

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



TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
(SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTES)
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Bach. LIF MAGDALENA OSORIO GONZALES

ASESOR

Mag. PALA GARCÍA, JULIO CÉSAR

Huaraz-Ancash-Perú

2021



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

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____

Teléfono: _____

E-mail: _____

D.N.I. n°: _____

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

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis

Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Línea de Investigación (*): _____

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

() Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

9. Asesor:

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

E-mail: _____ ID ORCID: _____

10. Referencia bibliográfica: _____

11. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo.

Acceso restringido** al contenido completo

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

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



12. Originalidad del archivo digital

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



Firma del autor

13. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

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



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

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

14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



Varillas William Eduardo

Asistente en Informática y Sistemas

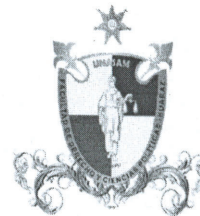
- UNASAM -

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

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



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL
PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 128 – FDCCPP

MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día miércoles veinte de octubre del dos mil veinte y uno. Se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams; el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS : PRESIDENTE
Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ : SECRETARIA
Mag. JULIO CESAR PALA GARCIA : VOCAL

Con el objeto de examinar, la **Sustentación de los Expedientes Judiciales:**
Expediente Civil N° 00019-2016-0-0207-JM-CI-01 - Materia: Prescripción Adquisitiva, y
Expediente Penal N° 00073-2013-0-0201-JR-PE-01 - Delito: Común; de la bachillera
OSORIO GONZALES LIF MAGDALENA, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la bachillera fue llamada por su nombre e invitada a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a los expedientes judiciales sustentados. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : DIECISIETE (17).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

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


Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS
PRESIDENTE


Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ
SECRETARIA


Mag. JULIO CESAR PALA GARCIA
VOCAL

DATOS GENERALES DEL
EXPEDIENTE CIVIL

EXPEDIENTE CIVIL N° 00019-2016-0-0207-JM-CI-01

MATERIA: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO

DEMANDANTE: DELIA RIVERA VIUDA DE LOZADA

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL HUAYLAS

JUZGADO: CIVIL

2022

INDICE

RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
I. MARCO TEÓRICO	1
1.1. La Posesión	1
1.1.1. Definición.....	1
1.1.2. Origen Y Fundamento De La Posesión.....	3
1.1.3. Naturaleza Jurídica De La Posesión	5
1.1.4. Elementos constitutivos de La relación posesoria	10
1.2. La Posesión “Ad Usucapionem”	16
1.2.1. Posesión en concepto de dueño	16
1.2.2. Posesión pacífica	18
1.2.3. Posesión pública	21
1.2.4. Posesión continua	22
1.2.5. Inactividad del titular.....	23
1.3. Prescripción adquisitiva o usucapión	27
1.3.1. Fundamento de la Prescripción Adquisitiva o de la Usucapión	30
1.3.2. Fines de la Usucapión	32
1.3.3. Adquisición en la usucapión ordinaria y en la usucapión extraordinaria.....	35
1.4. Modalidades de la usucapión.....	36
1.4.1. Usucapión ordinaria	36
II. ANALISIS DEL EXPEDIENTE	41
III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA	61
IV. CONCLUSIONES	64
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

RESUMEN

La prescripción adquisitiva de dominio es un mecanismo legal que permite al poseedor de un bien adquirir la propiedad del mismo, siempre y cuando haya cumplido con desarrollar una conducta establecida por ley y en un período de tiempo determinado.

Y la demanda es el primer acto procesal del accionante, que pone en conocimiento del juzgador su pretensión; en el caso materia de litis, la demandante Delia Rivera Vda. de Lozada, quien interpone demanda sobre Prescripción Adquisitiva contra la Municipalidad Provincial de Huaylas debidamente representada por su Procurador Publica y la sucesión intestada de Pedro Gomero Vega representada dentro del proceso por un curador procesal, a fin de que se le declare propietaria del inmueble ubicado en el Lote 10, Mz. M del Barrio Yanachaca, distrito de Caraz, provincia de Huaylas y región Ancash.

Siendo el Juzgado Civil Transitorio de Caraz quien declaró fundada la demanda interpuesta por doña Delia Rivera Viuda De Lozada; empero, tramitado el Recurso de Apelación interpuesto por la demandada Municipalidad Provincial de Huaylas, la Sala Civil Transitoriae de la Corte Superior Justicia de Ancash, resolvió revocar la sentencia contenida en la Resolución N° veinte de fecha cinco de julio del dos mil diecisiete, la cual resolvió declarando fundada la demanda interpuesta por doña Delia Rivera Viuda De Lozada, contra Municipalidad Provincial de Huaylas y la sucesión intestada de Pedro Gomero Vega, sobre Prescripción Adquisitiva de Dominio; y, reformándola, la declararon infundada.

Palabras claves: Prescripción Adquisitiva, Usucapión, Animus Domini, Posesión, Propiedad.

ABSTRACT

The acquisitive prescription of ownership is a legal mechanism that allows the holder of a good to acquire ownership of it, as long as he has complied with developing a conduct established by law and in a certain period of time.

And the lawsuit is the first procedural act of the shareholder, which makes the claim known to the judge; in the case of litigation, the applicant Delia Rivera Vda. de Lozada, who files a Procurement Prescription lawsuit against the Provincial Municipality of Huaylas duly represented by its Public Prosecutor and the intestate succession of Pedro Gomero Vega represented in the process by a procedural curator, in order to be declared the owner of the property located in Lot 10, Mz. M from Barrio Yanachaca, district of Caraz, province of Huaylas and Ancash region.

Being the Temporary Civil Court of Caraz who declared founded the lawsuit filed by Mrs. Delia Rivera Viuda De Lozada; However, the Appeal filed by the defendant Provincial Municipality of Huaylas, the Transitional Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Ancash, resolved to revoke the sentence contained in Resolution No. twenty dated July 5 of two thousand seventeen, the which resolved by declaring the lawsuit filed by Mrs. Delia Rivera Viuda De Lozada, against the Provincial Municipality of Huaylas and the intestate succession of Pedro Gomero Vega, on the Acquisition of Domain; and, reforming it, they declared it unfounded.

Keywords: Acquisitive Prescription, Usucapion, Animus Domini, Possession, Property.

I. MARCO TEÓRICO

1.1. La Posesión

La función jurídica de la Prescripción Adquisitiva o Usucapión es la adquisición de la propiedad de modo incontrovertible; Savigny señalaba “*la propiedad es una posesión vestida por el tiempo*”, entendiéndose que el reconocimiento jurídico de la propiedad se sustenta en el poder fáctico de preeminencia sobre el bien, posesión. De este modo, conociendo que la Prescripción Adquisitiva es la adquisición de la propiedad mediante la prueba de la posesión, se hace necesario estudiar esta figura jurídica que ha sido y es materia de estudio desde el Derecho Romano hasta la actualidad.

1.1.1. Definición

La Posesión es uno de los temas más trascendentales y complejos en el Derecho Civil. La presencia de la posesión en el Derecho Civil es enorme en el ámbito jurídico, se encuentra presente en el campo de los Derechos Reales como en el usufructo, uso, habitación, superficie y anticresis; y en los Derechos Personales, como el arrendamiento, comodato y el depósito. Entre las principales definiciones respecto a la figura Jurídica de la Posesión, se encuentran las siguientes:

Planiol & Ripert (1942) la definen como “el estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo y en realizar en ella los mismos actos materiales de usos y disfrute que si no fuera propietario de ella” (p. 145).

Lafaille (1947), manifiesta que la posesión “es el poder o señorío que el hombre ejerce de una manera efectiva o independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas

económicamente, poder que jurídicamente se protege, con prescindencia de la custodia de saber si corresponde o no a la existencia de un derecho” (pp. 70-71).

Según Salvat (1956), “habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad” (p.14). Asimismo, agrega:

Así, para que exista posesión en el concepto legal de esta palabra, es necesario el concurso de dos condiciones: 1) Detención de una cosa bajo el poder de una persona, es el elemento material de la posesión; 2) Que esta detención se efectúe con la intención de parte del poseedor de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, o mejor dicho, con la intención de comportarse respecto de esta cosa como propietario de ella, si tenga o no el derecho de propiedad; éste es el elemento intelectual o psicológico de la posesión conocido por la doctrina con el nombre de animus dominio. (p.48)

Diez & Gullón (1981), se preguntan cuál es el sentido general de la posesión y señalan:

El titular de un derecho que recae sobre una cosa realiza determinados actos y observa ciertos comportamientos sobre ella. Estos actos constituyen la puesta en ejercicio de su derecho. La posesión de la cosa se nos presenta, así como el prius de tal ejercicio, pues ante todo debe de poseerla. De allí que la posesión es un señorío de hecho sobre la cosa y un poder de hecho que se ejerce sobre ella (...) la posesión sería la cara visible de la moneda cuya cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión. El ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si la moneda tiene efectivamente

otra cara (el derecho) o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga la posesión). (p. 109)

Albaladejo (1982), define a la posesión desde un doble punto de vista, primero como poder de hecho expresa, que significa un:

Señorío con omisión de si se tenga o no derecho a ella. Pero como poder jurídico o derecho ya no es sólo la detentación pura o simple sino el señorío concedido por la Ley. Son casos de posesión como derecho o poder jurídico. (...) Se trata de dos figuras jurídicas distintas que tienen el mismo nombre, pero cada una tiene su propia naturaleza. (p.37)

En consecuencia, podemos enfocar a la posesión desde una triple perspectiva: en primer lugar, la Posesión es la materialidad de la tenencia de una cosa; en segundo lugar, es el derecho de uso y goce de una cosa fundado en una apariencia social significativa; y, en tercer lugar, es un título de propiedad y un medio de publicidad y prueba de la misma. Esta triple perspectiva no agota la funcionalidad de la posesión, nos muestras los distintos matices que muestra.

1.1.2. Origen Y Fundamento De La Posesión

Las discusiones sobre el origen de la posesión están ligadas a las discusiones sobre el fundamento de la posesión. Por lo general, para poder resolver este tipo de polémica se recurre al desarrollo histórico de la posesión, la cual estaba presidida por las teorías sobre las instituciones jurídicas. Savigny, ve el origen de la defensa posesoria en la protección de las titularidades sobre el *ager publicus*, respecto de las cuales no podía accionarse una defensa reivindicatoria, ya que la misma era una prerrogativa que solo le correspondía al propietario; es decir, para Savigny el origen de

la posesión se fundamenta en la protección de la propiedad, mostrando así a la posesión como una apariencia de la propiedad.

Otras posturas, plantean que la posesión encuentra su fundamento en su aspecto procesal; donde la protección posesoria es la consecuencia de un sistema procesal que exige la prueba de la titularidad para poder recuperar la cosa; por lo que, la protección del poseedor se encuentra fundada en la constatación estadística de la relación entre detentación y propiedad que hace a los propietarios detentadores habituales de las cosas, y a la patología de una situación excepcional, donde protegiendo al poseedor se protege al propietario, adquiriendo de esta forma la posesión una sustantividad propia (Álvarez, 1986).

Por su parte, Von Ihering (2004) indicaba: “Yo puedo imaginarme un estado jurídico fundado únicamente en la posesión, pero no puedo concebir en la práctica un estado jurídico fundado únicamente en la propiedad con exclusión de la protección posesoria” (p. 78). De lo mencionado, se llega a que la posesión es el contenido del derecho de propiedad. Ella comprende uno de los aspectos más importantes de ese derecho, por cuanto constituye el medio por el cual se realizan todos sus fines. La posesión resulta ser una imperativa condición para el efectivo ejercicio de la propiedad; por lo que, no tener la posesión del bien es igual a no ser su propietario, es una posesión sin interés práctico. Por lo tanto, Ihering fundamenta la protección posesoria en ser la posesión la manifestación exterior de la propiedad; es decir, plantea que la posesión es la revelación externa, visible y en cierto modo de la propiedad; donde la propiedad no existe en sí, lo que en sí existe es la posesión como apariencia socialmente significativa de la propiedad.

