamente la tesis de la defensa y la manifestación del testigo de descargo Jans Rea Nicho, de que se tratada de un conato de riña entre el acusado y el agraviado. b) de la misma acta de extrae que se observa que la víctima y el homosexual se dirigen con dirección al hostel hecho de demuestra que el agraviado si tenía dinero con que pagar los servicios sexuales, acto que fue interrumpido abruptamente por los delincuentes. c) se ha demostrado que los miembros de serenazgo han conducido a los imputados a la Comisaria, no se efectuó el registro personal por no estar autorizado para efectuar dicha diligencia, las máximas de la experiencia hacen colegir que los delincuentes ha podido deshacerse de los objetos materia del ilícito durante el trayecto, ya en la Comisaria se efectúa el registro no encontrándose los bienes sustraídos. d) finalmente en el acta de

visualización se consigna que de manera expresa el imputado Benji Camilo Ortega, refiere que le disculpan por cuanto se encontraba mareado, lo cual conduce al colegiado a concluir que se apoderaron de los bienes del agraviado.

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

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

El colegiado fundamenta su conclusión respecto a la flagrancia delictiva en la ley N° 29569, sostiene que la referida norma regula que la flagrancia opera inclusive cuando el agente a huido y Ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho o por medio audiovisual, dispositivo o equipos en cuya tecnología se haya registrado su imagen...(sic); en este caso, inmediatamente de haber ocurrido el

evento delictivo, el agraviado en presencia del personal de serenazgo reconoció a los acusados como los autores del tal hecho delictuoso y así mismo se registraron las imágenes de los imputados mediante video cámara de vigilancia, evidenciándose de esta manera que estamos frente a un hecho de flagrancia delictiva. El consecuencia el colegiado concluye que a quedado acreditado la responsabilidad penal de los acusados en la comisión del ilícito de robo agravado, pues los elementos objetivos y normativos del tipo penal se adecuan al presente caso, al haberse apoderado ilegítimamente de bienes ajenos, sustrayéndolos de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo e introduciendo a su esfera de disposición, realizando estas acciones mediante un plan concertado con dominio de hecho, ejerciendo violencia contra el agraviado Juan José Espinoza Guitierrez a quien el acusado Morales Quintana sujeta del cuello por detrás (cogoteo) para vencer su resistencia física tirándolo con violencia sobre el pavimento, para luego de ello concertadamente con el coacusado Benji Ortega Sernaqué rebuscarle en forma conjunta sus bolsillos para sustraerle los bienes de su propiedad, en este Caso un celular y dinero en efectivo; evidenciándose así mismo la presencia de “dolo” en el proceder de cada uno de ellos es decir actuaron con el conocimiento y con la voluntad de perpetrar el hecho delictivo aprovechando su superioridad numérica, la oscuridad de la noche y el estado de embriaguez en que se encontraban.

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

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

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

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

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

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

### **1.4. ETAPA IMPUGANTORIA**

#### **1.4.1. APELACION:**

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

#### **Fundamentos:**

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

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

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

- El agraviado manifiesta que llego a la escena con unos amigos de nombre “Roky y Oscar” de quienes en ningún momento narra conducta alguna frente al ilícito cometido, los efectivos de serenazgo y el testigo de descargo tampoco han referido.
- El agraviado ha manifestado que invito al homosexual a tomar unos tragos, esto se desmiente con la versión del homosexual, quien refiere que el agraviado solicito servicios sexuales.
- El agraviado dice que se le sustrajo 20 soles en billete y un celular, al respecto el testigo Jans Rea dijo que le cobro 30 soles por sus servicios, pero el agraviado no tenía la suma requerida, razón por la que se niega prestarle los servicios, lo que motiva que el agraviado inicie a molestarla agarrándole la mano por lo que interviene los dos sujetos, en este extremo se menciona que no se ha probado la preexistencias de los bienes incluso sobre el teléfono el agraviado no ha referido ni siquiera la marca, modelo, color, ni la empresa que presta el servicio telefónico. El Ministerio público no ha demostrado fehacientemente la preexistencia de los bienes, es mas no se les encontró en posesión a los coprocesados los supuestos bienes.
- Respecto a la declaración de los testigos **JESUS CORDOBA** y **EPIMACO ZOZIMO** la defensa sostiene que es incoherente: el primero sostiene que el agraviado “estaba ebrio estaba mareado” hecho aceptado por el agraviado, el segundo sereno manifiesta que “estaba normal”, el primero refiere que recibe una llamada dela central e indican “que había

una pelea” “al parecer había un robo” “están corriendo” por lo que reciben la orden de intervención, sin embargo ninguno de ellos han referido que estuvieron corriendo al momento de la intervención, el primero refiere que “caminaba en forma apresurada” en tanto que el segundo refiere “camina de norte a sur” “no los vio corriendo”.

- La defensa cuestiona respecto al color de ropa y tipo de prenda de vestir de los coautores por cuanto el colegiado considera que se encuentra corroborado, al respecto la defensa sustenta su observación al decir que no coincide la declaración del sereno Epimaco Zozimo Ramirez quien referido que desde la central le informan que uno de los sujetos vestía **POLO AZUL** pantalón y zapatillas; y que según el colegiado estas prendas señaladas coincidieron con las ropas de las dos personas intervenidas, el acta de registro personal realizado al acusado Benjy Camilo se precisa que vestía con **CASACA IMPERMEABLE DE COLOR AZUL Y BLANCO** con capucha y polo negro con logotipo VANS, pantalón tipo chavito de jeans color oscuro manchado negro con plomo, y zapatillas negras. Mientras tanto en el acta de visualización oralizada en juicio se describe que: Benjy Camilo se encuentra vestido con una **CASACA AZUL CON BLANCO** y un jean bermuda plomo desteñido y zapatillas deportivas, mientras que su codetenido se encuentra vestido con casaca de buzo color turquesa con negro y un pantalón de jeans bermuda azul y zapatillas oscuras. Al respecto la defensa sostiene que no existe coincidencia entre *polo azul y casaca azul* con blanco (según acta de visualización), y *casaca impermeable con capucha* a lo que agrega polo negro (según registro personal), no hay coincidencia entre pantalón y jeans bermuda.

Sobre el acta de visualización: que el fiscal no ha salvado las observaciones realizadas por la defensa, ni se ha aprobado la misma, conforme lo exige el artículo 187,4, no se ha dispuesto ni se practicó la pericia de examen antropológico o biométrico, la defensa refiere que la fuente de la prueba es el disco compacto y no el acta de visualización, el mismo que no fue admitido y consecuentemente, no visualizado; el acta de visualización no

tiene carácter de acto de prueba, conforme regula el artículo 325 del código penal, ya que no contiene una actuación irreproducible.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El testigo propuesto deberá aclarar lo que el colegiado considera contradicción e ilogicidad en la declaración del testigo, tales como explicar cómo es posible que dos sujetos desconocidos y a quienes nunca antes vio en su vida lo ayudaran del sujeto molesto (agraviado) versión que para el colegiado resulta ilógico.

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

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

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

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

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

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

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

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

Existe prueba irrefutable donde los acusados rebuscaron los bolsillo del agraviado, pero no existe prueba suficiente que efectivamente se apoderaron de un celular y 20.00 soles, puesto que al ser intervenidos

inmediatamente después no se les encontró en poder de los mismos, ninguno de los citados bienes, por lo que también en este caso no encontramos ante una tentativa inidónea por absoluta impropiedad del objeto, establecido en el artículo 17 del código penal dado que existen indicios para llegar a dicha conclusión: los acusados no huyeron del lugar sino se retiraron caminando y principalmente por no haberse encontrado los bienes que según el fiscal imputa haber sido materia de apoderamiento, pese haber sido intervenidos a tres minutos de ocurrido el hecho, por lo que dicha tentativa tampoco sería punible.

En razón al artículo 408.1 del CPP y estando a que los motivos para absolver son aplicable para ambos encausados, al no ser exclusivamente personales para el que impugno y en concordancia con el principio de equidad, corresponde absolver al no apelante Luis Gomer Molaes Quintana.

#### **1.4.3.1. DECISIÓN:**

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

Voto singular: el magistrado Timana Girio sostiene que está de acuerdo con la decisión, sin embargo, añade algunas precisiones: que el letrado al cuestionar la falta de garantía sobre la transcripción del acta no ha informado o cuestionado el contenido del acta de transcripción en el sentido que, lo que se ha plasmado en el documento, sean situaciones diferentes a lo que se haya apreciado en el video, dicho de otro modo no ha dado argumentos que impidan valorar dicho documento como medio de prueba en

tal sentido corresponde valorarlo conforme tal. En tal acta se describe que son dos las persona que atacan al agraviado, la misma que ha sido confirmado por el testigo JANS REA NICHU, estos dos atacantes son los mismo procesados.

Así mismo sostiene que ha quedado demostrado por medio del acta de transcripción de que se efectuó el cogoteo, lo ha arrastrado e incluso le han rebuscado los bolsillo, si bien la decisión de la Sala es de absolver de los cargos al apelante, no significa que esa conducta sea la correcta. Por el contrario, es incorrecto, lo que pasa es que el Ministerio Público no ha cumplido su rol de sustentar el extremo de la preexistencia del bien objeto de sustracción, coincidimos con él a quo cuando sostiene que los sujetos ha podido deshacerse delos bienes, pero para analizar y concluir de esa manera se debió probar previamente si los bienes sustraídos efectivamente existían, acto que la fiscalía omitió y habrían actuado con negligencia, **por** lo que se dispone remitir copias certificadas de las piezas procesales para su pronunciamiento.