En resumen, respecto a las posturas planteadas por Savigny como por Ihering; para el primero, la posesión adquiere autonomía conceptual frente a la propiedad como apariencia de la propiedad; mientras que, para el segundo, la posesión adquiere una sustantividad real, teórico e institucional como tutela de la propiedad.

En conclusión, el fundamento de la posesión radica en que ésta es el medio para probar la propiedad; es decir, la prueba ordinaria de la propiedad se hace mediante la prueba de la posesión y el transcurso del tiempo, y esta a su vez es la realidad de la propiedad. La propiedad no tiene ninguna naturaleza distinta de la de ser una posesión modalizada por el transcurso del tiempo. La propiedad no existe en sí, lo que existe en sí es la posesión como apariencia socialmente significativa. Por eso, la posesión es algo más que un medio de prueba de la propiedad es la realidad misma de la propiedad (Álvarez, 1986).

1.1.3. Naturaleza Jurídica De La Posesión

Uno de los aspectos más discutidos en el Derecho Civil es el de la Naturaleza Jurídica de la Posesión. Llama la atención en el estudio de la posesión la diferente importancia, extensión y problemática que a la misma prestan los Manuales y Tratados de Derecho Civil. La elaboración de las Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de la Posesión se produce por la influencia en el Derecho de las nuevas categorías doctrinarias introducidas por el idealismo alemán. En el Derecho Romano, al principio no había discusión respecto a cuál era la naturaleza jurídica de la posesión, ésta para los jurisconsultos romanos era un hecho; por su

parte, la propiedad era un derecho; la posesión era un complemento que aparecía, en determinados momentos, en la propiedad. La posesión en el Derecho

Romano no era reconocida ni protegida, porque no se encontraba reconocida como un derecho; sin embargo, era tomada en consideración cuando el tiempo de posesión sobre un bien mueble o inmueble conducía a adquirir la propiedad del bien mediante la figura jurídica de la prescripción adquisitiva¹. Sin embargo, conforme iba desarrollándose el Derecho Romano, el problema en cuanto a la naturaleza jurídica de la posesión surgió siendo considerada como un hecho y como un derecho; un ejemplo de ello es Papiniano quien en el Libro Tercero de *Quaestiones*, señala que la posesión es un “*plurimum facti habert*”; mientras que, en el Libro Segundo de *Definitionum*, sostuvo que la posesión es un “*plurimum ex iure possessio mutuatur*”, agregaba “*possessio non tantum corporis, sed et iuris est*”; es decir, que la figura jurídica de la posesión valía tanto como un hecho como un derecho (Ramírez, 2016).

En síntesis, el problema respecto a la Posesión radica en determinar si se trata de un hecho o de un derecho²; siendo este punto donde inicia la polémica entre Savigny e Ihering.

- a) **La posesión como hecho:** La Teoría que considera a la Posesión como un hecho es la tesis dominante desde los glosadores hasta Savigny. Quienes conceptualizan a la posesión como un hecho, manifiestan que esto se encuentra

¹ En el Título VI, del Libro II de las Instituciones de Justiniano - De las Usucapiones y de las Posesiones de Largo Tiempo, sólo se hace mención a la posesión como el medio para poder adquirir la propiedad mediante la prescripción adquisitiva, sin que sea mencionada en otra parte, en cuanto señala: “Según el Derecho Civil, si por efecto de un venta, de una donación o de cualquiera otra causa justa, había recibido alguno de buena fe alguna cosa de manos de una persona que creía propietario de ella, pero que no era, debía adquirir dicha cosa por el uso de un año en todos los países, si era mueble, y de dos, pero sólo en el suelo de Italia, si era inmueble, y esto porque el dominio no quedase en la incertidumbre (...)”.

² Para los defensores de la Teoría de Ihering, quienes consideran que la posesión es un derecho, la polémica no termina en esta afirmación, sino que continúa en determinar a qué clase de derecho pertenece, si uno real o personal.

sustentado en base a circunstancias objetivas y materiales, por lo cual indican que:

Se dice a veces que la posesión es una institución jurídica. Es un error. La posesión es un hecho; lo sólo jurídico e institucional son los medios empleados por la Ley para proteger ese hecho o para destruirlo. El hecho de la posesión esta generalmente protegido por la Ley, pero no siempre la Ley, a veces, condena en nombre de la Reivindicación. (Planiol & Ripert, 1942, p. 145)

Ramírez (2016), respecto a la Naturaleza Jurídica de la Posesión, en su libro Tratado de la Posesión en el Derecho, señaló que:

La posesión no tiene como derecho un lugar especial, pues ella no es un derecho; pero ella engendra un derecho personal, el de invocar los interdictos posesorios; es a este título que tiene un muy grande parecido con un derecho propiamente dicho; y por eso, exige reglas especiales sobre la manera de adquirirla y de perderla. (...) La posesión no pertenece a la categoría de los derechos reales, que es por su naturaleza puramente de hecho, de la cual se vinculan dos consecuencias jurídicas: la posesión y los interdictos posesorio. (pp. 46-47)

En la misma tendencia, Pothier (1880) indica:

La posesión es un hecho antes bien que un derecho en la cosa que se posee. Un usurpador tuene verdaderamente la posesión de la cosa de la que se ha apoderado injustamente; sin embargo, salta a la vista que no tiene ningún derecho en la misma. (pp. 199-200)

Von Ihering (2004), para darle solución a este debate sobre la Naturaleza Jurídica de la Posesión, define en primer lugar que es un derecho, indicando:

Los derechos (subjetivos) son intereses jurídicamente protegidos; no obstante, este interés no es de naturaleza exclusivamente económica, abarca otros bienes no relacionados con valores pecuniarios y si conceptos éticos y morales. Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuyo valor es más grande: la personalidad, la libertad, el honor, las leyes de la familia. (104)

En el derecho peruano, Romero (1955), sostuvo: “La posesión es una situación de hecho, sin título, que en ciertos casos está amparada por la Ley, a diferencia del dominio, que es un derecho sancionado por el Legislador, que otorga un título para poder ejercer la posesión” (p. 73).

b) La Posesión Como Derecho: La tesis opuesta a la primera postura, sostiene que la Posesión es un Derecho. A comienzos del siglo XIX como una reacción contra la postura Savignyana que consideraba a la Posesión como un hecho, surge un movimiento cuestionador, la cual propugnaba que la Posesión era una figura jurídica por lo tanto era un Derecho. La tesis que defendía la postura mencionada, fue desarrollada más concretamente por Ihering en diferentes postulados, entre las cuales resalta más su libro “*El Fundamento de la Protección Posesoria*”.

Ihering, para darle solución a este debate sobre la Naturaleza Jurídica de la Posesión, define en primer lugar que es un derecho, indicando: “Los derechos (subjetivos) son intereses jurídicamente protegidos; no obstante, este interés no

es de naturaleza exclusivamente económica, abarca otros bienes no relacionados con valores pecuniarios y si conceptos éticos y morales. Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuyo valor es más grande: la personalidad, la libertad, el honor, las leyes de la familia, *porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio*"; añade, en su libro *La Lucha por el Derecho*, lo siguiente: *“Aprovecharse del derecho, servirse de él y hacerlo valer, no son, cuando se trata de una injusticia objetiva, más que verdaderas cuestiones de intereses, y el derecho no es, según la definición que damos en otro lugar, más que un interés protegido por la Ley”*. Conociendo esto, Von Ihering, (2004) señala en su libro *Espíritu del Derecho Romano*, lo siguiente:

Una gran controversia se ha establecido igualmente ante la duda de saber si la posesión debe contarse entre los derechos y en qué clase de estos será preciso colocarla. Si la definición que hemos dados del derecho es exacta, la posesión es indiscutiblemente un derecho, porque es un interés jurídicamente protegido. Pero como ese interés tiene por objeto inmediato la cosa misma, es preciso que la posesión figure entre las relaciones jurídicas de la cosa. (p. 109)

Una de las principales objeciones planteadas a la Teoría de Ihering, consiste en que no resulta posible que siendo la posesión un derecho, se ampare a los usurpadores y a los ladrones; ante esto, Ihering, respondió utilizando lo que él denominó “el fin no querido de la Ley”, expresando que las leyes persiguen todas ellas una finalidad y acarrear circunstancias de excepción, posiblemente

injusta, pero que no justifican la supresión de la regla general; es decir, la protección posesorias también se concede al poseedor injusto, no por él, sino en atención al propietario. “El fin perseguido por la ley no hubiera podido ser alcanzado si se le hubiera negado la propiedad al adquirente injusto, y la protección posesoria al poseedor injusto” (Ramírez, 2016, pp. 48–49).

1.1.4. Elementos constitutivos de La relación posesoria

Los elementos de la posesión, el *corpus* y el *animus*, han sido tradicionalmente estudiados por separado, lo cual no es sinónimo de que sean elementos contrarios u opuestos; por el contrario, son elementos tan complementarios que se puede afirmar que ni el *corpus* es puramente físico, ni el *animus* es un fenómeno psicológico; por lo que, ambos están unidos y correlacionados. Lo esgrimido, se sustenta en que el *corpus* para la doctrina clásica presenta un mínimo de voluntad, lo cual impide considerar al *corpus* como un mero contacto físico que ejerce el poseedor sobre la cosa. Por su parte, el *animus* tiene que tener una exteriorización o forma de manifestarse en la realidad, por lo cual, dicho elemento no se encuentra limitado sólo a la conciencia o a la voluntad. Por lo tanto, dichos elementos se encuentran tan ligados que, dentro de la relación posesoria, la presencia de uno implica la existencia del otro.

- a) **Elemento material o externo (El Corpus):** El Código Civil Peruano hace referencia al “*ejercicio de hecho sobre el bien*” en el Artículo 896³ como un elemento característico de la relación posesoria. Por el ejercicio o el poder de hecho se entiende a la sujeción o al señorío que tiene el sujeto sobre el bien, donde esta sujeción era conocida dentro del Derecho Romano como “*possesio*”

³ Artículo 896.- Definición: La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

corpore” o “*corpus*”. La conceptualización del poder de hecho es dificultosa, ya que la doctrina por lo general lleva a cabo definiciones vagas y restrictivas. Según una primera definición, el *corpus* es el señorío físico de actuar sobre la cosa, de disponer físicamente de ella y de defenderla de cualquier acción extraña, donde esta posibilidad física debe de ser querida; para algunos doctrinarios, la mencionada definición tiende a ser muy restrictiva; razón por la cual, las nuevas tendencias doctrinarias han empezado a señalar que el *corpus* es un señorío económico que se tiene sobre el bien.

El *corpus*, señalaba Ramírez (2016):

Es un acto externo y visible que revela la existencia de una denominación de hecho sobre la cosa misma; pero las condiciones de hecho que han de engendrar la efectividad de esta toma de posesión moral, son: 1. La disponibilidad de la cosa; 2. La posibilidad directa e inmediata de someterla a su poder físico; 3. Por último, la de excluir toda intromisión de extraños.

(p.51)

De la tesis savigniana, se desprende que la concepción del señorío de hecho presenta dos elementos: primero, una injerencia por lo menos eventual, del sujeto sobre el bien; y segundo, la omisión de los terceros, el cual es un requisito meramente negativo que implica que las terceras personas deben de abstenerse de llevar a cabo cualquier acto que interfiera en la posesión sobre el bien. Por su parte, Ihering combatió la posición de Savigny de entender al *corpus* como un mero poder fáctico sobre el bien, señalando:

El error fundamental de Savigny, consiste – espetaba el ilustre refutador – en que identifica la noción de la cosa con la del poder físico sobre la cosa, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por lo que llegar a constreñirla, de tal suerte, que pierde al fin toda la verdad y queda reducida a ser la negación de la misma. (Ramírez, 2016, p. 53)

En tal sentido, para Ihering, el corpus no es disponer materialmente de la cosa, sino que, con un criterio más económico, es la relación exterior que normalmente vincula al propietario con la cosa, según el destino económico de ésta, incluido un mínimo de voluntad para que esta relación no sea una mera yuxtaposición local (Mariani, 2004).

La Posesión no puede identificarse con la utilización del bien de acuerdo a su normal destino económico conforme lo señalaba Ihering. El poder de hecho implica un control sobre el bien, pero no necesariamente requiere de un control “cualificado” a través de la explotación del bien según su finalidad económica, pues ello produciría múltiples problemas a fin de poder determinar ante un poseedor o no, de acuerdo a la tesis de la utilización económica del bien. Por eso, basta el mero concepto de control (Gonzales, 2013b), por el cual un poseedor que levanta muros sobre un terreno ya se le puede considerar como poseedor, aun cuando no aproveche el bien según su destino.

Es necesario mencionar, que existe una posesión en donde no hay ningún tipo de contacto físico con el bien, la cual es reconocida por nuestro ordenamiento

jurídico en el Artículo 905° del Código Civil⁴ como la Posesión Mediata, donde el titular de un determinado bien entrega el poder de hecho a otro a fin de que éste lo use o controle temporalmente en mérito a un vínculo jurídico (contrato de arrendamiento, contrato de uso y habitación, usufructo, contrato de comodato) y luego lo devuelva, donde ambas son poseedor; siendo quien recibe el bien el “poseedor inmediata” mientras el poseedor que espera que le devuelvan el bien es denominado “poseedor mediato”. De esta mediación posesoria que va existir entre el poseedor mediato y el poseedor inmediato, ese presenta como elemento clave la Relación Jurídica. El reconocimiento legal de la Posesión Mediata, conforme lo expresa Gonzáles (2016):

Se basa en la espiritualización del concepto de poder de hecho, pues, aunque exista un fenómeno de mediación entre el poseedor mediato y el bien, esta relación aparece siempre como un poder de hecho actual, y no como la expectativa de un poder futuro. Donde la entrega de un bien en concepto de arrendamiento, comodato, prenda, entre otros, no implica una renuncia al señorío al poder de hecho, sino una atenuación de éste, y la devolución del bien al poseedor mediato no significa la constitución de un nuevo poder, sino la confirmación de uno ya existente. (p. 89)

b) Elemento Subjetivo o Psicológico (Animus): Desde una perspectiva subjetiva, se estableció que el *animus* es el elemento determinante de la posesión, denominándose “Teoría del Animus Domini”, donde poseer

⁴ Artículo 905.- Posesión inmediata y mediata: Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

implicaba tener el *corpus* y el *animus*; de este modo, la presencia en el sujeto de una voluntad determinada, la cual es tratar el bien como si le perteneciera, como si fuera su dueño “*animus domini*”, era el elemento que transformaba la detentación en posesión. Afirmaba Savigny (2016):

La intención de tener el bien – *animus possidendi* – siempre supone ejercer el derecho de propiedad en sus dos modalidades: al modo del propietario (*animus domini*) o, para él mismo (*animus remsibi habendi*); si, por el contrario, tiene la voluntad de ejercer la propiedad para otro, será tenedor. En el primer caso, el *animus possidendi* se transformaba en *animus domini*, y se contraponen al *animus detidendi* del tenedor. (P. 54)

Es decir, según esta Teoría, existen dos clases de posesión, una originaria y otra derivada; la primera, se ejerce con *animus domini*; al paso que la segunda, se da en casos excepcionales, en los que el propietario de un bien, manteniendo su derecho de propiedad transfiere a un tercero el *ius possessionis*.

Por su parte, Ihering desde una concepción objetiva, propugnaba que para demostrar la existencia de la posesión solo bastaba demostrar la existencia del *corpus* (elemento objetivo); por lo tanto, para Ihering el *animus domini* no era necesario en la relación posesoria, quien pretendía reemplazar el elemento subjetivo y variable que residía en el sujeto, por la voluntad de la Ley. Algunos tratadistas, indican que no se ajusta a la verdad sostener que Ihering negaba el elemento intencional en la posesión; donde simplemente esta se encuentra determinada en la Ley, y no en la conciencia del hombre, señalan que “para poder poseer se necesita de *corpus* y *animus*, cuando ambas condiciones

concurrir se tiene siempre a la posesión, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay una tenencia” (Ramírez, 2016, p.55).

En conclusión, la posesión es un hecho jurídico voluntario, pues se requiere que el sujeto tenga la intención de sujetar la cosa para sí, en forma autónoma, y ello implica una voluntad que se objetiva en la dominación de los bienes.

En síntesis, conociendo esto sobre la Posesión, podemos definir a esta institución jurídica como *“el control autónomo y voluntario sobre el bien, destinado a tener el objeto para sí con relativa permanencia o estabilidad, y que confiere al sujeto la posibilidad de uso y disfrute sobre el bien”*.

Donde el Control implica que el sujeto tiene injerencia sobre el bien; es decir, la posibilidad de interferir físicamente en cualquier momento, de forma libre y voluntaria; la cosa se encuentra bajo la disponibilidad y sujeción del titular de hecho, que pueda usarla o no a su libre albedrío⁵.

Respecto a la Autonomía del Control, esta hace referencia a que el poseedor no recibe instrucciones, ordenes ni indicaciones de cómo va ejercer la posesión⁶.

El control sobre el bien debe ser Voluntario, pues la posesión es un hecho jurídico que exige la intención destinada a dominar de facto la cosa. La situación posesoria debe de contar con una relativa permanencia o estabilidad,

⁵ Por ejemplo, cuando una persona estaciona su vehículo en un estacionamiento por dos días sin moverlo; si bien no hay contacto físico con el bien, pero esto no quita el control sobre la cosa pues tiene la potencialidad de usarla o no según su voluntad. Empero, caso distinto es del huésped en un hotel, ya que carece de control sobre la habitación que ocupa, ya que ésta está bajo el control del titular del hotel.

⁶ El Artículo 897° del Código Civil. - Servidor de la Posesión: No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia, respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas. De este modo, nuestro ordenamiento jurídico descarta la condición posesoria cuando hay una dependencia.

ya que los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión. La posesión no implica un uso y disfrute actual e ininterrumpido del bien, sino solo potencial o hipotético; ya que, como el poseedor tiene el control sobre el bien, le da potencialidad de usar y disfrutar el bien cuando lo considere conveniente, pero no se requiere que el disfrute sea efectivo.

1.2. La Posesión “Ad Usucapionem”

El primer requisito para que el que poseedor de un determinado bien ya sea mueble o inmueble pueda adquirir la propiedad de ésta es que se lleve a cabo una Posesión Cualificada, la cual debe de contar con las siguientes cualidades: pacífica, pública, continua y en concepto de dueño o a título de propietario conforme a lo señalado en el Artículo 950° del Código Civil.

1.2.1. Posesión en concepto de dueño

La posesión en concepto de dueño o a título de propietario puede ser definida desde dos perspectivas: subjetiva y objetiva. La postura subjetiva se basa en el *animus domini*, la cual implica la voluntad de sentirse o ser propietario; por su parte, la objetiva se centra en el comportamiento del poseedor, es decir, llevar a cabo conductas con el fin de mostrarse ante los demás como el propietario del bien. La postura subjetiva, según Gonzales (2014):

No puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho, y especialmente sin

querer reconocer persona alguna superior a él por tener mejor fundadas pretensiones. (p. 148)

Es decir, la mencionada tesis se fundamenta en que el *animus domini* en la persona que se considera propietario de un bien tiene la intención de reconocerse como un poseedor superior; es decir, propietario sin llegar a reconocer esta calidad en ninguna otra persona. En cambio, la postura objetiva, según Diez (2011, citado en Gonzales, 2011):

Hay una posesión en concepto de dueño cuando el poseedor se comporta según el modelo o el estándar de comportamiento dominical y cuando el sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscite en los demás la apariencia de que en los demás es dueño (p. 114)

Señala que una posesión en concepto de dueño se da cuando el poseedor de la cosa se comporta según el modelo o estándar de comportamiento dominical y cuando en sentido objetivo y razonable derivado de este comportamiento suscita en los demás la apariencia de que el poseedor es el dueño; en este sentido, se colige que el *animus dominio o comportamiento a título de propietario* es una actitud asumida por el poseedor frente a la sociedad y no se limita a una creencia que se encuentra sólo en la psiquis del poseedor.

De lo señalado, se puede concluir que el *animus domini* no puede quedar únicamente circunscrito al ámbito psicológico del poseedor, ya que la intención de éste de ser el propietario del bien debe de materializarse en actos externos de no reconocer un dominio superior sobre el bien que se pretende usucapir; asimismo, este *animus domini* del poseedor que pretende ser propietario mediante comportamientos notorios,

externos, públicos no tendrá relevancia o quedara descalificada si el poseedor no tiene una intención(Gonzales, 2013a, p. 115).

De esto, se puede colegir que no se puede preferir un elemento sobre otro, ya que ambos elementos se necesitan para que exista una posesión a título de propietario; en tal sentido, la posesión en concepto de propietario es la voluntad dirigida por el poseedor a apropiarse de la cosa como suya, sin que llegue a reconocer una titularidad superior, voluntad que se manifiesta mediante la causa posesoria; y en forma complementaria, por los actos externos, notorios y constantes del poseedor.

El animus domini exige que el poseedor no reconozca un derecho superior al suyo por todo el plazo de la usucapión, lo cual descarta aquellas hipótesis donde el poseedor paga la renta, solicita permisos o incluso ofrece comprar el bien a quien lo considera su titular; por lo tanto, ante estas situaciones se evidencia una clara subordinación del poseedor hacia alguien quien ostenta una titularidad superior por lo cual no se le considera a título de dueño.

1.2.2. Posesión pacífica

Respecto a este requisito, ésta debe ser entendida aplicando ciertos límites ya que una interpretación extensiva de la misma implicaría que ninguna persona pueda adquirir el derecho de propiedad de un determinado bien a menos que haya adquirido la posesión mediante una transferencia voluntaria; por lo tanto, la posesión pacífica no significa que esta no sea incontrovertida, ya que este requisito no se encuentra regulado en el Artículo 950 del Código Civil; entonces, los actos tales como la puesta en mora,

las tratativas de negociación, las cartas de requerimiento e incluso la interposición de una acción reivindicatoria no tienen nada que ver con el requisito de pacificidad⁷.

Por lo general, es muy común encontrar dentro de la jurisprudencia nacional o en los tratados o manuales civiles, que la interposición de una Acción Reivindicatoria o de Desalojo enerva el carácter de pacífico que tiene la posesión; sin embargo, esta forma de pensar que se ha vuelto una tendencia dentro de los últimos años, debe de ser rechazada tajantemente, ya que las discusiones sobre la propiedad no tienen como efecto la desaparición del carácter pacífico de la posesión; es decir, estas acciones tendientes a cuestionar la propiedad el único efecto que tienen es interrumpir el decurso prescriptorio pero la posesión se mantiene.

De lo señalado, la posesión pacífica debe de entenderse como aquella que se encuentra exenta de violencia física y moral; entonces, el dominio sobre el bien no debe de mantenerse por la fuerza. Según Moisset (1998), el requisito de la posesión pacífica, “se vincula con la necesidad de que no haya sido violenta en su origen, como también que no haya sido conservada por medios violentos” (p. 97).