## **II. MARCO TEORICO**

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

En cuanto al bien jurídico protegido debemos indicar que el delito de robo es un delito pluriofensivo, pues concurren diversos bienes jurídicos, así tenemos<sup>1</sup>:

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

Se ha concebido también como un delito complejo, pues concurren varios hechos que están vinculados por una determinada relación jurídica. Efectivamente en este delito además de afectar el patrimonio de una persona, debe desarrollar la conducta mediante violencia o amenaza.<sup>2</sup>

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

### **2.2. TIPO OBJETIVO**

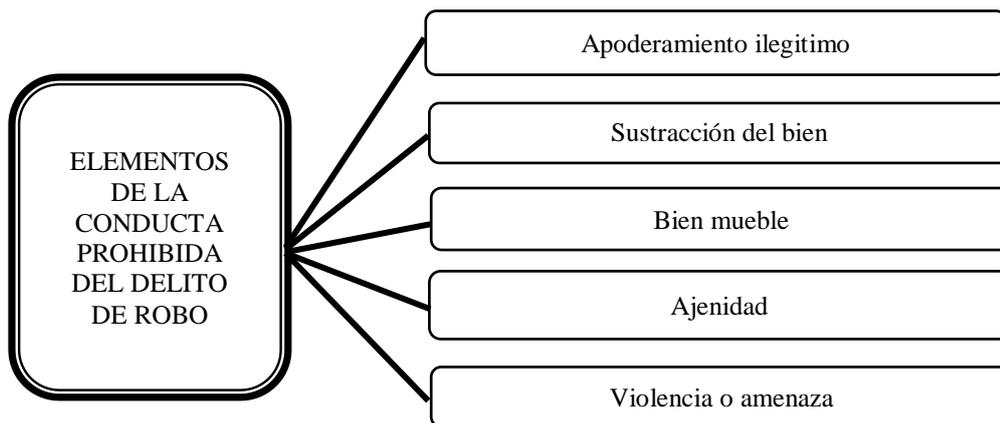
En cuanto al aspecto objetivo del delito de robo, debemos indicar en primer lugar que se trata de un delito común pues sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona.

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

---

<sup>1</sup> BUSTOS RAMIREZ, J (1986). "Manuel de Derecho Penal. Parte Especial", Editorial, Ariel. S.A., Barcelona

<sup>2</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2015). "Derecho Penal Parte Especial". Tercera Edición. Tomo II. Editorial IDEMSA. Lima.



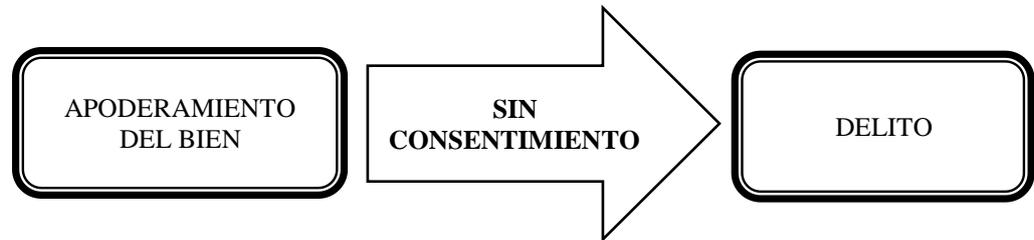
### 2.2.1. APODERAMIENTO ILEGÍTIMO. -

El núcleo central del delito es la acción de apoderarse del bien que implica un comportamiento activo de desplazamiento físico del mismo del ámbito de poder patrimonial del tenedor a la del sujeto activo. La norma penal al emplear el verbo apoderar ha definido una acción típica consistente en la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos. Por tanto el autor debe tener la disponibilidad, la autonomía o la posibilidad física de disposición. Apoderarse es poder ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea. Ejemplo: el carterista que baja de un transporte público con la billetera de su víctima, al abordar otro vehículo que va en sentido diferente al anterior está ingresando en apoderamiento del bien<sup>3</sup>.

La norma penal dispone que el apoderamiento debe ser legítimo, por tanto el agente no debe tener derecho alguno de introducir el bien a su ámbito de dominio. Aquí entra a tallar el tema del consentimiento de la víctima, pues si ésta asiente que el agente se lleve el bien ya no se configurará el delito, apoderando el consentimiento como un supuesto de atipicidad. Por

<sup>3</sup> BUSTOS RAMIREZ, J (1986). "Manuel de Derecho Penal. Parte Especial", Editorial, Ariel. S.A., Barcelona

ejemplo: el alumno que permite que el profesor se lleve su código pues considera que le va a ser de utilidad<sup>4</sup>.



### 2.2.2. SUSTRACCIÓN DEL BIEN.

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



### 2.2.3. BIEN MUEBLE.

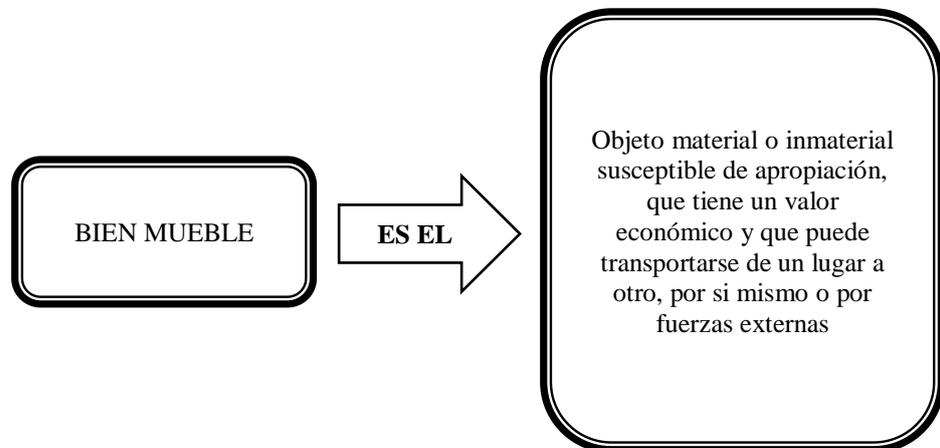
La norma penal fija como objeto material del delito el bien mueble. Al emplear la norma penal el concepto de bien en vez del de cosa, permite introducir dentro de la figura de robo, bienes no necesariamente corpóreos. El bien denota un concepto más amplio que el de cosa y se le puede definir como el objeto material e inmaterial susceptible de apropiación que brinda utilidad y tiene un valor económico<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> PEÑA CABRERA, Raúl (1993). "Tratado de Derecho Penal. Partes Especial, Tomo II. Ediciones Jurídicas. Lima.

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, Fidel (2000). "Delitos Contra el Patrimonio", Volumen I. Grijley, Lima.

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

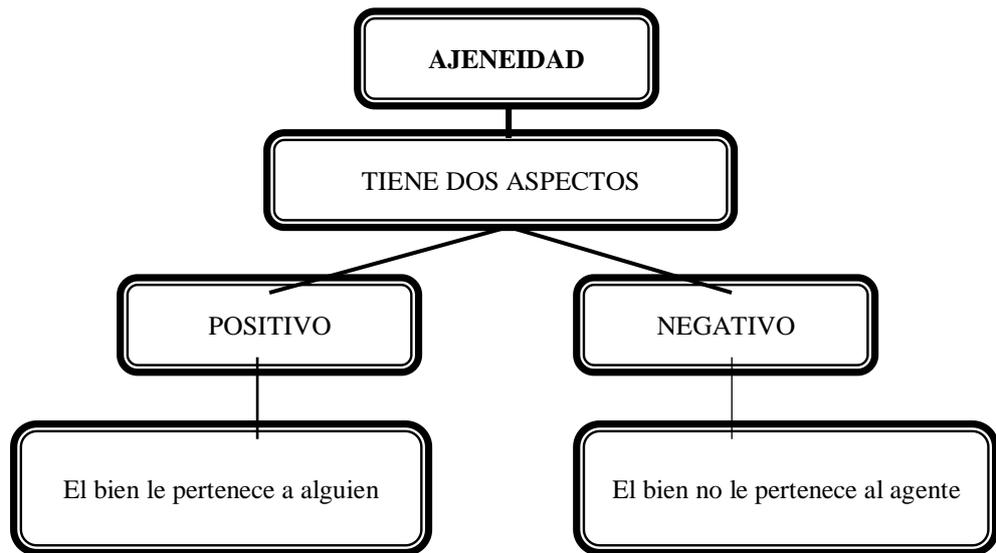


#### 2.2.4. AJENEIDAD.

El bien mueble debe ser total o parcialmente ajeno al agente. El concepto de ajeneidad tiene dos aspectos: positivo, en el sentido que el bien le pertenece a alguien y, negativo en el sentido que el bien no le pertenece al agente. Por tanto no son ajenas las res nullius, que no se encuentran sometidas a posesión de persona alguna (por ejemplo, las piedras o las conchas en la orilla del mar), las res derelictae (cosas abandonadas por sus dueños) y las res communis omnius (cosas de todos). La norma penal precisa que el bien debe ser totalmente o parcialmente ajeno, ello implica que puede concurrir el delito en el caso de copropietarios si la propiedad está dividida en partes (cuotas proporcionales)<sup>6</sup>

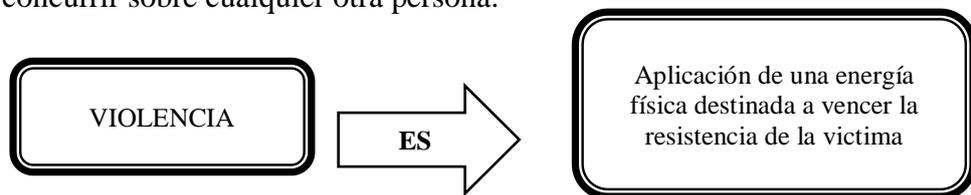
---

<sup>6</sup> ROJAS VARGAS, Fidel (2000). "Delitos Contra el Patrimonio", Volumen I. Grijley, Lima.