Sin embargo, la doctrina moderna señala que, si bien la posesión del bien que se pretende usucapir ha sido adquirida con violencia al comienzo, pero si luego se transforma en una posesión pacífica, el plazo para poder adquirir la propiedad del bien mediante la usucapión se computará desde la fecha de la conversión. La postura de la tesis antigua se encuentra representada por Pothier, quien señala que estaremos ante un caso de posesión violenta de un bien cuando aquel para poder adquirirla ha despojado

⁷ Estos actos podrían constituirse como causales que enervan el requisito de continuidad de la posesión; pero no el de pacificidad.

de la misma por violencia al antiguo propietario. Asimismo Pothier (1880), insiste en que la violencia se presenta sólo en la adquisición por la fuerza; sin embargo, existe una excepción la cual consiste en la defensa de la posesión mediante el uso de la fuerza; respecto a ello, agrega:

En suma, sólo es violenta la posesión cuando ha sido adquirida por la fuerza. Si habiendo adquirido sin violencia la posesión de una cosa, he empleado la fuerza contra el que me viene a perturbar, mi posesión no es por este hecho una posesión violenta. (p.13)

Estamos frente a la autotutela o defensa extrajudicial de la posesión que ampara el Código Civil Peruano⁸.

Respecto a este requisito, como se mencionó anteriormente, la posesión es la exteriorización de la propiedad y la prescripción adquisitiva es el vehículo idóneo para aligerar los medios de prueba que debe de presentar el poseedor con legítimo derecho a la propiedad para obtener el título de propietario; por lo que, aquellas conductas que realiza el usucapiente y que son la exteriorización del *animus domini* deben ser de público conocimiento, puesto que ante tal proceder se le señalará como propietario. El poseedor debe de actuar con la naturalidad que le daría tener un derecho legítimo; ya que quien pretende el reconocimiento del orden jurídico como propietario, no puede

⁸ Artículo 920.- Defensa Posesoria Extrajudicial: El poseedor puede repelar la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuera desposeído, pero en ambos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

esconderse u ocultarse⁹, y no puede tener conductas equívocas¹⁰ o fundarse en meras tolerancias del verdadero poseedor.

1.2.3. Posesión pública

De acuerdo a lo establecido por Vélez Sarfield, la publicidad de la posesión no se encuentra en relación al número de testigos que pudo presenciar la posesión, sino por la facilidad con la que cada uno de ellos pudo conocerla; entonces, la exigencia de la publicidad como requisito de la prescripción adquisitiva o usucapión, no equivale al conocimiento efectivo por parte del propietario contra quien se produce la prescripción adquisitiva, sino a la posibilidad que han tenido de conocer la existencia de esa posesión, medida establecida de acuerdo a los cánones sociales, de que cualquier tercero puede advertir la existencia esa posesión (Ramírez, 2016).

Por lo tanto, el requisito de la Publicidad en la Prescripción Adquisitiva, requiere una exteriorización natural y ordinaria, no forzada, de los actos de control sobre el bien de acuerdo con los cánones sociales, sin ocultamientos, sin tapujos, de manera que quienes tratan con él puedan apreciar que lo emplea como si fuera suyo el bien, ya que quién se oculta para el uso de un bien, no está actuando como si fuera el propietario. La prueba de la posesión pública debe de conducir a la convicción que el control del bien se realiza ante la presencia de vecinos, colindantes o de cualquier vecino, lo cual implica naturalidad y frecuencia de los actos posesorios; la probanza de dicha cualidad posesoria se puede realizar mediante la declaración de testigos,

⁹ El detentador del bien se limita a tener contacto físico con el bien, pero sin llamar la atención de alguien, pues de manera consciente o inconsciente el detentador del bien busca mantener esta situación en la clandestinidad; por ejemplo, el caso de un invasor de un predio, donde se limita a llamar la atención de la gente.

¹⁰ El detentador del bien mantiene contactos pocos significativos con el bien, que no denotan claridad la intención de apropiarla para sí mismo.

ejecución de obras y construcciones, instalaciones de negocios, arrendamiento del bien, uso de los servicios públicos, entre otros; es decir, todo medio de prueba tendiente a acreditar la posesión son señal de que la posesión es ejercida de manera pública por el usucapiente.

1.2.4. Posesión continua

La posesión continua no debe ser entendida como un contacto permanente con el bien materia de prescripción adquisitiva, sino que basta con que éste esté a su disposición y que pueda ejercer sobre él su poder efectivo cuando lo desee y lo necesite; por ejemplo, el dueño de un reloj puede dejar en el cajón de su escritorio, y no usarlo durante dos o tres años, pero eso no le quita continuidad a su posesión, ya que en el momento que él desee puede ejercitar el poder efectivo sobre ese reloj; por ello, el Artículo 904 del Código Civil, señala que se conserva la posesión aunque su ejercicio este impedido por hechos de naturaleza pasajera.

De lo mencionado, el sujeto conserva la posesión, aunque haya perdido el contacto físico sobre el bien, siempre que se encuentre en grado de retomar el contacto con el bien en cualquier momento; es decir, en la fase sucesiva a la adquisición de la posesión, ésta se conserva mediante la sola posibilidad de tomar injerencia sobre el bien (Gonzales, 2011).

La posesión continua significa mantener en forma constante el control sobre el bien, por lo menos de modo potencial, sin que los terceros interfieran sobre éste, donde la continuidad del hecho posesorio debe de mantenerse o prolongarse por el tiempo establecido por la Ley para adquirir la propiedad mediante la prescripción adquisitiva.

1.2.5. Inactividad del titular

Para que el poseedor de un determinado bien sea mueble o inmueble pueda adquirir la propiedad de ésta mediante la prescripción adquisitiva, se requiere de un tiempo bastante extendido¹¹, de esta manera se permite que el propietario del bien materia de usucapión pueda ejercer las acciones legales a fin de recuperar la posesión y así evitar que prospere la prescripción adquisitiva; caso contrario, frente a la inactividad del propietario, el poseedor adquirirá la propiedad mediante la prescripción adquisitiva. De lo mencionado, se tiene que otro elemento para la configuración de la Prescripción Adquisitiva está conformada por la inactividad del titular, cuya conducta improductiva o negligente merece una sanción por parte del Ordenamiento Jurídico consistente en la extinción del dominio cuando se encuentra vinculada con la posesión efectuada por el tercero (Gonzales, 2014a); dicha consecuencia no sólo es porque el propietario indolente no ejercita sus facultades, sino porque al grupo social le interesa que los bienes sean utilizados de manera provechosa, porque las ventajas que de ellos se sacan no sólo benefician al que los utiliza, sino que se incrementa globalmente la riqueza de la colectividad; entonces, cuando un poseedor, aunque no sea propietario, se comporta durante largo tiempo como si lo fuera, y hace que los bienes rindan utilidad, la ley premia su actividad, por medio de la prescripción adquisitiva y termina concediéndole la titularidad sobre el bien.

La Prescripción Adquisitiva exige que el poseedor posea el bien durante el tiempo señalado en el Artículo 950° del Código Civil y que el propietario del bien no

¹¹ Artículo 950.- Requisitos de la Prescripción Adquisitiva: La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

lo reclame durante dicho lapso; en caso, el poseedor usucapiente pierda la posesión o el propietario del bien la reclama mediante una acción judicial antes de consumarse la prescripción adquisitiva (Gonzales, 2014b), se tendrá por interrumpida el decurso prescriptorio¹²; sí el poseedor usucapiente retoma la posesión del bien ésta será un estado nuevo totalmente diferente al decurso prescriptorio que había sido interrumpido; por lo tanto, la continuidad de la posesión implica que esta no haya sido interrumpida durante el plazo señalado por Ley para adquirir la propiedad en mérito a la prescripción adquisitiva. Respecto a la Interrupción de la Prescripción Adquisitiva, el Código Civil mediante su Artículo 953°, indica: *“Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye”*; la cual al ser insuficiente ante el fin de hipótesis que se pueden llegar a presentar en la realidad jurídica, genera la necesidad de aplicar – cuando sea necesaria - por analogía las normas previstas para para la interrupción de la prescripción adquisitiva reguladas en el Artículo 1996° y siguientes del Código Civil; asimismo, según la doctrina, la Prescripción Adquisitiva puede interrumpirse de forma natural o de forma civil.

La Interrupción Natural se produce cuando el poseedor abandona el bien o se pierde la posesión por intervención de un tercero¹³; en este último caso, dicha interrupción no se tendrá por efectuada conforme al Artículo 953° del Código Civil sí

¹² Si la Prescripción Adquisitiva ya se consumó, entonces la causal de interrupción será irrelevante.

¹³ Artículo 953°: Interrupción del término prescriptorio: Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.

el poseedor primigenio llega a recuperar la posesión del bien antes de un año de producida la posesión o si por sentencia se ordena la restitución del bien.

Por su parte, la Interrupción Civil se produce cuando el propietario reclama jurídicamente la posesión del bien¹⁴ o si el poseedor reconoce la superioridad de un derecho ajeno¹⁵. Las gestiones administrativas del propietario del bien o los requerimientos extrajudiciales carecen de entidad para poder interrumpir el decurso prescriptorio; al respecto, mediante CASACIÓN N° 188-2008-Lima, de fecha tres de diciembre del dos mil ocho y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha dos de diciembre del dos mil nueve, se señaló en el fundamento duodécimo: *“Que, en el caso de autos corresponde analizar si los recurrentes vienen ejerciendo o no la posesión pacífica del inmueble sub litis; en ese sentido se verifica en autos que los demandados poseen el referido bien desde el ocho de octubre del año mil novecientos noventa y tres, en mérito al Contrato Privado de Compraventa obrante a fojas ocho; y, que los mismos han sido requeridos notarialmente por los demandados Daniel Alberto, Luis Jaime y Diana Margarita Ballesteros Marroquín con fecha doce de agosto del año dos mil tres, para que desocupen el inmueble sub litis, quienes además en ese mismo año, les instauraron una demanda de Desalojo por Ocupación Precaria, obrando en autos a fojas doscientos diez copia de la sentencia recaída en dicho proceso, de fecha veinte de setiembre del año dos mil cuatro, que declaró infundada la demanda, en la que se señaló que la posesión ejercida por los ahora demandantes*

¹⁴ Por analogía se puede aplicar el Artículo 1996 numeral 3 del Código Civil, el cual indica: “Se interrumpe la prescripción por: (...) 3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad competente”.

¹⁵ Por analogía se puede aplicar el Artículo 1996 numeral 1 del Código Civil, el cual indica: “Se interrumpe la prescripción por: (...) 1. Reconocimiento de la obligación”.

*respecto del inmueble sub litis, se encontraba justificada por el Contrato Privado de Compraventa de fojas ocho y que dicho contrato resultaba válido mientras no sea declarada judicialmente su invalidez; siendo que dicha documental fue incorporada al proceso como medio probatorio extemporáneo, conforme se advierte a fojas doscientos veintidós; de lo que se colige, **que los recurrentes no ejercen la posesión pacífica requerida por el artículo novecientos cincuenta del Código Civil debido a que los demandados los han requerido para que desocupen el inmueble sub litis tanto judicial como extrajudicialmente**” (Negrita y subrayado es agregado nuestro)”;* al respecto, consideró que la Corte Suprema de Justicia de la República cometió un gran error al considerar que se había enervado la cualidad de pacífica en la posesión ejercida por el demandante por un requerimiento extrajudicial materializado en una Carta Notarial, puesto que, los debates jurídicos sin formalidad no alteran el hecho posesorio ejercida por el usucapiente.

En virtud a ello, el decurso prescriptorio únicamente puede ser interrumpido mediante procesos judiciales, ya sea reivindicatoria o posesoria, con el fin recuperar la propiedad o posesión del bien, donde dicha interrupción se dará a partir del emplazamiento con la demanda en contra del poseedor usucapiente; asimismo, es necesario mencionar que la interrupción del decurso prescriptorio mediante una acción judicial no produce ningún efecto si la demanda incoada es declarada infundada; por lo que, en tal caso no hay impedimento para poder declarar la prescripción adquisitiva a favor del usucapiente siempre y cuando haya cumplido con todos los requisitos (Gonzales, 2011).

1.3. Prescripción adquisitiva o usucapión

La Prescripción Adquisitiva, es un modo originario de adquirir la propiedad pues su adquisición no se deriva de ningún otro sujeto; es decir, no existe derecho anterior alguno con base en cual se transfiera la propiedad al usucapiente¹⁶.

En consecuencia, esta institución jurídica – permite al usucapiente que por la configuración de un hecho jurídico complejo – poseer un bien sea mueble o inmueble de manera pacífica, continua, publica y como propietario por un determinado plazo de tiempo – se convierta en propietario; se encuentra reconocida en el Artículo 950 del Código Civil¹⁷.

La Prescripción Adquisitiva es un mecanismo legal que permite al poseedor de un bien adquirir la propiedad del mismo, siempre y cuando haya desarrollado una conducta establecida por ley en un periodo de tiempo indicado en ésta. Es así un modo de adquisición originario puesto que tal adquisición se produce con independencia de cualquier relación de hecho o de derecho del titular anterior sobre el bien y que tiene como efecto principal transmitir al poseedor en virtud de un nuevo título, derecho prescrito, retrotrayendo el derecho de propiedad al día en que se inició la posesión (García, 2010), criterio que fue acogido por el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Civil, Familia y Contencioso Administrativa realizado en la Corte Superior de Justicia de Pasco, con fecha veintiséis de julio del dos mil once, donde al desarrollar el Tema Uno referido: *“Sobre la prescripción adquisitiva de dominio no existe uniformidad de criterio a nivel judicial respecto a la*

¹⁶ Cuando se señala que la Usucapión es un modo originario de adquirir el derecho de propiedad, se refiere a que la adquisición del derecho real no se basa en un derecho anterior alguno; es decir, el nuevo usucapiente no adquiere el derecho por el hecho de quien lo tenía se lo transfiere, sino que se convierte en titular del derecho mismo porque se ha venido comportando por un determinado tiempo como tal.

¹⁷ Artículo 950.- Requisitos de la Prescripción Adquisitiva: La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

declaratoria de la propiedad por usucapión. Es decir, el momento mismo, en que resulta ser el titular real originario de un inmueble y/o mueble: ¿Desde cuándo se es propietario ante la sentencia declarativa de propiedad?”, acordaron por unanimidad que: “Se adquiere por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria de la propiedad registrada, con efecto retroactivo al inicio de la posesión conforme se declara judicialmente, siempre respetando la carga o gravámenes inscritos en los Registros que no sucedan con los que bienes no inscritos”.

En lo concerniente a la Prescripción Adquisitiva, Musto (2000) nos indica lo siguiente:

Llamamos Prescripción Adquisitiva o usucapión a la adquisición de dominio (u otro derecho real) por la posesión (stricto sensu) continua e ininterrumpida, pública y pacífica, por el plazo que fija la ley. Donde el plazo variara según que, además de los elementos mencionados, se agreguen los de justo título y buena fe (diez años) o que falten ambos o alguno de ellos (veinte años). (p.484)

Puig (1994), por su parte refiere:

La Prescripción Adquisitiva o usucapión (de usucapio = adquirir por el uso) es la adquisición del dominio o de los derechos reales por medio de la posesión en concepto de dueño o de titular de derecho, durante el tiempo determinado por la ley...La usucapión ofrece de peculiar que consiste en un modo de adquirir derechos que al mismo tiempo es causa de que los pierda otra persona que se discutan estas dos cuestiones: la de que si se trata de un modo originario o derivativo de adquirir y la del fundamento de la institución. En la doctrina predomina el criterio de que se trata de una adquisición originaria en atención de que el usucapiente no se apoya en el derecho del

anterior titular, sino que la ley se lo atribuye en consideración a las circunstancias que concurren; donde precisamente porque el derecho del usucapiente no tiene por base el del anterior titular, se necesita la posesión y el transcurso del tiempo. Más razonable parece estimar que el fundamento de la usucapición, está en la conveniencia de proteger la seguridad jurídica y atender el interés social de amparar una situación estable frente al ejercicio tardío de los derechos. (pp. 327-328)

Según anota Albaladejo (2004):

El usucapiente, durante este tiempo y con esas condiciones, aparece, figura, actúa o viene comportándose como titular del derecho de que se trata (si es el de propiedad, como dueño de la cosa que sea; si se trata de usufructo, como si fuera usufructuario de la misma). Y ese derecho que realmente no le pertenece, se convierte en suyo en virtud de que ha venido apareciendo como si le correspondiese. (p.13)

Respecto a la Institución Jurídica de la Usucapición o Prescripción Adquisitiva, podemos mencionar, que ésta encuentra su fundamento en la propiedad, la cual tiene una existencia probable y cierta; por lo que, nos encontramos con una realidad externa que se manifiesta con el poder de hecho que una determinada persona ejerce sobre una porción de tierra; entonces, dicha situación que opera en el ámbito físico o externo, se convertirá – cumpliendo determinadas condiciones – en una realidad jurídica; es decir, la Usucapición es propiedad. Sí la aseveración antes mencionada nos conduce a que la propiedad es usucapición, entonces la usucapición es posesión; por lo tanto, la propiedad es posesión; es decir, la posesión se convierte en la causa moral y jurídica de la propiedad (Álvarez, 1986).

Ante esto, para el reconocimiento legal de la propiedad a un determinado sujeto se requiere de una manera acreditar la posesión. Por consiguiente, de lo expuesto anteriormente,

se puede mencionar que la Prescripción Adquisitiva o Usucapión, es el medio de convertirse en propietario por efecto de una posesión autónoma y sin dependencia de otro, que se extiende por un largo periodo de tiempo y siempre que el anterior titular no muestre una voluntad formal de contradicción¹⁸.

1.3.1. Fundamento de la Prescripción Adquisitiva o de la Usucapión

En este contexto, conociendo la definición de la Prescripción Adquisitiva, cabe preguntarse porqué un sistema jurídico que consagra al interior de su Carta Magna una protección hacia el derecho de propiedad¹⁹ permite que un poseedor se convierte en propietario a expensas de otra persona que sí tiene un título de propietario. La respuesta a esta interrogante, se encuentra en la prueba que debe de tener el propietario para probar que es el titular de dicho derecho.

Si aplicamos el principio romano “Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet” (*Nadie puede transmitir más derecho del que posee*) a la realidad jurídica actual, el propietario de un determinado bien tendría que probar su derecho, no sólo acreditando que la obtuvo mediante medios legítimos de su antecesor, sino también que dicho antecesor o transferente era propietario; y éste, a su vez, no tendría otro medio de probar su derecho que acreditar el de la persona de quien la obtuvo; y así de manera sucesiva, tendríamos que remontarnos, para cada caso, a la propiedad originada por el Estado, o bien, la investigación sobre la titularidad del derecho se perdería en el tiempo sin que fuera posible establecer con certidumbre la autenticidad

¹⁸ Se da similar modo adquisitivo respecto a cualquier otro derecho real (usufructo, superficie, servidumbre) siempre que la posesión sea compatible con el derecho que pretende adquirirse.

¹⁹ Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 70: “El derecho de Propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley (...)”.

de la titularidad de ese derecho; dicha situación en la antigua Roma era conocida como la *probatio diabólica* (Gonzales, 2011).

Ante la dificultad de la *probatio diabólica*, el ordenamiento jurídico establece un mecanismo de prueba de la propiedad: la usucapión o la prescripción adquisitiva. Entonces, la importancia de esta figura jurídica radica en que tiene como función principal: la de aligerar los medios de prueba que debe de presentar el poseedor con legítimo derecho a la propiedad para obtener el título de propietario; sin embargo, al darse este tipo de beneficio probatorio, también se está permitiendo que aquellos poseedores sin un derecho legítimo a la propiedad puedan adquirir ésta, es por ello que la ley, en estos casos, ha fijado un tiempo más largo para poder adquirir la propiedad. La ventaja de ello es doble: elimina situaciones dudosas o litigiosas, que siempre son inconvenientes, y al mismo tiempo, se incentivan los actos de inversión y explotación económica una vez cesada la incertidumbre (Moisset, 1998).

En conclusión, la usucapión es una solución de seguridad jurídica, en virtud de la cual, no importa ya el origen de la propiedad ni la validez y legalidad de los actos sucesivos de transmisión, ni la capacidad de los otorgantes o la formalidad de los títulos. Todo ello es reemplazado con un mecanismo dogmático y absoluto de prueba de la propiedad, basado en el hecho fenoménico incontrastable de la posesión por un largo período de tiempo. Es el triunfo de una apariencia que, por razones sociales y económicas de primera magnitud, se impone como verdad. (Gonzales, 2011).

1.3.2. Fines de la Usucapión

Uno de los problemas fundamentales del Derecho privado práctico es lograr que el propietario pueda contar con un título seguro; es decir, se busca configurar un régimen legal que permita responder con facilidad a las siguientes preguntas: a) ¿Quién es el propietario de un bien?, b) ¿Qué títulos puede exhibir el propietario como prueba eficaz?, c) ¿Qué otros derechos concurren con el propietario respecto al mismo bien?

La Institución Jurídica de la Prescripción Adquisitiva o Usucapión es muy utilitaria; por lo que, se hace necesario mencionar cuales son los fines que persigue:

- a) **Usucapión y seguridad jurídica:** Desde muy antiguo se advirtió que la determinación de la propiedad es un tema de gran complejidad, en tanto la adquisición a título derivativo exige la investigación preliminar sobre la titularidad del enajenante, pues, en este ámbito, rige el principio “*nadie puede transmitir más derecho del que tiene*”, lo que implica verificar la legalidad de toda la cadena de transmisiones que se ha realizado mediante actos sucesivos y válidos desde el propietario originario hasta llegar al actual (*probatio diabolica*).

Sin embargo, la dificultad de tal evaluación (Romero, 1978), origina que el ordenamiento jurídico deba establecer un mecanismo dogmático de adquisición de la propiedad: la usucapión. De esta forma, la usucapión subsana la eventual irregularidad de los títulos (Avendaño, 2011).

La importancia de esta figura, como esencia misma de la propiedad, es destacada por la jurisprudencia francesa la de aligerar los medios de prueba que debe de presentar el poseedor con legítimo derecho a la propiedad para obtener

el título de propietario. No obstante, con esta finalidad que persigue la Prescripción Adquisitiva, habrá algunos que señalarán que también se está permitiendo que aquellos poseedores sin un derecho legítimo a la propiedad puedan adquirir ésta, es por ello que la ley, en estos casos, ha fijado un tiempo más largo para poder adquirir la propiedad. Ya que la otra salida, consistente en eliminar la institución jurídica de la prescripción adquisitiva resultaría claramente inconveniente y antieconómica (Gonzales, 2011).

En este orden de ideas, la usucapión es una solución de seguridad jurídica, por lo que, a través de ella, no importa, ya, el origen de la propiedad ni la validez y legalidad de los actos sucesivos de transmisión, ni la capacidad de los otorgantes, ni la formalidad de los títulos o la individualización de los predios. Todo ello se reemplaza con un mecanismo dogmático y absoluto de prueba de la propiedad²⁰, basado en el hecho fenoménico incontrastable de la posesión por un largo período de tiempo. Es el triunfo de un aparecer que, por razones sociales y económicas de primera magnitud, se impone como verdad.

b) Usucapión y economía: La prescripción adquisitiva no sólo cumple una relevante función de seguridad jurídica, sino, que hace posible un fin, tan importante como el anterior, de impulso de la producción con miras en la economía. La sola seguridad o certeza de las relaciones jurídicas no es admisible. De este modo, la prescripción adquisitiva incentiva los actos de

²⁰ La sentencia de veintitrés de octubre de dos mil ocho, que dio lugar al Segundo Pleno Civil de la Corte Suprema (Exp. N° 2229-2008 - Lambayeque), indica en su considerando cuatrigésimo tercero: “En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley. Sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas”.

inversión y de explotación económica del bien, pues la producción y el trabajo finalmente son objeto de reconocimiento legal. El propietario abstencionista o inactivo, que no ejerce ningún tipo de acto posesorio, termina despojado por el poseedor que pone trabajo y capital. La usucapión es una consecuencia beneficiosa para el sujeto que usa y disfruta de los bienes, pues, el dominio se justifica en el esfuerzo; mientras que el propietario inactivo es castigado, en tanto su omisión perjudica a la economía en general, pues deja que la riqueza se mantenga improductiva.