### 2.2.5. VIOLENCIA O AMENAZA.

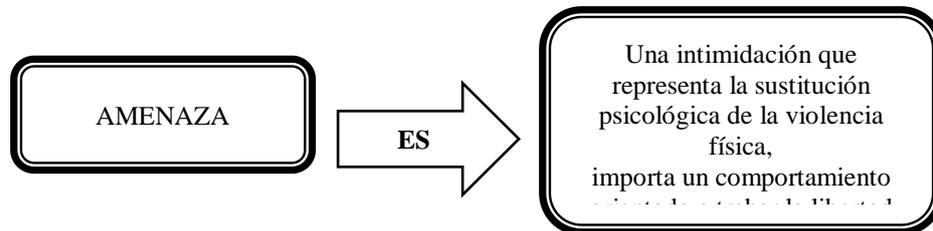
Este es el elemento que diferencia al delito de robo del de hurto. La violencia debe entenderse como violencia física, esto es la aplicación de una energía física destinada a vencer la resistencia de la víctima, por ejemplo: atar, golpear, empujar, apretar, amordazar, etc. En doctrina se considera que la violencia que se exige para configurar el robo debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de las personas, por lo que el mero arrebató de un reloj no implicaría robo sino hurto. La violencia física no necesariamente debe recaer sobre el sujeto pasivo, puede concurrir sobre cualquier otra persona.<sup>7</sup>



En cuanto a la amenaza ella es una intimidación que representa la sustitución psicológica de la violencia física, importa un comportamiento orientado a trabar la libertad de decisión de la víctima. La amenaza implica toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una persona a fin de quebrar su voluntad permitiendo

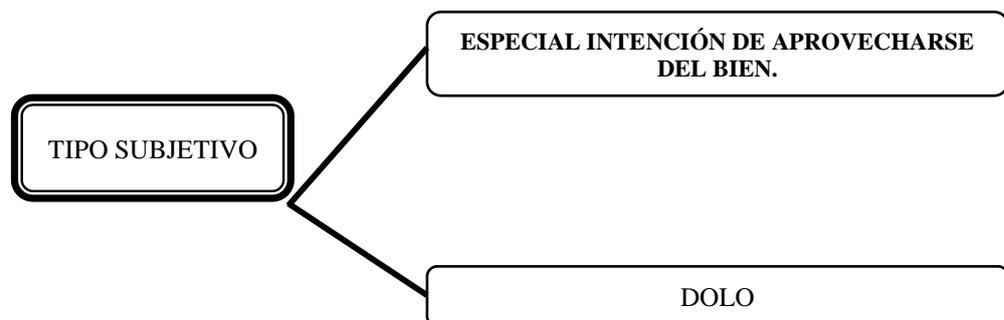
- <sup>7</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro (2012). "Derecho Penal Parte Especial", 5ta edición, Grijley E.I.R.L., Lima.

al agente apoderarse del bien mueble. La norma penal señala que se debe amenazar a la víctima con un peligro inminente para su vida o integridad física, por tanto la amenaza debe comprenderse como posibilidad actual de violencia efectiva, debiendo ser dicha amenaza grave.



### 2.3. TIPO SUBJETIVO.

En lo que respecta al aspecto subjetivo del tipo, se exige que el agente actúe con dolo, esto es con consentimiento y voluntad. Pero el delito de robo exige además un elemento subjetivo especial, específicamente una especial intención, esto es que el agente actúe con el objetivo de aprovecharse del bien. El llamado animus lucrandi<sup>8</sup>. Siendo una especial intención el aprovecharse del bien debe estar presente en la finalidad del agente, pero no se requiere que se plasme en la realidad, así habrá delito de robo cuando el agente se llevó el televisor de una vivienda luego de golpear a su propietario, aun cuando no haya llegado a venderlo para obtener dinero por él.



<sup>8</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro (2012). "Derecho Penal Parte Especial", 5ta edición, Grijley E.I.R.L., Lima.

#### 2.4. **PENALIDAD**

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

### III. JURISPRUDENCIA.

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

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

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

## **IV. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE**

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

### **4.1. ETAPA PREPARATORIA.**

#### **4.1.1 DILIGENCIAS PRELIMINARES**

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

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

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

En el presente caso el Representante del Ministerio Público considero que existían indicios reveladores de la existencia del delito, por cuanto tenia los siguientes elementos de convicción, obtenidos dentro del informe policial,

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

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

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

Para poder realizar análisis de lo que vendría a ser la investigación preparatoria en el NCPP es necesario revisar algunos artículos de dicho cuerpo normativo. En ese sentido el Inciso 1 del Artículo 321 señala que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación. Asimismo, señala que tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Y si bien de la lectura de este Artículo se desprendería que la Investigación Preparatoria es una sola, es necesario hacer una interpretación sistemática con otros artículos de dicho cuerpo normativo. Más aún si este se encuentra ubicado en el Título I, referido a Normas Generales de la Investigación Preparatoria

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

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

#### **4.1.2.2. PRISIÓN PREVENTIVA.**

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

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

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

los imputados), por lo que el cumplimiento en este extremo del presupuesto es incuestionable.

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

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

## **4.2. ETAPA INTERMEDIA**

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

La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159°.5 de la Constitución, 1° y 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219° ACPP y 1°, 60° y 344°.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344°.1 NCPP)

A mi criterio en el presente caso el requerimiento acusatorio cumple con la formalidad por cuanto incluye un título de imputación determinado, es

decir, una calificación, del hecho punible objeto de investigación preparatoria. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

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

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

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

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350°/352° NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

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

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

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

## **4.3 ETAPA DE JUZGAMIENTO**

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

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

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

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

#### **4.3.2 JUZGAMIENTO**

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

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

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

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

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

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

Ahora, también es preciso mencionar que no siempre es suficiente probar la “preexistencia” de la cosa mueble, sino también resulta necesario demostrar que subyace un vínculo jurídico entre el objeto y la víctima (o perjudicado). Esto quiere decir que respecto a objetos adquiridos ilícitamente no es posible justificar un proceso penal puesto que la supuesta víctima nunca podrá acreditar la preexistencia y menos aún justificar un vínculo jurídico válido.

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

criminal, distinto incluso de la anterior fórmula legal contenida en el art. 245 CPP (1991).

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

Ahora bien, el aspecto positivo que trae consigo el CPP de 2004 es que aquella exigencia de prueba en los delitos patrimoniales se relativiza y permite que el bien mueble sea demostrado con distintos medios de prueba, incorporando como única exigencia de que estos sean idóneos. Un medio de prueba será idóneo en la medida que permita demostrar que el objeto existió y que estuvo en la esfera personal de la víctima mucho antes del evento delictivo. Sin embargo, yo agregaría que además de la idoneidad del medio de prueba se requiere la “suficiente”, es decir, la demostración fehaciente de que el bien es lícito, existe una relación jurídica válida y que, además, tiene un valor económico en el mercado. La suficiencia, desde nuestro parecer, es demostrar indubitablemente que el bien costó cierto precio, que lo adquirió lícitamente la víctima y que sobre todo, que se adquirió previo al hecho delictivo.

En el presente caso el imputado fue detenido en flagrancia, pero no se le encuentra en con el objeto del delito, al efectuar el registro personal (fecha) tampoco se le encuentra el referido bien suscrito en la declaración jurada por lo que consideramos que la declaración jurada actuada como prueba no es el medio idóneo para la demostración de la preexistencia, porque el derecho protege bienes adquiridos lícitamente, bien con una declaración jurada se puede dar legitimidad a un bien

adquirido ilícitamente. Por otro lado para poder probar la vinculación ex ante producido el hecho delictivo, esto es a nuestro punto de vista un medio probatorio una factura o una boleta.

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

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

Además de ello, esta exigencia legal se complementa con el hecho de que nadie puede ser autor de un delito patrimonial si previamente no se logra probar que existió un bien objeto del delito, es más, demostrar esta relación víctima-objeto del delito. Sin esta exigencia sería fácil e incluso arbitrario que cualquier persona pueda ser detenida y procesada con la simple versión de una aparente víctima sin que esta al final demuestre que aquel objeto que le fue sustraído fue adquirido lícitamente. Si no se logra probar una procedencia lícita del objeto sustraído o apode

#### **4.3.3 ETAPA DE IMPUGNACIÓN**

La defensa de BENJY CAMILO ORTEGA SERNAQUE, interpone recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, teniendo como petitorio se revoque la misma en sus extremos, 1). Que condene a Benjy Camilo Ortega Sernaque, como autor del delito de robo agravado, donde se condene a doce años de cárcel efectiva; 2) la reparación civil que fija la suma de quinientos soles a favor del agraviado, 4) el pago de las costas, en consecuencia, se

absuelva y se declare su inocencia, considerando la no acreditación objetiva agravio a la libertad personal. De lo que puede concluir que se interpuso en el plazo de ley, además, el abogado recurrente tiene una sola pretensión la absolución de su patrocinado.

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

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

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

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

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

## V. CONCLUSIONES

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

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

# **EXPEDIENTE CIVIL**

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	iv
<b>DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE</b> .....	vi
<b>I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE</b> .....	01
<b>1.1. Etapa Postulatoria</b> .....	01
<b>1.1.1. Formulación de la Demanda</b> .....	01
<b>1.1.2. Admisión de la Demanda y Emplazamiento</b> .....	03
<b>1.1.6. Auto Se Saneamiento</b> .....	04
<b>1.2. Etapa Probatoria</b> .....	05
<b>1.2.1. Auto De Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios</b> .....	05
<b>1.2.2. Audiencia de pruebas</b> .....	06
<b>1.2.3. De los alegatos</b> .....	8
<b>1.2.4. Prueba de oficio</b> .....	8
<b>1.3. Etapa Resolutiva</b> .....	9
<b>1.3.1. La Sentencia de primera instancia</b> .....	9
<b>1.4. Etapa Impugnatoria</b> .....	11
<b>1.4.1. Apelación de Sentencia</b> .....	11
<b>1.4.2. Concesorio del Recurso de Apelación</b> .....	11
<b>1.4.3. Tramite de Recurso de Apelación</b> .....	11
<b>1.4.4. Sentencia de segunda instancia</b> .....	14
<b>1.4.5. Recurso de casación</b> .....	16
<b>II. MARCO TEÓRICO</b> .....	18
<b>2.1. La posesión</b> .....	18
<b>2.1.1. Definición</b> .....	18
<b>2.1.2. Servidor de la posesión</b> .....	19
<b>2.1.3. Adquisición y conservación de la posesión</b> .....	19
<b>2.1.4. Funciones de la posesión</b> .....	19
<b>2.1.5. Estructura de la posesión</b> .....	20
<b>2.1.6. Clases de posesión</b> .....	21
<b>2.1.7. Adquisición conservación y pérdida de la posesión</b> .....	25

2.1.8 La posesión en la legislación peruana.....	28
2.1.9 La posesion como derecho.....	31
<b>III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA.....</b>	<b>33</b>
<b>IV. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>33</b>
4.1. Etapa Postulatoria.....	33
4.2. Calificacion de la demanda.....	46
4.3. Saneamiento del proceso.....	47
4.4. Audiencia de conciliación.....	38
4.7. Sentencia de primera instancia .....	43
4.10. Sentencia de segunda instancia .....	45
4.11. Casacion.....	47
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>48</b>
<b>VI.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>51</b>

## **RESUMEN:**

El expediente judicial civil, tiene como materia “el mejor derecho a la posesión”, acción por la cual la posesionaria inicial solicita la restitución de su bien frente al actual poseedor; demanda que es interpuesta por Rosa Isabel Giraldo Vda de Villanueva , contra la emplazada Guillermina Quijano, respecto al bien inmueble ubicado en el Calle Juan Velásquez Alvarado N° 580, del Distrito de Pativilca, Provincia de Barranca, con un área total de 292.89 m<sup>2</sup> Proceso en el que existen sentencias contradictorias, así se tiene que el *A quo* desestima la demanda, con el fundamento de que los accionantes no acreditaron su derecho de propiedad, mientras que el *Ad gem*, por su parte, es del criterio opuesto. Fundamentos que se analizarán en la secuela respectiva, conforme a los fines del informe que es el de sintetizar y analizar el desarrollo del proceso y así como conocer a profundidad cada una de las etapas, observando la existencia o no de falencias, vacíos, contradicciones y criterios de los magistrados y teniendo en cuenta la normatividad, doctrina y jurisprudencia respectiva.

Asimismo, se analizará el Debido Proceso, concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales.

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

Esperando que el presente trabajo cumpla con los requisitos exigidos y sea de utilidad para el estudio del quehacer jurídico.

**PALABRAS CLAVES:** Posesión, mejor derecho a la posesión, Debido Proceso, Medios Probatorios.

## ABTRACT

The civil judicial file, has as its subject "the best right to possession", action by which the initial owner requests the restitution of his property in front of the current owner; lawsuit filed by Rosa Isabel Giraldo Vda de Villanueva, against Guillermina Quijano, regarding the property located at Juan Velásquez Alvarado Street No. 580, District of Pativilca, Province of Barranca, with a total area of 292.89 m<sup>2</sup>. in which there are contradictory rulings, so the A quo dismisses the claim, on the grounds that the plaintiffs did not accredit their property right, while the Ad qem, for its part, is the opposite criterion. Fundamentals that will be analyzed in the respective sequel, according to the purpose of the report that is to synthesize and analyze the development of the process and as well as to know in depth each of the stages, observing the existence or not of flaws, gaps, contradictions and criteria of the magistrates and taking into account the respective regulations, doctrine and jurisprudence. Likewise, the Due Process will be analyzed, conceived as the fulfillment of all the guarantees, requirements and rules of public order that must be observed in the procedural instances. In accordance with the regulations of the Degrees and Titles, the work has been divided into six parts: Summary of the file, Framework Theory, Jurisprudence, Analysis of the file, Conclusions and Bibliographic References. Waiting for the present work to meet the required requirements and be useful for the study of legal work.

***KEY WORDS: Possession, better right to possession, Due Process, Evidence.***

## **DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE**

**EXPEDIENTE N°** : 5243-2010 -0-0201-JR-CI-01

**DEMANDANTE** : Rosa Isabel Giraldo Vda. de Villanueva

**DEMANDADO** : Guillermina Quijano.

**MATERIA** : Mejor derecho a la posesión

**PROCESO** : Conocimiento

**JUZGADO** : Juzgado Civil de Barranca.

## **I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE**

### **1.1 . ETAPA POSTULATORIA**

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

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

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

##### **A.1. Pretensión Principal.**

Se demanda Mejor Derecho a la Posesión, a fin de que se declare el Mejor Derecho a la Posesión del inmueble sito en Calle Juan Velásquez Alvarado N° 580, del Distrito de Pativilca, Provincia de Barranca, de una extensión de 292 m2; más las costas y costos que se regulen a consecuencia del presente proceso judicial.

##### **A.2. Pretensión Accesorio.**

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

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

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

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

En cuanto a sus fundamentos facticos, tenemos los siguientes:

- La demandante señala que ha sido poseedora del inmueble sito en Calle Juan Velásquez Alvarado N° 580, del Distrito de Pativilca, Provincia de Barranca, de una extensión de 292.89 m2.
- Que, por razones de salud, la recurrente, tuvo que irse a radicar a Lima, razón por la cual ha inicios del año 2002, accedió a que la demandada

ocupara el inmueble, pero comprometiéndose a su devolución al solo requerimiento de la recurrente.

- Que, así, ocurre que, en el mes de mayo de 2010, la recurrente solicitó a la demandada que procediera a desocupar el predio, a lo que la demandada se negó. No obstante, a ello, la demandante y la demandada por ante el juez de paz de primera nominación de Pativilca, arribaron a una conciliación mediante la cual la demandada reconoce el derecho de propiedad de la demandante sobre el predio y se comprometió a desocupar el mismo el 30 de julio de 2010.
- Que, en este caso conforme es de verse de autos, la demandada, entro en posesión del predio sub Litis, por intermedio de la recurrente y se encontraba en situación de dependencia, habida cuenta que existía un compromiso de desocupar el predio al solo requerimiento, situación ante la cual su despacho debe reconocer mi mejor derecho a la posesión y ordenar que la demandada restituya el predio.
- En cuanto a la fundamentación jurídica, sustenta su pretensión en lo dispuesto por los artículos 890°, 897°, 898°, 899° y 905° del Código Civil.

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

Como medios probatorios de la demanda se ofrece lo siguiente:

- Copia Certificada de Acta de Conciliación de fecha 4 de junio del 2010.
- Copia Fedateada de Certificado de Posesión expedido por la Municipalidad Distrital de Pativilca.
- Copia de Recibo de Pago de Autoevaluó del predio sub Litis.
- Copia de Recibo de Pago de Agua del predio sub Litis.
- Copia de Plano de Ubicación y Memoria Descriptiva del predio sub Litis.
- El mérito de las Declaraciones Juradas de los siguientes testigos: Rosario Guadalupe Noel Tapia, Macario Capa Espinoza, Lucila Giraldo de Caballero, Estela Cerna Prudencio, Abel Eduardo Meléndez Cerna.

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

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

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

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

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

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

Subsanadas las omisiones advertidas, la demanda fue admitida mediante Resolución N° 03 de fecha 21 de marzo del 2011, resolviéndose: Admitir a trámite la demanda instaurada por Giraldo Vda De Villanueva, Rosa Isabel, contra Quijano Guillermina, sobre Mejor Derecho a la Posesión y en forma acumulativa originaria la Restitución del inmueble, debiendo sustanciarse en la vía procedimental que corresponde al Proceso de Conocimiento, en consecuencia: córrase traslado a la demandada a efectos de que dentro del plazo de 30 días cumpla con contestar la demanda, bajo apercibimiento de seguirse el proceso en su rebeldía; teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se precisan, reservándose su admisión en la audiencia respectiva, agregándose a los autos los anexos que se adjuntan.

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

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

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

Sin embargo, mediante escrito de fecha 02 de setiembre de 2011, la demandada se apersona al proceso, solicitando se le notifique de la demanda y anexos, sustentado su pedido en que no había sido notificada debidamente, ya que otra persona recepcionó las notificaciones, y no se registra nombre completos, ni la identificación y no existe la publicación y ubicación del aviso judicial en la dirección domiciliaria. Asimismo, al amparo del artículo 171 y 176 del Código adjetivo, solicito la Nulidad del Acto Procesal de la Notificación de fecha 14 de abril de 2011, al no haber sido notificada debidamente.

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

## **1.2. ETAPA PROBATORIA.**

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

Con fecha 05 de junio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, luego del llamado de ley, se dejó constancia de la incomparecencia de la demandada Guillermina Quijano. Luego, se pasó a la etapa procesal de conciliación; sin embargo, en este estado el señor juez se vio imposibilitado

de propiciar fórmula conciliatoria debido a la incomparecencia de la demandada y a la naturaleza de la acción.

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

*- Determinar si a la demandante GIRALDO VDA DE VILLANUEVA, ROSA le asiste un mejor derecho a la posesión de propiedad y la restitución del inmueble en relación a la demandada QUIJANO GUILLERMINA, respecto al inmueble ubicado en el Juan Velasco N° 580 el Porvenir Pativilca, Provincia de Barranca, Departamento de Lima, de una extensión de 292.M2.*

Luego de ello, se procedió a la etapa de Admisión de los Medios Probatorios ofrecidos por las partes:

A) De la Demandante:

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

B) De la demandada:

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

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

### 1.2.2. DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

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

Sin embargo, de manera preliminar el Juzgado en ejercicio de sus atribuciones, de oficio y a petición de parte, corrigió algunos errores advertidos en el decurso procesal, emitiendo diversas resoluciones en la audiencia. Así, mediante Resolución N° 08, resolvió: 01) Corregir el error material contenido en la fijación de puntos controvertidos que dice: “Determinar si a la demandante GIRALDO VDA DE VILLANUEVA, ROSA le asiste **un mejor derecho a la posesión de propiedad** y la restitución del inmueble en relación a la demandada QUIJANO GUILLERMINA, respecto al inmueble ubicado en Juan Velasco N° 580 el Porvenir Pativilca, Provincia de Barranca, Departamento de Lima, de una extensión de 292.M2”, **debiendo decir: “Determinar si a la demandante GIRALDO VDA DE VILLANUEVA, ROSA le asiste un mejor derecho a la posesión** y la restitución del inmueble en relación a la demandada QUIJANO GUILLERMINA, respecto al inmueble ubicado en el Juan Velasco N° 580 el Porvenir Pativilca, Provincia de Barranca, Departamento de Lima, de una extensión de 292.M2”. 02) Corregir el error material del acta de audiencia de conciliación obrante a fojas 90-91, que dice: “05 de junio de 2011” debiendo decir: “05 de setiembre de 2011”

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

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

#### A) De la Demandante:

- Documentos: Se dispuso téngase presente los medios Probatorios ofrecidos en los ítems uno al cinco de autos.

- Declaración Testimonial: Se dispuso, actúese la declaración de los testigos Rosario Guadalupe Noel Tapia, Macario Capa Espinoza, Lucila Giraldo de Caballero, Estela Cerna Prudencio y Abel Eduardo Meléndez Cerna.