La usucapión hunde sus raíces en el ámbito social y colectivo, por lo cual se identifica con la propiedad misma. Así, la prescripción adquisitiva responde a la eterna necesidad moral de justificar la titularidad de unos y el despojo de los otros, lo cual se basa en el trabajo y esfuerzo individual. La posesión es trabajo; y el desarrollo personal, familiar, social y nacional se fundamenta en ello. La obligación de producir y explotar la riqueza es un imperativo que surge de la colectividad misma para evitar que los recursos sean desperdiciados y abandonados (Gonzales, 2011).

Por su parte, la posesión representa la situación dada, el *statu quo*, la estabilidad de las relaciones sociales y económicas que llegado a un punto en el tiempo da lugar al mejor título adquisitivo (Álvarez, 1986).

- c) **Usucapión y sanción:** En efecto, si la riqueza existe para el aprovechamiento individual y social; entonces, la conducta de desprecio desplegada por el propietario que no lleva ningún acto posesorio sobre el bien del cual es titular,

debe producir una consecuencia desfavorable en el titular, y que no puede ser otra que la pérdida del derecho.

1.3.3. Adquisición en la usucapión ordinaria y en la usucapión extraordinaria

A consideración de Albaladejo (2004), al analizar los gravámenes que afectan el bien a usucapir, señala:

El usucapiente adquiere el derecho originariamente, y por tanto, no le afectaran las limitaciones que tuviese el del anterior titular; es decir, adquiere el derecho que viene poseyendo, y tal como viene poseyendo, si se trata de la Usucapión Extraordinaria, ya que en ésta solo importa la posesión; pero si trata de la Usucapión Ordinaria, en la que juegan, también el justo título y la buena fe, adquiere el derecho tal como, además de haberlo poseído, estaba configurado por el justo título y la buena fe. Entonces, si poseyó el bien en uno o en otro como gravado, por ejemplo, por un usufructo o una servidumbre, adquiere sólo su propiedad nuda en el caso del usufructo, o su propiedad limitada por la servidumbre. (p. 23)

Con respecto a lo señalado, coincido enteramente con él en lo referido a que mediante la figura jurídica de la prescripción adquisitiva o usucapión se adquiere de manera originaria el derecho de propiedad, lo cual se va a dar con mayor grado en intensidad en la Usucapión Extraordinaria, en donde sólo es relevante la posesión por el plazo prescrito por la ley. En cambio, en la prescripción adquisitiva corta u ordinaria, el usucapiente adquiere el derecho tal como está configurado con el justo título.

1.4. Modalidades de la usucapión

1.4.1. Usucapión ordinaria

De conformidad con el segundo párrafo del Artículo 950 del Código Civil, se señala que *“la propiedad de los bienes inmuebles se adquiere por usucapión ordinaria cuando a la posesión continua, pacífica, pública y en concepto de propietario por el plazo de cinco años, se le suma el justo título y la buena fe”*; y según el Artículo 951° del Código Civil, *“en el caso de los bienes muebles los requisitos son los mismo, pero el plazo de posesión es de dos años”*. La prescripción adquisitiva ordinaria va llegar a reducir el plazo de la prescripción, ya que el justo título y la buena fe rodean al poseedor con una mayor apariencia de legitimidad (Álvarez, 1986).

Antes de hacer hincapié respecto al justo título y la buena fe como requisitos exclusivos de la prescripción adquisitiva ordinaria, debe de mencionarse que dentro de la práctica jurídica actual se viene señalando que en la prescripción adquisitiva ordinaria la propiedad que adquiere el poseedor es exclusivamente en mérito al justo título; esto es un craso error, ya que conforme se mencionó anteriormente, la prescripción adquisitiva o la usucapión es un modo originario de adquirir la propiedad, donde el usucapiente se convierte en propietario por la posesión, no por el justo título, ya que éste es un título imperfecto, y sólo sirve para poder acortar el plazo; por lo que, no hay un acto bilateral válido.

- a) **Justo Título:** El requisito del Justo Título en la Prescripción Adquisitiva es muy importante, ya que permite al poseedor corregir un error (adquiere la posesión de un no propietario); y a la vez, le hace adquirir la propiedad del bien usucapido. Es de mencionar, que nuestro Código Civil difiere, en cuanto no

define lo que es el justo título; situación distinta ocurre con el Código Civil de España, el cual en su Artículo 1952° define al justo título como: *“El que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”*.

Respecto al Justo Título, Planiol y Ripert señalan: *“Justo Título es el acto que tiene por finalidad la transmisión de la propiedad y que la hubiera transmitido efectivamente si hubiera sido celebrada con el verdadero propietario”*. Así, en este mismo sentido, Albaladejo (1996) señala:

Significa acto (título no se toma en su acepción de documento) transmisivo, como compraventa, donación, transacción, permuta, etc., apto para haber producido la adquisición del derecho de propiedad u otro) de que se trate, si bien en el caso concreto no la produjo, por cualquier razón externa a él (por ejemplo, porque la cosa que compramos o se nos donó o concedió en transacción, no era del vendedor o donante o transigente)...La justicia del título es su aptitud para hacer adquirir en abstracto (de hecho, no) el derecho a usucapiente, porque así adquirido, la posesión que tendría sería justa, ya que le correspondería por la pertinencia del derecho adquirido en virtud del título. (p.103)

Estas definiciones del Justo Título es la que mayoritariamente ha sido recogida por la doctrina; así es que en este sentido podemos afirmar que el justo título implica que el poseedor ha tomado el control sobre el bien en base a una causa posesoria; es decir, a un acto jurídico válido y verdadero, con virtualidad (potencialidad) de transferir la propiedad; es decir, el justo título es un acto

traslativo de dominio, más el error que contiene el título hace que no adquiera la propiedad, ya que el único defecto que presenta es la falta de titularidad en el enajenante (Albaladejo, 2004). En consecuencia, el justo título será cualquier negocio o acto jurídico a título particular (no universal como la herencia) cuya finalidad principal sea la transferencia de la propiedad, implica la efectiva salida de un bien del patrimonio de un sujeto y el ingreso a otro patrimonio, cuyo único defecto sea que el enajenante no es el titular del derecho que pretende transferir; razón por la cual, el defecto en la titularidad del transferente será subsanado mediante el plazo de posesión que regule el ordenamiento jurídico²¹. Entre las principales características que debe de tener el título, se encuentran:

- **El Título Justo:** El título debe de ser justo; es decir, legalmente suficiente para producir la transferencia de la propiedad por sí solo, con el único vicio de la falta de titularidad; es decir, el justo título debe de estar rodeado de todas las formalidades extrínsecas del acto jurídico (Musto, 2000).

En tal sentido, se requiere que el poseedor haya entrado en posesión del bien en virtud de un acto que, según su propia naturaleza, se encontraba investido de todas las formalidades para poder transferir la propiedad a título particular, como la venta, la donación, permuta, entre otros. En este orden de ideas, si el justo título es necesariamente un acto traslativo de dominio; entonces, un acto que no reúne esa característica no es un documento imperfecto que permita la prescripción adquisitiva. De este modo, se

²¹ Si “A” no es el propietario del bien, “B” no adquiere el dominio a pesar de que se hayan cumplido todas las formalidades de la transmisión, por lo que deberá esperar el plazo de la prescripción, recién entonces, habrá adquirido el dominio del bien.

encuentran dentro del campo de justo título, los contratos preparatorios, ya que este tipo de acto jurídico no buscan una transferencia inmediata de la propiedad, ni los contratos con pacto de reserva de propiedad o sujetos a la condición suspensiva cuando no se acredite la cancelación del predio o el cumplimiento del hecho futuro. En estos casos no sólo queda descartada la prescripción ordinaria sino también la extraordinaria, ya que no se cumple con el requisito de posesión a título de propietario (Gonzales, 2014b).

Título Verdadero: Según, Hernández (1980):

La exigencia de que el título haya de ser verdadero es redundante, porque si la ley requiere de un título, y si éste no es verdadero, en rigor, falta el título. No existen títulos verdaderos y no verdaderos. La verdad del título concierne al ser del mismo. (p.105)

Por título verdadero se tiene que el acto o negocio jurídico debe de tener una existencia real y, además, no tratarse un título simulado o falso²².

- **Título Valido:** Según Hernández (1980), respecto al justo título válido:

Hay dos títulos que no son válidos: a) el radicalmente nulo o inexistente, y, b) el contrario a las normas imperativas y a las prohibidas y en contrario a la moral y al orden público”, agrega “Es válido el título que, no estando comprendido en las anteriores adolezca sin embargo de algún defecto o

²² Por ejemplo, un campesino que adquiere en propiedad un predio en virtud de un contrato de compraventa que toma en posesión parcelas de terreno, las cuales no están señaladas en el contrato de compraventa, no podrá invocar prescripción adquisitiva ordinaria aun cuando actué de buena fe, ya que dichos predios no se encuentran señalados en el título.

imperfección que, sin excluir su validez, le hace impugnabile mediante una acción de anulabilidad o de rescisión. (p. 106)

Entonces, el título no puede estar afectado por ninguna causal de nulidad o ineficacia radical; sin embargo, se tienen por admitidos los títulos anulables ya que estos gozan provisionalmente de validez hasta que sean declarados judicialmente nulos (Gonzales, 2005).

b) Buena Fe: El otro requisito exigido para poder adquirir la propiedad mediante la usucapión ordinaria es la Buena Fe; nuestro Código Civil de 1984 la ha definido en su Artículo 906°, la cual indica: *“La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre su vicio que invalida su título”*; de la definición legal se pueden llegar a desprender que la buena fe es la creencia del adquirente que es el legítimo propietario del bien; por lo tanto, el adquirente actúa por ignorancia o por error de hecho o de derecho respecto de los vicios invalidatorios que afectan la posesión que ha adquirido mediante su justo título, la cual funda dicha creencia.

Conforme se advierte, la buena fe no sólo es una creencia fundada es un estado psicológico del poseedor. La buena fe sí es una creencia, pero debe de responder al modo de actuar honesto de una persona; por lo tanto, la buena fe nunca debe de fundarse en un error inexcusable, pues existe un deber de actuar diligentemente. La duda del poseedor respecto a su legitimidad normalmente debe equiparse con la mala fe, salvo que la duda pueda ser desvanecida con un actuar de diligencia superlativo que no se justifique por las circunstancias.

II. ANALISIS DEL EXPEDIENTE

Que, después de la revisión del expediente civil se puede apreciar que, han existido ciertas deficiencias en el desarrollo del proceso, dentro de ellas se puede destacar las siguientes:

2.1. La Demanda.

Delia Rivera Vda. de Lozada, interpone demanda sobre Prescripción Adquisitiva de Dominio del bien inmueble ubicado en el lote 10 de la Manzana M, del Barrio de Yanachaca, Distrito de Caraz y Provincia de Huaylas, con una extensión superficial de 142.70 m², contra la Municipalidad Provincial de Huaylas, representado por su alcalde el señor Renzo Martínez Canchumani, cuya defensa deberá ser asumida por el Procurador Publico Municipal, bajo los siguientes fundamentos de hecho:

- Se aduce la posesión del predio descrito en el petitorio de esta demanda, desde octubre del año 1985, por haber ingresado a ocuparlo luego que falleciera su anterior poseedor, el señor Pedro Gomero Vega, el 13 de setiembre de 1985, el mismo que a su fallecimiento lo dejo en total abandono. Posesión que he continuado detentándolo, hasta la actualidad, al no haber aparecido persona alguna que reclamara algún derecho sobre dicho inmueble, tanto más si según los certificados negativos de Inscripción de Testamentos y Sucesión Intestada que adjunto, no se registra heredero alguno.
- Dicha posesión la ejerzo como propietaria en forma directa, pacífica y publica, desde el mes de octubre de 1985. Por lo que mi posesión es desde hace más de 30 años, en forma continua.