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

B) De la demandada:

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

Con lo que concluyo la presente audiencia.

### **1.2.3 DE LOS ALEGATOS.**

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

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

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

### **1.2.4. DE LA PRUEBA DE OFICIO.**

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

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

### **1.3. ETAPA RESOLUTIVA:**

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

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

En atención a las siguientes principales consideraciones:

- En cuanto a la Posesión de la demandante, el juzgador, señala que según el Certificado de Posesión de fecha 21 de noviembre de 2001, expedido por la Municipalidad Distrital de Pativilca, la demandante estuvo conduciéndose como poseionaria del inmueble ubicado en la Av. Juan Velasco, Mz. 15 Lt. 06 PP. J.J El Porvenir, Distrito de Pativilca, Provincia de Barranca, Departamento de Lima; asimismo, se aprecia que hizo sus declaraciones juradas de autoavalúo desde el año 2001 al 2010 pagando sus impuestos prediales, como el servicio de agua conforme se aprecia en los recibos del mes de abril y mayo 2010.

- En cuanto a la Posesión de la demandada, el juzgador, señala que la parte demandada no ha acreditado que su permanencia en el inmueble haya sido como poseedora a título exclusivo, puesto que, no exterioriza comportamientos propios que conduzcan a establecer que conducía su posesión a nombre propio, muy por el contrario, los impuestos prediales han sido pagados a nombre de la demandante, tanto es, así que el servicio de agua en los meses de abril y mayo 2010 continuaba a nombre de la actora. Asimismo, se desprende del acta de audiencia de conciliación efectuada ante el Juez de Paz del Porvenir Pativilca, que la demandada se comprometió a desocupar la vivienda el 30 de julio de 2010, precisándose que si bien en el acta el juez consigna “el presente año” ambas partes reconocen que comparecieron ante dicha autoridad el año 2010. Así también, los testigos doña Lucila Emilia Giraldo Vda De Caballero, Estefa Cerna Prudencio y don Abel Eduardo Melendez Cerna declararon que la actora era poseedora aproximadamente desde 1978 ó1970.

- Por lo expuesto, resultaría cierto que la demandada ingresó al inmueble con la condición de entregarla a sólo requerimiento de la demandante, hecho que la convierte en poseedora inmediata, dado que reconocía a una titular superior de la posesión que venía a ser poseedora mediata (demandante); en consecuencia, se concluye que la demandante tiene mejor derecho a la posesión por ser poseedora mediata. Refuerza lo anterior, **la presunción legal relativa de verdad por la declaración de rebeldía**, dando por cierto que la demandada al momento de ingresar al predio se comprometió a desocupar sólo a requerimiento de la actora, es decir, subordinada a la decisión de ésta. Como consecuencia de ello, la demandada está obligada a restituir la posesión a la actora el bien inmueble, dado que, la demandada no tiene título posesorio a plazo indefinido sino que estuvo supeditada a la decisión de la actora.

## **1.4. ETAPA IMPUGNATORIA**

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

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

- Que el A Quo erróneamente ha sostenido que el hecho que la demandante haya pagado los impuestos prediales, así como el servicio de agua, le otorgan título de poseedora, cuando el pago de los impuestos solo basta una declaración jurada del declarante sin que haga falta la constatación por parte de la municipalidad, sobre la titularidad como propietario o poseedor del inmueble.
- Que, de las declaraciones testimoniales actuadas, ninguna de ellas es colindantes con el bien sub Litis, por lo que sus testimonios no guardan verosimilitud, y solo son vagas al mencionar que la demandante era poseedora aproximadamente desde 1970 o 1978, lo que evidencia que los testimonios son imprecisos. Asimismo, de manera errónea se sustenta en que el Acta de Audiencia de Conciliación la demandada se comprometió a desocupar el bien, pero debe advertirse que la demandada nunca llegó a un acuerdo conciliatorio respecto a retirarse o entregar la posesión o reconocer una supuesta posesión inmediata.
- Que, la demandante en ninguna parte del proceso ha demostrado que e hizo entrega del inmueble a la demandada, y tampoco ha demostrado que hayan convenido que a su solo requerimiento es suficiente para que la demandada entregue la posesión, ni mucho menos ha demostrado que a la demandante le corresponde el derecho a poseer.
- Asimismo, es de señalar que el Recurso de Apelación estuvo acompañado de los aranceles judiciales correspondientes, así también se cumplió con señalar la naturaleza del agravio.

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

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

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

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

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

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

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

En atención a ello, Mediante Resolución N° 16 de fecha 24 de abril del 2013, la Sala Civil, resolvió: Declarar Nula la Resolución N° 15, tener por apersonada a

esa parte procesal, y se señaló fecha para la vista de la causa para el 19 de junio de 2013 a horas 9:00 am.

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

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

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

Siendo las principales consideraciones, las siguientes:

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

temporal a la demandada en el año dos mil y la actora en su demanda señala que dicha cesión temporal ocurrió en el año dos mil dos, lo que resulta contradictorio, y los tres testigos no están en posibilidad de descartar que la actora haya transferido el inmueble a la demandada, de modo que dichos testimonios no pueden causar certeza respecto a la existencia de una cesión temporal y con la obligación de devolución del inmueble, pues para ello tendrían que haber estado presentes en el momento en que la demandante y la demandada acordaron la cesión temporal y la posterior devolución del bien, lo que no está determinado, pues ni la propia demandante ha señalado la fecha exacta en que se produjo dicho acuerdo y la entrega del inmueble.

- En cuanto al Acta de Conciliación, de su contenido literal no se aprecia que la demandada haya reconocido que la demandante es la propietaria del inmueble materia de la litis, pues no se aprecia que las partes hayan llegado a algún acuerdo conciliatorio, no existe en dicha acta conciliatoria un reconocimiento expreso de la demandada en que reconoce que la demandante sea la propietaria o poseedora mediata del bien materia de la litis. En todo caso, si la demandante considera que ya hubo un reconocimiento de su mejor derecho de posesión respecto del inmueble materia de la litis en mérito a dicha acta conciliatoria, ya no correspondería ejercitar la presente acción, sino que debería solicitar la ejecución del acta conciliatoria.
- En el orden de ideas expuestos anteriormente, en la medida que no se ha podido probar de modo indubitable las afirmaciones de la demandante, la demanda resulta infundada con arreglo a lo previsto en el artículo 200 del Código Procesal Civil, debiendo revocarse la apelada, y en la medida que la demandante tuvo razones para litigar, debe exonerársele del pago de costas y costos.

#### **1.4.4. DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

La sentencia que se emitió en segunda instancia, al ser una que resolvió Revocar la Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2010, que declara fundada la demanda; y Reformándola declaró Infundada la demanda, fue impugnada por la demandante. Así, dentro del plazo de ley, mediante escrito de fecha 06 de agosto

del 2013, la demandante interpuso Recurso de Casación contra la Resolución de Vista N° 18 de fecha 25 de junio de 2013, ante la Sala Civil de Huaura, sustentado en la causal de infracción normativa por inaplicación del artículo 461 y el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil; solicitando la Revocatoria de la impugnada y reformándola se declare fundada la demanda, en atención a los siguientes fundamentos impugnatorios:

- En cuanto a la infracción del artículo 461 del Código Procesal Civil, señala la impugnante que este ha sido inaplicado, ya que la sala civil con un razonamiento sesgado ha desconocido la presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, la misma que ha operado al haber sido declarada rebelde la demandada mediante Resolución N° 05.
- Asimismo, de manera errónea se ha concluido que no existe medio probatorio sobre la posesión de la demandante, ya que no existiría título por el cual se otorgó la posesión inmediata a la demanda, lo cual resulta erróneo, pues si existe medio probatorio en ese sentido, si existe título, el cual no necesariamente debe constar en documento, por cuanto este (el título) únicamente constituye la causa u origen del derecho, el cual en este proceso ha sido demostrado con las declaraciones de los testigos.
- Así también, la Sala Civil, de manera errónea se permite hacer valoraciones de las testimoniales, negándoles veracidad, sin tener en cuenta que si bien existe una diferencia entre las fechas señaladas, las declaraciones tienen como finalidad acreditar la entrega de la posesión y la obligación de devolver la posesión al requerimiento de la actora, lo cual demostraría el mejor derecho de posesión; más aún si no ha sido fijado como punto controvertido, determinar la fecha exacta en la cual se efectuó la entrega de la posesión con la obligación de devolver, sino únicamente si efectivamente se entregó la posesión temporalmente con la obligación de devolver al solo requerimiento de su otorgante; lo que constituiría una infracción al artículo 197 del Código Procesal Civil.
- De ello tenemos que tanto el acta de conciliación, la declaración de los testigos, los recibos de pago de servicios y el impuesto predial, refuerzan la presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda, que

ha operado al haber sido declarada rebelde la demandada, y sobre el cual, la sala civil no ha emitido pronunciamiento alguno sobre los efectos de la rebeldía.

- En consecuencia, resulta evidente que desconociéndose indebidamente la presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda (artículo 461 del CPC), desconociéndose el carácter probatorio de las testimoniales, se ha infringido disposiciones legales de imperativo cumplimiento, cuanto más si a partir de dicho desconocimiento es que se ha construido indebidamente las razones para declarar infundada la demanda, es por ello que la infracción normativa tiene incidencia directa sobre la decisión.

-

#### **1.4.5. DE LA REMISION DE LOS AUTOS A LA CORTE SUPREMA**

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

#### **1.4.6. CALIFICACION DEL RECURSO DE CASACION**

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

En atención a las siguientes consideraciones:

- Que, el Recurso de Casación, en primer lugar, no cumple con el numeral 2) del artículo 388 del Código Procesal Civil, esto es, no describe con claridad y precisión en qué consistiría la referida infracción normativa.
- Que, el Recurso de Casación, en segundo lugar, no cumple con el numeral 2) del artículo 388 del Código Procesal Civil, esto es, esta causal exige que la infracción normativa incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, pues se advierte que el recurso solo tiene una mera

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

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

## II MARCO TEORICO

### 2.1 LA POSESIÓN

#### 2.1.1. DEFINICION:

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

Posesión<sup>9</sup>, en su primer entendimiento significa acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro<sup>10</sup>; por tal razón, poseer es tener una cosa en su poder, para usarla, gozarla y aprovecharla.