- Como quiera que, en el año 2005, cuando COFOPRI realizo el saneamiento físico y leal de los inmuebles de la ciudad de Caraz, yo no contaba con título de propiedad sobre el inmueble en litigio; como parte del proceso de saneamiento se inscribió el mismo, en nombre de la Municipalidad Provincial de Huaylas, tal como se encuentra inscrito hasta la actualidad.
- Las cuponerías del Impuesto Predial y Arbitrios Municipales, respecto al inmueble, cuya titulación demandó, vienen expidiéndose en nombre de la sucesión Gomero Vega Pedro; aun cuando yo soy quien viene pagando los tributos correspondientes, tal como aparece en los documentos que adjunto.
- Precisamente en mi condición de poseionaria del inmueble mencionado, por ante la Municipalidad Provincial de Huaylas, he tramitado la Constancia Negativa de Catastro N° 0102-2015, el Certificado de Zonificación N° 23-2015-UCEUI-MPH y la Constancia de Posesión N° 092-2015; con los que pruebo que la posesión que detento es de forma directa, pacífica, continua y pública y como propietaria desde hace años.
- En consecuencia, invocando mi legítima posesión sobre el inmueble, interpongo la presente demanda, para que se me declare PROPIETARIA POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO, por considerar que, para ejercitar la presente acción, es requisito únicamente señalar la forma de como adquirí el inmueble y mi posesión por más de 10 años, los requisitos legales y entre otros que cumplo ampliamente.
- Y como ya se ha indicado el inmueble se encuentra inscrito a nombre de la Municipalidad Provincial de Huaylas, pero no por que dicha entidad haya ejercido dominio sobre el bien inmueble, motivo por el cual la demanda será interpuesta en contra de dicha entidad.

ANÁLISIS DE LA DEMANDA

- a) Los requisitos que debe contener toda demanda se encuentran prescritos en el Art.424° del Código Procesal Civil, la misma que guarda estrecha concordancia con lo establecido en el Art. 130° del citado Código que prevé la forma del escrito.
- b) En la demanda no se ha descrito las edificaciones existentes en el predio materia de litis, tal como lo dispone el inciso 2) del artículo 505 del Código Procesal Civil, tampoco se ha emplazado de manera expresa a la sucesión intestada del causante Pedro Gomero Vega como se puede ver en el petitorio de la demanda, y no se presentó un juego más de la demanda y sus anexos para la respectiva notificación al Procurador Publico de la Municipalidad Provincial de Huaylas, por lo que según lo considerado líneas anteriores se declaró inadmisibile mediante la Resolución N° 01 de fecha diecinueve do enero del 2016, ya que la demanda carecía de un requisito de forma pero susceptible a ser subsanado, como se realizó mediante el escrito N° 02, de fecha 03 de febrero del 2016, presentado por la demandante, para así no afectar el desarrollo del proceso.
- c) No se debe olvidar que el escrito de la demanda constituye la base de todo el proceso y si esta no cumple con los requisitos establecidos en la norma sustantiva pueden poner fin al proceso.

2.2. La Contestación De La Demanda.

Con fecha 13 de junio del 2016, la Municipalidad Provincial de Huaylas representada por su procurador Publico Municipal, se apersona en merito a la Resolución de Alcaldía N° 03-2016-MPHy, asimismo absuelve la demanda bajo los siguientes términos:

Pronunciamiento sobre los fundamentos de hecho de la demanda:

- La Municipalidad Provincial de Huaylas señala que desconocen si la demandante viene ocupando el predio desde el año 1985, si bien es cierto que en la actualidad esta posesionando, eso no quiere decir que viene ocupando desde hace 30 años, asimismo, es cierto que la entidad le otorgó una Constancia de posesión pero que en dicha constancia no indica que la posesión sea por más de diez años, además refiere que es cierto que COFOPRI título el predio en nombre de la entidad demandada, también que es cierto que los arbitrios municipales se vienen pagando a nombre de Gomero Vega Pedro, y que en ningún documento aparece el nombre de la demandante.

Fundamentos de hecho de la contestación:

- Que, la demandante solicito la Prescripción Adquisitiva de Dominio del predio urbano constituido por el Lote 10 de la Manzana M del Barrio de Yanachaca, Distrito de Caraz, Provincia de Huaylas-Ancash, constituido por un lote de terreno con una construcción rústica antigua de adobes y una parte de techo de calamina.
- Que, dichos predios son de propiedad de la Municipalidad Provincial de Huaylas, tal como la misma demandante lo reconoce en sus 2.3 y 2.7 de sus fundamentos de hecho de la demanda.
- Que, la demandante adjunta como medio probatorio la Copia Literal de la Partida N° P37012210 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° VII - Sede Huaraz, dicho medio se acredita la propiedad del predio a nombre de la Municipalidad Provincial de Huaylas.

- Por lo expuesto, no habiendo duda de que dicho predio esté titulado a nombre de la Municipalidad, la presente demanda debe de ser declarado INFUNDADA en todos sus extremos.

ANÁLISIS DE LA CONTESTACIÓN

- a) En esta etapa procesal con escrito N° 01 de fecha 13 de junio del 2016, la Municipalidad Provincial de Huaylas, representada por su Procurador Publico Municipal contesta la demanda solicitando se declare infundada la demanda en todos sus extremos señalando como fundamento principal que desconocen que la demandante venga ocupando el predio materias de litis y si bien es cierto que en la actualidad se encuentra en posesión ello no acredita el tiempo necesario para interponer una demanda de prescripción adquisitiva de dominio, además que el predio se encuentra titulado a nombre de su representada como consta en los Registro Públicos.
- b) Cabe señalar que la contestación cumple con los requisitos previstos en el artículo 442° del Código Procesal Civil y se encuentra dentro del plazo legal que se establece en un proceso abreviado, por lo que mediante la Resolución N° 04 se tiene por absuelta la demanda por parte de la demandada Municipalidad Provincial de Huaylas.
- c) En lo que respecta a la contestación del Curador Procesal representando a los sucesores del causante Pedro Gomero Vega, se allana a la demanda interpuesta.

2.3. Audiencia Única:

Con fecha seis de abril del 2017, el Juzgado Civil Transitorio de Caraz, se llevó a cabo la audiencia de Saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos, en el cual se

emite la Resolución N° 11, que RESUELVE DECLARAR SANEADO el proceso, bajo los siguientes considerandos:

PRIMERO: Que, la demanda ha sido admitida en la vía abreviada, teniendo en cuenta la naturaleza de la litis tal como se advierte de la resolución número tres de fecha trece de abril del dos mil diecisiete.

SEGUNDO: Que, los demandados no han deducido excepciones, defensas previas ni nulidades de especial consideración que deban ser resueltas antes de la presente audiencia.

TERCERO: Que, de la revisión que se hace de los actuados, se verifica que al proceso concurren las condiciones de la acción y los presupuestos procesales que harán viable un pronunciamiento válido y oportuno sobre el fondo de esta litis.

Fijación de puntos controvertidos: El Juez junto con las partes presentes y con los intervinientes, procede a fijar los puntos controvertidos, siendo los siguientes:

- Determinar el tiempo de posesión que viene ejerciendo la demandante respecto al predio urbano en el lote 10 de la manzana M del Barrio Yanachaca, distrito de Caraz, provincia de Huaylas y departamento de Ancash, constituido por un lote de terreno con una construcción rústica antigua de adobes y una parte con techo de calaminas, de una extensión superficial de 142.70 m², con las medidas y colindancias siguientes: por el frente con el pasaje La Merced, en línea recta en 8.60 ml, por la derecha colinda con el lote 3 de propiedad de la Estación de Servicios San Antonio S.A.C. y con el lote 9 representado por el Estado Peruano – Municipalidad Provincial de Huaylas. En línea quebrada de cinco tramos de 3.65;

3.20; 2.00; 5.55 y 5.00 ml, por la izquierda colinda con el lote 11 de propiedad del señor Agustín Noe Obregón Valverde y de la señora Maritza Octavia Ñiquen Arteaga y con el lote 2 de propiedad de la señora Silvestrina Máxima Trujillo Huarac, en línea quebrada de tres tramos de 5.25; 11.00 y 2.50 ml y por el fondo colinda con el lote 3 de propiedad de la Estación de Servicios San Antonio S.A.C. en línea recta de 7.35 ml, inmueble que se encuentra inscrito en la partida P37012210 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° VII – Sede Huaraz.

- Determinar a mérito de que título fue adquirido por la accionante el referido inmueble.
- Determinar la ubicación exacta del predio en referencia.
- Determinar el tiempo de posesión del predio materia de litis, y si la posesión que dice ostentar la accionante lo ha sido y lo viene siendo de manera pública, pacífica, continua o ya sea de buena o mala fe.
- Determinar si es que como tal se debe declarar a la accionante propietaria por prescripción respecto al predio materia de litis.

ANÁLISIS DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

- a) Para establecer la existencia de una relación procesal válida es necesario revisar los elementos que lo conforman, básicamente los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.
- b) Elementos que son encontrados en este proceso, por lo que se puede decir que existe una relación procesal válida, siendo que en el presente caso se advierte que dichos

elementos concurren, resaltando el hecho de que los intervinientes en el acto materia de prescripción adquisitiva de dominio, han sido debidamente emplazados, estableciéndose así una relación jurídico procesal válido entre la demandante y los demandados.

ANÁLISIS DEL OFRECIMIENTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

- a) El artículo 189° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorio, en el caso materia de análisis, la demandante y el demandado (Municipalidad Provincial de Huaylas) presentan medios probatorios dentro de los plazos.
- b) Con respecto al Curador Procesal no presenta ningún medio probatorio dentro del proceso.

2.4. La Sentencia:

Mediante la resolución N° 20 (SENTENCIA), de fecha 5 de julio del 2017, con el que se resuelve lo siguiente: DECLARANDO FUNDADA la demanda de prescripción adquisitiva de dominio interpuesta por Delia Rivera Vda de Lozada contra la Municipalidad Provincial de Huaylas; bajo los siguientes considerandos:

- Respecto al bien materia de pretensión de prescripción adquisitiva, resulta ser el que se encuentra ubicado en el Pasaje La Mercer S/N signado como Lote 10 de la Manzana “M” del Barrio de Yanachaca, Distrito de Caraz, Provincia de Huaylas, Departamento de Ancash; constituida por un lote de terreno con una construcción rustica de adobes y

una parte con techo de calaminas, de una extensión de 142.70 m², Inmueble que se encuentra inscrito en la Partida P37012210 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° VII – Sede Huaraz, conforme queda acreditado en el plano de distribución, de fojas cuatro a fojas siete, así como la copia literal certificada de la respectiva Partida Registral que corre a fojas once a fojas catorce de autos. Dicho inmueble aparece en dicha partida registral como propietario del inmueble la Municipalidad Provincial de Huaylas.