Art.896 CC<sup>11</sup>, La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

En el ordenamiento jurídico nacional se entiende por posesión la situación fáctica de tenencia de una cosa o disfrute de la misma por una persona con la intención de haber la cosa como propia. La posesión también se ejerce sobre un derecho cuando se disfruta del mismo.

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

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

Las dos teorías más importantes son Savigny e Ihering. Para entender el concepto de posesión hay que partir de la base de que todo ordenamiento jurídico tiene que reprimir ciertos actos que perturben la disponibilidad de hecho de una cosa. En Roma la tutela de esa disponibilidad se realizaba mediante interdictos. Éstos sólo miraban a la situación de hecho por esta se conoce como possessio que el poder físico sobre una cosa.

---

9 La palabra posesión aparece asociada con la idea de pertenencia, dueño, amo, dueño y señor de algo.

10 Es el pensamiento de Ihering y Savigny en sus obras "La posesión". Donde se pone de relieve el corpus y el animus como elementos fundamentales de la posesión, doctrina que sigue vigente hasta nuestros días.

11 Código Civil Peruano de 1984, libro Derechos Reales pag. 227.

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

### **2.1.2. SERVIDOR DE LA POSESIÓN**

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

#### **Coposición:**

Es la concurrencia de más de una persona sobre el mismo bien. Se da en la medida en que se produzcan objetivamente conductas posesorias concurrentes. Es el caso de las personas que habitan un mismo inmueble o usan un mismo vehículo.

No es necesario que los comportamientos posesorios sean los mismos.

Por ejemplo:

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

### **2.1.3. ADQUISICIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN:**

Adquisición originaria de la posesión:

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

### **2.1.4. FUNCIONES DE LA POSESIÓN**

En cuanto a las funciones de la posesión, es posible señalar tres:

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

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

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

#### **2.1.5. ESTRUCTURA DE LA POSESIÓN:**

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

##### **2.1.5.1. SUJETO:**

La posesión como derecho, la puede adquirir cualquier persona física o jurídica ya que el poseer un derecho es poseer un poder jurídico, y para tenerlo es suficiente con tener capacidad jurídica para ello.

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

### **2.1.5.2. OBJETO:**

El objeto de la posesión está contemplado en el art. 437 del C.c. que dispone que: “sólo pueden ser objeto de posesión las cosas... que sean susceptibles de apropiación”.

No se pueden poseer aquellas cosas que no puedan ser objeto de dominación jurídica por los particulares: quedan excluidas las cosas públicas o sagradas, y las cosas que no tengan individualidad (que formen parte de un conjunto).

### **2.1.6. CLASES DE LA POSESIÓN**

Siguiendo con la sistemática del código, corresponde estudiar las clases de posesiones y sus efectos que conllevan. El código actual destaca criterios de la buena y mala fe, la posesión mediata e inmediata y la posesión legítima y la posesión ilegítima.

#### **2.1.6.1 POSESIÓN INMEDIATA Y POSESIÓN MEDIATA**

En esta clase hay una relación jurídica entre poseedor inmediato y poseedor mediato<sup>12</sup>

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

---

<sup>12</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. (2005) "Tratado de Derechos Reales". Tomo II. Jurista Editores. 1ra Edición, Lima.

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

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

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

#### **2.1.6.2. POSESIÓN LEGÍTIMA Y POSESIÓN ILEGÍTIMA**

La posesión es legítima cuando existe correspondencia neta entre el poder ejercido y el derecho alegado es decir es aquella fundada en derecho, será ilegítima cuando se rompe dicha correspondencia, el poder de hecho se ejerce independientemente. Procede de la ley con abstracción del título. La faille dice “que la posesión es legítima cuando el ejercicio de un derecho real sea de acuerdo a las disposiciones del código civil y será ilegítima cuando se tenga sin título o por un título nulo o fuere adquirido por un modo insuficiente para adquirir los derechos reales o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

Es posesión legítima en cuanto no se declare la nulidad del título que la produce si se ha adquirido el bien de quien no es su dueño.

Respecto a la posesión legítima gran parte de la doctrina manifiesta la poca utilidad práctica, por que las que resultan respecto de la posesión legítima serán las que correspondan al derecho real al que se trate<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Mariani de Vidal, en: Derechos Reales Gunther Gonzales B, pag. 312.

La posesión ilegítima es aquella que se tiene sin título, por título nulo o cuando fue otorgado por un sujeto que no tenía derechos sobre el bien o no lo tenía para transmitirlo, en consecuencia, será considerado poseedor ilegítimo<sup>14</sup>:

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

### **2.1.6.3. POSESIÓN DE BUENA FE**

Llamada en roma “BONA FIDES”. Integra un concepto moral de honradez y lealtad en los actos jurídicos y en la vida en general, la buena fe se traduce en la creencia de quien transmite puede hacerlo, también está integrada por la ausencia de dolo o engaño al contratar o establecer el vínculo obligatorio. El poseedor de la buena fe es aquel que posee porque cree que es titular del derecho como ejerce, ignorando todo acto revocatorio sobre su título.

Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz, de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor

La buena fe, en la posesión, aparece así definida de dos maneras: Cuando se trata de la posesión en general, se define como un estado de ignorancia y lo que se ignora es la existencia de un vicio en el título o modo de adquirir de quien, a consecuencia de tal efecto queda en condición de poseedor. El poseedor cree que no lesiona un derecho ajeno siempre que esa creencia no se funde en negligencia grave o desconocimiento inexcusable.

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

---

<sup>14</sup> Mariani de Vidal, en: Derechos Reales Gunther Gonzales B, pag. 313.

**Elementos de la posesión de la buena fe:** Dos son los elementos de la posesión de buena fe:

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

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

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

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

Ahora bien el Art. 201 del código establece que el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por otras partes, es decir como afirma Vidal Ramírez...” no se protege el errante en cuento se haya equiparado, sino en cuento su error haya sido advertido o haya podido serlo por la otra parte”.

#### **2.1.6.4. POSESIÓN DE MALA FE**

Existe cuando el poseedor consciente de que su posesión es ilegítima, como también cuando el poseedor, no conociendo que su posesión es ilegítima pero procediera con negligencia culpable. Posee de mala fe el poseedor que cree o sabe que su posesión es injusta.

La buena o mala fe puede cambiar durante la posesión, esto es posible, pero para que jurídicamente eso tenga un valor, tienen que darse actos que patenten ese cambio de fe. Interesa analizar la fe de una persona para ver los efectos de esa posesión, los plazos para usucapir, etc.

En relación a los frutos. El poseedor de mala fe está obligado a rembolsar aquellos que hubiere percibido y en caso de que ellos no existan. Debe pagar su valor estimado al tiempo en que los percibió debió percibir.

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

#### **2.1.6.5. LA POSESIÓN PRECARIA**

Se expresa en el derecho moderno como una modalidad del comodato. La posesión es en sí una institución que tiene carácter precario, pues es vencida por otros derechos reales; se puede ver desde dos puntos de vista: <sup>15</sup>

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

---

<sup>15</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). "Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)". Tercera Edición. Jurista Editores. Lima.

En el derecho peruano del código civil, de 1852 en su art.1834 ya había asimilado al precario como una modalidad de comodato. A sus ves el código del 36 en su art. 1594 establecía que cuando no se ha determinado el objeto de uso ni su duración ni aquel resulte determinado por la costumbre, puede el comodato, a su arbitrio, pedir se le devuelva la cosa prestada.

#### **2.1.6.6. LA POSESIÓN CIVILÍSIMA**

La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde la muerte del causante, en el caso de que llegue a asirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.<sup>16</sup>

### **2.1.7. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN, PÉRDIDA Y PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN**

#### **2.1.7.1. ADQUISICIÓN**

Se produce la adquisición de la posesión, de una cosa, desde el momento en que se presenta el corpus y el animus possidendi. Juntos estos elementos, determinan el nacimiento de la posesión<sup>17</sup>.

En las fuentes existen distintos casos donde se observan esa situación y son casos denominados:

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

---

<sup>16</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. (2005)"Tratado de Derechos Reales". Tomo II. Jurista Editores. 1ra Edición, Lima.

<sup>17</sup> BORDA. Guillermo A. "Manual de Derecho Civil Parte General". Decimoctava Edición Actualizada. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1996– Argentina, p. 28

d) *Traditio longa manu*. Se produce la entrega de la posesión con el simple señalamiento a distancia.

e) *Traditio constitutum possessorium*. Cuando una persona que posee en nombre propio pasa a poseer en nombre ajeno.

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

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

#### **2.1.7.2. CONSERVACIÓN**

La posesión se conserva mediante el ánimo propio y la tenencia propia o ajena. En general se considera que no es necesaria una actuación inmediata y constante. Esto se ve en el hecho de que se mantiene la posesión sólo con el ánimo en el caso de los fundos que quedan aparte del ánimo. Se puede adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno cuando esté vacante por abandono, por muerte sin sucesor o por larga ausencia de su dueño. En el derecho justiniano se conserva la posesión en el caso del ausente sólo con el ánimo. La posesión se conserva con ánimo propia y tenencia ajena cuando alguien detenta una cosa en nuestro nombre.

#### **2.1.7.3. PÉRDIDA**

**Para la doctrina se han discutido las siguientes formas de pérdida de la posesión<sup>18</sup>.**

---

<sup>18</sup> BORDA. Guillermo A. "Manual de Derecho Civil Parte General". Decimoctava Edición Actualizada. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1996– Argentina, p. 7

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

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

#### **2.1.7.4. PROTECCIÓN**

Desde tiempos muy remotos y en los más diversos lugares, el Derecho ha protegido y protege la posesión independientemente de que corresponda o no corresponda al titular del derecho e incluso contra este titular<sup>19</sup>. Este hecho al parecer tan ilógico, pero al mismo tiempo tan universal, ha preocupado a los juristas quienes han elaborado numerosas teorías para explicar el fundamento de la protección de la posesión.

#### **2.1.8. LA POSESIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

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

---

<sup>19</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. (2005)"Tratado de Derechos Reales". Tomo II. Jurista Editores. 1ra Edición, Lima.

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

En la historia de la investigación sobre la posesión, siempre se ha tenido claro que descubrir los alcances de esta institución no tiene sino un carácter instrumental. Conocer cuando estamos en presencia de una situación posesoria sólo tiene sentido porque de ese modo podremos saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal a previsto para dicha situación. Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, las mejoras y la defensa interdictal, son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de saber que elementos se deben considerar para calificar una situación como posesoria<sup>20</sup>. En esta aventura académica no podemos perder de vista que en definitiva lo que se pretende con la posesión es dar una respuesta adecuada a una necesidad social concreta.

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

#### **2.1.8.1. LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO DE 1984**

La razón por la que nos hemos referido con cierto detalle a la discusión doctrinaria entre Savigny e Ihering, es que de esta discusión nace el esquema de posesión por el que ha optado nuestro Código Civil vigente, compartiendo la opinión del legislador del Código de 1936, quien también recogió esta tesis.

El artículo 896 establece que: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Por su parte el artículo

---

<sup>20</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). "Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)". Tercera Edición. Jurista Editores. Lima. Pag 253.

923 del mismo código dice que los atributos del derecho de propiedad son: usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien. Si queremos comprender adecuadamente los alcances que entre nosotros tiene la posesión, debemos tener cuidado al interpretar las normas antes referidas.

Para calificar una situación como posesoria no basta verificar si en determinado caso el sujeto está ejerciendo alguno de los atributos de la propiedad, pues el ejercicio de éstos, entendidos con simpleza e ignorando el fundamento de la fórmula que ha recogido el Código, puede llevarnos a errores graves. Basta con resumir que nuestra norma quiere decir, al menos así se ha entendido razonablemente, que será poseedor aquel que se comporte respecto del bien como lo haría normalmente un propietario o una persona con derecho sobre el bien<sup>21</sup> Para culminar esta parte debemos advertir que para nuestro país el tema de la posesión, tiene singular importancia, pues la propiedad en el Perú, como titularidad protegida por el ordenamiento jurídico, está afectada por una serie de distorsiones que la convierten en un derecho difícil acceso efectivo para un sector importante de la población.

#### **2.1.8.1. ESPECIES POSESORIA EN EL CÓDIGO VIGENTE.**

Divisamos las siguientes clases de posesión:

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

---

<sup>21</sup> Idem. Pag 254.

### 2.1.9. LA POSESIÓN COMO DERECHO

La posesión como exclusivo poder de hecho (o control autónomo) que tiene el sujeto sobre un bien, no requiere contar con algún derecho que lo sustente, pero ello no impide que produzca importantes consecuencias jurídicas.

Las grandes posturas doctrinarias que han debatido la naturaleza jurídica de la posesión son: SAVIGNY, que consideraba que la posesión es un “*hecho*” por cuanto se basa en circunstancias puramente materiales, aunque su carácter productor de consecuencias jurídicas le hace ser un “*hecho jurídico*” el cual se protege sin consideración a que exista un derecho subjetivo, en cambio IHERING sostuvo que era un derecho, partiendo de la idea de este es un interés jurídicamente protegido, en consecuencia la posesión sería un derecho por que reúne las características de este (señorío de la voluntad reconocido por la ley o por un interés protegido por ella), constituyendo una relación tutelada por el ordenamiento jurídico incluso en contra del propietario del bien<sup>22</sup>

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

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

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

Sólo de los 27 artículos con los que cuenta el Título I (la posesión) de la Sección Tercera del Libro de Derechos Reales Principales del Código Civil, se desprenden una serie de consecuencias importantes que afectan a quien sea calificado como poseedor de un bien.

---

<sup>22</sup> Díez Piacazo tomo III pag 555, en derechos Reales Ghunter g Barron pag,267.

Ahora bien, este derecho con toda su importancia tiene características particulares que deben ser consideradas en todo momento de su estudio. Las características generales no admiten mayor cuestionamiento; se trata de un derecho real, es un derecho autónomo, tiene carácter patrimonial, recae sobre bienes. Sin embargo, como señala Puig Brutau<sup>23</sup>: La discusión de si la posesión es un hecho o un derecho debe quedar superada. Es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión.

---

<sup>23</sup> PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Volumen I". Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 1994, págs. 6 y 7.

### III JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

1. En los procesos sobre mejor derecho a la posesión resulta necesario evaluar los títulos de los que nace el derecho de posesión a fin de determinar la existencia de un derecho preferente y oponible. CASACIÓN 2566-2015 UCAYALI
2. El mejor derecho a la posesión es en doctrina la recuperación de lo propio, luego el despojo o de la indebida posesión o tendencia por quien carecía de derecho de propiedad sobre la cosa (...), (Casación N° 655-2005- Lima, de 18-11-2005, f.j. 6 Sala Civil Permanente).
3. Concepto de acción reivindicatoria. [La] acción reivindicatoria es la que tiene el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario; [...] en consecuencia, un extremo de la acción exige la probanza plena del derecho de propiedad de la cosa reclamada, y el otro que quien posee lo haga sin título alguno, [...] el propietario tiene derecho a poseer y este derecho que es exclusivo y excluyente, constituye el sustento real de la acción real reivindicatoria [...]. (Exp. N°1322-90-Lima, de 17-06-1992.Sala Civil.)
4. Derecho de reivindicar el bien o iusvindicandi. Cuarto. [...] [El] derecho de reivindicar el bien o iusvindicandi es el conferido al propietario quien recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno a derecho (verbigracia: recuperación de un bien o reconocimiento de derecho de propiedad). (Casación N° 874-2006-Lima, de 02-10-2006, f.j. 4. Sala Civil Transitoria)
5. Para vencer en la acción reivindicatoria, el demandante debe probar su derecho de propiedad. Sexto. [Se] sostiene que el derecho de propiedad, como cualquier otro derecho, está protegido por una acción judicial, que le permite al propietario hacer que se le reconozca y sancionar su derecho. La acción que sanciona el derecho de propiedad es la acción reivindicatoria (del latín reivindicatio, reclamación de la cosa). Para vencer en la acción reivindicatoria, el demandante debe probar su derecho de propiedad [Mazeaud]. Al respecto, el artículo 927° del Código Civil, al tiempo que fija una clara excepción a lo regulado en el artículo 2001° del mismo texto legal, establece que la acción reivindicatoria es imprescriptible (Casación N°12112006.Ica, de 14-11-2006,f.j.6.Sala Civil Permanente).

## IV ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

### 4.1 ETAPA POSTULATORIA.

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

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

- i) En cuanto al petitorio, se advierte que ha sido deficientemente estructurado, esto es, no se ha separado debidamente la pretensión principal y la pretensión accesoria. Sumado a ello, no existe una plena identificación de la demandada, ni su dirección domiciliaria, y tampoco una precisión del área del inmueble (292 m<sup>2</sup>) que difiere de lo señalado en los fundamentos facticos (292.89 m<sup>2</sup>).
- ii) En cuanto a la fundamentación fáctica, se advierte deficiencias en la construcción de los hechos constitutivos esenciales y secundarios, ya que de la narración fáctica no se advierte la relación hecho – prueba, indispensable para conectar el tema probandum y el tema decidendum.
- iii) En cuanto a la fundamentación jurídica, se advierte por un lado, que solo se ha enumerado y transcrito literalmente los dispositivos normativos en los que sustentan la demanda, y no se ha tenido en cuenta que la sola exposición de las normas que sustentan la pretensión no es suficiente pues la fundamentación jurídica debe contener una explicación sucinta, razonada de su aplicación al caso submateria para efectos de establecerse de qué manera

las situaciones fácticas expuestas, encuentran correlato en los presupuestos contenidos en las normas respectivas. De ello, tenemos que la fundamentación jurídica no es tan solo la remisión o explicación de los dispositivos normativos, sino que implica fundamentar y sustentar jurídicamente con fuentes jurisprudenciales, principios del derecho y estudios doctrinarios. Por otro lado se advierte, que de manera poco diligente se han señalado normas (artículo 898 y 899 del Código Civil) que no solo no resultan aplicables al caso en concreto, sino que contradicen los hechos expuestos.

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

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

- Los medios probatorios ofrecidos del numeral 1) al 6), no se expresa la finalidad que busca acreditar dichos medios probatorios, esto es, no señala que hechos esenciales o secundarios busca acreditar.

- Así También, en cuanto a los medios probatorios ofrecidos del numeral 2) al 5), son documentos que al parecer se refieren a un inmueble distinto al bien sub Litis, lo que bien pudo ser cuestionado mediante las cuestiones probatorias, por tener la calidad de impertinentes.

- Asimismo, de manera ambigua ofrece declaraciones juradas de testigos, no precisando si está ofreciendo solo las declaraciones juradas como prueba documental o si ofrece a los testigos como prueba testimonial.

Finalmente es de señalar que si bien, se expresa que la demandante ostenta la posesión del bien y que la demandada tendría solo la calidad de servidora de la posesión, se advierte que existen deficiencias en la construcción de los hechos constitutivos esenciales y secundarios, ya que de la narración fáctica

no se advierte la relación hecho – prueba, que darían más solidez a los argumentos.

#### **4.2. DE LA CALIFICACION DE LA DEMANDA.**

Que de la calificación liminar de la demanda, tenemos que si bien mediante Resolución N° 01 se observó vicios de inamisibilidad, como son, por un lado, que la demandante solo ha impreso su huella dactilar en la demanda, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 131° del Código Procesal Civil, deberá certificar su huella ante el secretario judicial; asimismo, por otro lado, se observó que no se precisó si está ofreciendo las declaraciones testimoniales o sólo una de carácter documental, por lo que, si fuese el primero, debería adjuntar los pliegos interrogatorios correspondientes y señalar el(los) punto(s) controvertido(s) sobre el cual declararán los mismos. De ello último, consideramos que dicha observación era innecesaria, ya que si bien, en nuestro diseño procesal de gran inclinación publicista, el juez es el director del proceso, resulta una intromisión en la actividad de la partes (carga de alegación, producción y prueba), el exigir se precise los medios probatorios ofrecidos, cuando del numeral 6) se advierte que estos fueron ofrecidos como declaraciones juradas y por su naturaleza constituirían solo prueba documental.

Así también, en el presente caso es de observar que mediante Resolución N° 02 de fecha 07 de enero del 2011, si bien se advirtió otra omisión, esto es, que los datos personales de la demandada son incompletos; consideramos que no hubo una debida diligencia en la calificación, en razón de que esa omisión de los datos personales, pudo ser advertida en la primera calificación de la demanda, y no afectar la tutela procesal efectiva de la demandante y el principio de concentración, por sucesivas observaciones.

Que, luego de subsanadas las observaciones, se realizó positivamente la calificación liminar de la demanda, y en el presente caso en concreto se han cumplido con los requisitos formales que establecen los artículos 130°, 424° y 425° del CPC, y no se encuentren afectadas de las causales de inadmisibilidad e

improcedencia a que se refieren los artículos 426° y 427° del CPC; y en consecuencia se ha resuelto admitir la demanda, correr traslado a los demandados.

#### **4.3.- SOBRE EL SANEAMIENTO DEL PROCESO.**

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

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

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

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

#### **4.4. DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.**

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

Así, en el presente caso, resulto correcta la actuación del juzgador, quien decidió que en atención a la incomparecencia de la demandada y a la naturaleza de la acción, resultaba imposible propiciar fórmula conciliatoria. Pero, es de señalar que de manera errónea se consignó como fecha de la audiencia el día 05 de junio de 2011, cuando de la Resolución N° 11 se señaló como fecha de la audiencia el 05 de setiembre de 2012. Situación que tuvo que ser corregida en la audiencia de pruebas.

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

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

*Determinar si a la demandante GIRALDO VDA DE VILLANUEVA, ROSA le asiste un mejor derecho a la posesión de propiedad y la restitución del inmueble en relación a la demandada QUIJANO GUILLERMINA, respecto al inmueble*

*ubicado en el Juan Velasco N° 580 el Porvenir Pativilca, Provincia de Barranca, Departamento de Lima, de una extensión de 292.M2.*

Sin embargo, por un lado, considero que hubo una mala redacción, en el sentido que se consigno *mejor derecho a la posesión “de propiedad”*, siendo lo correcto solo *mejor derecho a la posesión*. Situación que igualmente fue corregida en la audiencia de pruebas. Por otro lado, considero que no se precisó el nombre correcto de la dirección del inmueble, ya que se consigno solo como “*Juan Velasco N° 580*”, cuando lo correcto es Juan Velasco Alvarado N° 580.

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

#### **4.5.- AUDIENCIA DE PRUEBAS.**

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

#### **4.6.- DE LOS ALEGATOS.**

Que, conforme a nuestro diseño procesal, y en atención al tipo de proceso (conocimiento) tenemos que concluida la audiencia, los autos se encuentran expeditos para sentenciarse, y los abogados pueden presenten sus alegatos escritos,

dentro del plazo que no excederá de 5 días de concluida la audiencia (artículo 212 del CPC).

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

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

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

#### **4.7. DE LA PRUEBA DE OFICIO.**

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

Sin embargo, consideramos que la facultad del Juzgador de hacer uso de la prueba de oficio, resulta en merito a que los medios probatorios sean insuficientes para formar su convicción, mas no para subsanar errores de las partes y/o reemplazarlas

en su carga probatoria, esto es, subsanar la poca diligencia de la demandante para la correcta identificación del bien sub Litis, que debió ser fijada en la etapa postulatoria; por lo que consideramos erróneo el uso de esa potestad por parte del Juzgador.

#### **4.8.- DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

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

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

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

- De lo desarrollado en la sentencia se puede advertir que para el juzgador, en el presente caso se presentan las figuras de posesión mediata/inmediata y el servidor de la posesión, considerándose que la demandada tendría la calidad de servidor de

la posesión y estaría como poseedora inmediata, y por otro lado la demandante tiene la condición de poseedora mediata.

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

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

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

Sin embargo, consideramos que para sustentar dicha conclusión, se tuvo que evaluar que para que la demandada ostentara la calidad de poseedora inmediata, y la demandante ostentara la condición de poseedora mediata, tendría que existir una

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

- En cuanto a la valoración de las pruebas, consideramos que una correcta valoración probatoria, parte por determinar el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico. Sin embargo, en el presente caso, el juzgador de manera errónea y sin la debida diligencia, concluye y otorga fuerza y peso probatorio, como pruebas directas, a testimoniales contradictorios, genéricos y a documentos que no prueban las afirmaciones de las partes. Ahora, si bien, los medios probatorios ofrecidos tenían un valor probatorio, y al no ser prueba directa de los hechos constitutivos alegados, estos no fueron desarrollados y sustentamos por el juzgador como indicios, pero consideramos que al no existir medios probatorios directos, estos no pudieron haber sido desarrollados como sucedáneos probatorios, esto es, como indicios.

#### **4.9.- DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

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

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

Del análisis formal del recurso de apelación, se advierte que la parte demandada, formulo su recurso impugnatorio dentro del plazo de ley, precisando seis fundamentos impugnatorios; sin embargo, de la fundamentación y los puntos desarrollados, considero que ha sido errónea, ya que la norma procesal señala que se debe indicar el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, esto implicaría que se distinga en el escrito cuales serían los errores de hecho y cuáles son los errores de derecho.

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

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

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

consta como se realizó la supuesta transferencia en favor de la demandada, y no les consta la obligación de devolverla.

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

#### **4.10.- DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**

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

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

- Que, en efecto, de lo actuado en el proceso, no se puede determinar con certeza la afirmación de la demandante de que ella ostenta la posesión mediata del inmueble y que la demandada es una simple servidora de la posesión o poseedora inmediata. Ello en razón de que no existe medio probatorio alguno que acredite dicha afirmación, siendo los medios probatorios documentales ofrecidos por sí no acreditan la condición de poseedora mediata, ya que no existe un título posesorio por el cual se otorgó la posesión inmediata a la demandada.

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

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

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

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

- Se debió de desarrollar, a razón del presente caso, las diferencias existentes entre la posesión mediata/inmediata y el servidor de la posesión, para su no confusión, ya que en la primera instancia se consideró que la demandada tendría la calidad de servidor de la posesión y estaría a la vez como poseedora inmediata. Por lo que en el presente caso, no se tendría que haber confundido la supuesta posesión inmediata de la demandada con la de ser servidora de la posesión, y ello debió ser observado por la instancia superior.

- Se debió de desarrollar y exponer las razones de que no haber tomado en cuenta la presunción de verdad en aplicación de la rebeldía, que presuntamente reforzaba las calidades de poseedores (mediatos/inmediatos) de las partes.

#### **4.11. DEL RECURSO DE CASACION**

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

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

Finalmente, a pesar de que no se cumplió con la descripción clara y precisa de la infracción normativa, así como la demostración de la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, consideramos correcto, un extremo de los argumentos del escrito de casación, que bien pudieron ser materia de discusión, como es:

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

#### **4. 12. DE LA SENTENCIA CASATORIA**

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

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

- Conforme bien se ha desarrollado en la calificación de la Corte Suprema, se advierte que efectivamente la infracción normativa no ha sido debidamente desarrollada, y sobre todo no se precisado la incidencia directa sobre la decisión contenida en la resolución impugnada, pues el recurso solo tiene una mera mención de artículos del ordenamiento jurídico, y por el contrario solo se habría dirigido a cuestionar la actuación y/o valoración de los medios probatorios, mas no la infracción a las reglas de valoración probatoria.

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

## V. CONCLUSIONES

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

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

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

## VI REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. BORDA, Guillermo A. "Manual de Derecho Civil Parte General". Decimoctava Edición Actualizada. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1996–Argentina.
2. CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual". Quinta Edición, Editorial Santillana, Buenos Aires 1962.
3. CASILLO QUISPE y SÁNCHEZ BRAVO, Edward. "Manual de Derecho Procesal Civil". Jurista Editores. Lima, 2014.
4. FALCON, Enrique. "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral". Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1978.
5. GONDENZI PANDO, Cesar. (2010). "Código Civil Comentado, Derechos Reales". Tomo V. Lima. Gaceta Jurídica.
6. GONZALES BARRÓN, Gunther. (2005)"Tratado de Derechos Reales". Tomo II. Jurista Editores. 1ra Edición, Lima.
7. GONZALES BARRÓN, Gunther (2016). "Proceso de Desalojo (Y Posesión Precaria)". Tercera Edición. Jurista Editores. Lima.
8. GONZALEZ PÉREZ, Jesús. "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional". Tercera Edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2001.
9. MARIANI DE VIDAL, Mariana (2004). "Derechos Reales. Tomo I". Zavalía S.A, Buenos Aires.
10. MORINEAU. O. "Los Derechos Reales y el Subsuelo en México". Fondo de Cultura, México, 1948; citado en SCHREIBERPEZET, Max. (1998)"Exegesis del Código Civil Peruano de 1984". Tomo IV Derechos Reales. Gaceta Jurídica Editores, Lima.
11. MUSTO, Néstor Jorge. (2000). "Derechos Reales". Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires
12. NUÑEZ LAGOS, Rafael. (1953)"Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles". Editorial Reus. Madrid.
13. PLANIOL Y RIPERT. (1942 )"Tratado Práctico de los Derecho Civil". Tomo III, Cultura S.A, La Habana, , pág. 42 y 43; citado en SCHREIBERPEZET Max. "Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. (1998) Tomo IV Derechos Reales". Gaceta Jurídica Editores, Lima, Febrero.
14. POZO SÁNCHEZ, Julio. "Summa Civil", Editorial Nomos & Thesis, Lima, 2018.

15. PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo. "Acumulación de Acciones". En revista de Derecho Procesal, Publicación Iberoamericana y filipina, Volumen I. Madrid, 1980
16. PUIG BRUTAU, José. (1994)"Fundamentos de Derecho Civil", Tomo III, Volumen I, Bosh Casa Editorial S.A, Barcelona.
17. RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María (2017). "Tratado de Derechos Reales". Tomo II. Cuarta Edición. Editorial Rhodas, Lima.
18. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. (2010)"Código Civil Comentado". Tomo V. Gaceta Jurídica. Lima.