- Respecto a determinar si la demandante Delia Rivera Viuda de Lozano, ejerce sobre la bien inmueble materia de prescripción de materia adquisitiva de dominio de posesión pacífica y pública por un periodo ya mayor de diez años exigidos para obtener la propiedad del mismo vía usucapión, en principio tenemos que la posesión, en tanto hecho propio de la realidad física, solo puede ser reconocida jurídicamente en cuanto se manifiesta socialmente. La posesión pública implica que esta se ejerce de modo visible, y no oculta, de modo que se pueda revelar exteriormente la intención de sujetar la cosa. La publicidad no requiere que el propietario tome conocimiento de la situación posesoria ajena, pues vasta la objetiva posibilidad, medida de acuerdo a los cánones sociales, de que cualquier tercero advierta la existencia de esa posesión.
- En tal sentido, para el efecto de emitir pronunciamiento sobre la pretensión incoada en estos autos, cabe indicar que la posesión no se presume, sino tiene que ser necesariamente probada, en consecuencia, le corresponde a la demandante realizar la actividad procesal destinada a convencer al juez de la existencia de esa situación de hecho; así sustenta su pretensión de prescripción adquisitiva en que con fechas mes de octubre del año 1985, es posesoria del predio urbano descrito en el Petitorio, por haber

ingresado a ocuparlo, luego de fallecer su anterior poseedor el señor Pedro Gomero Vega, el trece de setiembre de 1985, posesión que lo ha detentado de forma pública, pacífica y continua, lo cual queda probado con el pago del impuesto predial, cuyas declaraciones de autoevaluó corresponde del año 2002 al 2015, corren a fojas quince, dieciséis, y de fojas diecisiete a fojas veintiséis, es decir la actora ha seguido en posesión del inmueble, sin solución de continuidad.

- Que así, mismos que la posesión que ostenta la demandante queda corroborado aún más que la Constancia de Posesión N° 092-2015 de fecha veintiséis de noviembre del dos mil quince, emitido por el Gerente de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad Provincial de Huaylas, que es la demanda y que corre a fojas siete, la Memoria Descriptiva y anexos que corren a fojas cuatro, las declaraciones de los testigos Agustín Noé Valverde y Maritza Octavia Ñiquén de Obregón, actuados en la audiencia de pruebas de fojas 238 a 241, quedando así mismo acreditado en autos el requisito de posesión pacífica, pública y continua que ejerce la demanda sobre el bien materia objeto de la prescripción adquisitiva de dominio, no siendo desvirtuada en ninguna forma, por la parte demandada. En tal sentido, la posesión se da por el hecho de poseer durante un plazo y bajo ciertas condiciones, sin incluso necesidad de que el antiguo dueño preste consentimiento o autorice la transmisión.
- A efecto la usucapión, no importa si es que dicha posesión fue obtenida de manera ilegítima como la posible invasión, sin o con la autorización del propietario; y, en caso de autos queda establecido y de manera inequívoca que la hoy demandante entro en posesión del inmueble desde el fallecimiento de su anterior poseionario que en vida fue Pedro Gomero Vega; pues, este hecho queda acreditado con las declaraciones

juradas y declaraciones de auto avalúo que corren a fojas quince, dieciséis y de fojas diecisiete a veintiséis de autos que están a nombre del referido finado y que han sido canceladas por la demandante; y por lo tanto dicha posesión la ha mantenido sin que haya sufrido algún despojo o interrupción hasta la actualidad, lo cual queda advertido en el presente proceso con la inspección judicial practicado en el bien materia de prescripción obrante a fojas 282 a 284 de autos. Así tenemos un hecho posesorio pacífico, es decir, se ejerce sin violencia, la cual en autos queda desvirtuada la existencia de actos de violencia, quedando establecido que estamos frente a una posesión pacífica por parte de la actora.

- En este sentido tenemos que la usucapión premia al poseedor, y no importa las relaciones personales, empresariales, familiares o sociales que permitieron o dieron origen a la posesión. El derecho de propiedad se adquiere en virtud de la posesión por un tiempo determinado, en forma objetiva, y sin importar las cuestiones subjetivas que rodearon al poseedor. Por el mismo motivo, todos los poseedores ganan por usucapión siempre que tenga en conjunto el control de autónomo y efectivo sobre el bien; y dicho autocontrol y dominio sobre el bien queda acreditado en autos, con lo establecido que la demandante y su familia ejerce la posesión sobre el predio materia del presente proceso, cumpliendo con la existencia prevista en el artículo 950° del Código Civil, por lo que debe ampararse la presentación de prescripción adquisitiva al comprobarse la concurrencia de las exigencias legales. Tal como se ha precisado queda establecido con los medios probatorios actuados que la demandante ostenta la posesión del inmueble materia de prescripción desde que falleciera Pedro Gomero Vega, en septiembre del 1985.

- Para el caso de autos, tenemos que no ha existido acto alguno de perturbación en la posesión que ha ostentado y ostenta la demandante, desde que entró en posesión del bien.
- Respecto al animus domini, vale decir la posesión en concepto de propietario es la voluntad dirigida a apropiarse de la cosa como suya, sin reconocer posesión superior, lo que se manifiesta mediante la causa posesoria; y, en forma complementaria, por los actos extremos, notorios y constantes del poseedor que la corroboran. En tal sentido la posesión que se ejerce en concepto de propietario se prueba o se deduce de los actos extremos desarrollados por la demandante poseedora, conforme se ha demostrado con los medios probatorios ya valorados.
- La prescripción adquisitiva de dominio tiene plena legitimación constitucional, que se sustenta en la cláusula de “función social de la propiedad”, o la del “bien común” como se llama en nuestro texto fundamental, esta cláusula permite la intervención del legislador sobre el derecho de la propiedad, ya sea para moldearlos, configurarlo, restringirlo y también extinguirlo cuando se produzcan hipótesis que atenta con el interés general, si el bien común propende que la riqueza alcance a todos, mediante políticas redistributivas y de justicia social, entonces resulta intolerable que deba proteger la situación de un propietario ausente y negligente, quien no solo renuncia a obtener provecho económico de la titularidad que el ordenamiento jurídico le ha reconocido, sino que además causa un daño general a la sociedad, pues permite que un bien no produzca lo que normalmente no debería. En otras palabras, no puede tolerarse bajo ningún concepto que un propietario perjudique a todos con su desidia. Ello significaría que el interés individual, sin ningún motivo legítima, se impone al interés general.

- Como lo prescribe el artículo 952° del Código Civil, quien adquiere un bien por prescripción puede establecer juicio para que se le declare propietario. La sentencia que se accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. Ante lo cual conforme a la pretensión de que se disponga la inscripción de la propiedad adquirida vía prescripción y se cancele el asiento registral respecto al anterior propietario, debe ampararse, en cuanto se establezca el cumplimiento de las exigencias previas en el artículo 950° del referido código, declarándose propietario del bien por usucapión a la demandante.
- Conforme lo prevé en artículo 412° del Código Procesal Civil, la condena de costas y costos procesales corresponde a la parte vencida; sin embargo, en el presente caso por tratarse que la demandada es el estado o sea el Gobierno Local Municipal Provincial de Huaylas, está exenta del pago de costas y costos.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- a) Con respecto a la sentencia de primera instancia, el A quo no ha valorado de forma necesaria y acertada los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante, como por ejemplo de los pagos de autoevaluó que están a nombre de los sucesores de quien en vida fue el anterior poseedor el señor Pedro Gomero Vega, asimismo no se evaluó al tercer testigo, siendo esto una causal para declarar infundada la demanda por no cumplir con lo establecido en el Código Procesal Civil en su artículo 505° inciso 4), que regula solo el ofrecimiento de no menor de tres testigos ni mayor de seis testigos, lo que en el presente caso solo se actuó a dos testigos.

- b) Considerando de esta manera que la sentencia de primera instancia no es correcta pues existió la vulneración del principio a la debida motivación o fundamentación que debe tener toda sentencia, a su vez el incumplimiento normas prescritas en el ordenamiento jurídico, tales como el artículo 505° del Código Procesal Civil, incumpliendo los incisos 1;2 y 4.

2.5. Sentencia De Vista.

La resolución de segundo grado o de vista en el presente proceso materia de análisis está contenida en la Resolución N° 27 de fecha nueve de noviembre del 2017, emitida en segunda instancia por la Sala Civil Transitoria – Sede Central, **RESOLVIO REVOCAR** la sentencia contenida en la resolución número veinte de fecha cinco de julio del año dos mil diecisiete, que falla declarar fundada la demanda interpuesta por doña Delia Rivera Vda de Lozada, sobre prescripción adquisitiva de dominio, **REFORMANDOLA DECLARARON INFUNDADA** la demanda en razón de los siguientes considerandos:

- La demandante Delia Rivera Vda de Lozada manifiesta que ha venido poseyendo el bien inmueble ubicado en el Pasaje La Merced S/N Manzana M Lote 10 Barrio de Yanachaca, distrito de Caraz, Provincia de Huaylas, Departamento de Ancash, inscrito en la Partida Registral N° P37012210 del Registro de Predios Zona N° VII – Sede Huaraz, desde el mes de octubre del año mil novecientos ochenta y cinco, luego que falleciera su antiguo poseedor el trece de setiembre del mismo año; por lo que, solicita la prescripción adquisitiva de dominio del mismo en mérito a que viene poseyéndolo por más de diez años de forma **continua, pacífica y pública** como propietaria.

- Además de los medios probatorios presentados en la etapa correspondiente, la A quo también tuvo en consideración para para sustentar su decisión la declaración testimonial de Agustín Noé Obregón Valverde y de Maritza Octavia Ñiquén de Obregón, que fueron actuados en la Audiencia de Pruebas de fojas doscientos treinta y ocho a doscientos cuarenta y uno: quienes confirmaron que les consta que Delia Rivera Vda de Lozada es poseionaria del bien inmueble desde el año mil novecientos ochenta y cinco.
- De los medios probatorios señalados previamente, se colige lo siguiente: 1. Que, Delia Rivera Vda de Lozada, a la fecha de interposición de la demanda es poseionaria del predio ubicado en el Pasaje La Merced S/N Mz. “M”-Lote 10 Barrio de Yanachaca, Distrito de Caraz, Provincia de Huaylas, Departamento de Ancash. 2. El referido predio cuenta con una extensión de 142.70 m², tiene una construcción rustica antigua de adobes y una parte con techo de calaminas y está inscrito ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos a nombre de la Municipalidad Provincial de Huaylas. 3. Los recibos de impuesto predial y arbitrios, han sido pagados todos en el año dos mil quince, y están a nombre de la Sucesión Gomero Vega Pedro. 4. Declaración de los testigos Agustín Noé Obregón Valverde y Maritza Octavia Ñiquén de Obregón que afirman que la recurrente viene posesionando el predio en cuestión desde el año mil novecientos ochenta y cinco.
- Que, la Municipalidad Provincial de Huaylas en su recurso de apelación de fojas trecientos veintitrés a trecientos veintiséis, expresa una serie de agravios que se resumen en los siguientes: i) Que, el Juzgado al emitir la sentencia no ha tomado en cuenta los requisitos legales que exige el artículo 505° del Código Procesal Civil,

incumpliendo la demandante los incisos 1,2 y 4, vulnerando el principio de debida motivación o fundamentación que puede tener toda una sentencia; en cuanto a este agravio, cabe precisar que la referida normativa establece los requisitos especiales que toda demanda de prescripción adquisitiva de dominio debe cumplir para su admisión a trámite, requisitos de admisibilidad consistente en datos y ofrecimiento de medios probatorios, que la demandante cumplió a la presentación de su demanda y por ello fue admitido a trámite, no habiendo ningún cuestionamiento de tacha contra los mismos por la parte demandada; la demanda valla a ser declarada fundada, sino que los datos y documentos ofrecidos como prueba, al momento del fallo, van a ser evaluados de manera conjunta y razonada por el Juez de la causa, como en efecto en la sentencia apela la A-quo ha ejecutado y con el criterio jurisdiccional que caracteriza a todo juzgador, ha decidido, por el amparo de la demanda, declarándolo fundada, por los fundamentos facticos y jurídicos que en ella argumenta, por lo que no existe vulneración al principio de la debida motivación o fundamentación, debiendo desestimarse este agravio. ii) El hecho que la demandante tenga edificada su vivienda en dicho predio no constituye prueba del tiempo de permanencia de dicho predio, asimismo la visación de los planos que adjuntan en la demanda no significa un reconocimiento de la posesión que venga ejerciendo la accionante; respecto a la edificación de la vivienda, cabe mencionar que si bien las inspección judicial, de fojas doscientos ochenta y dos y doscientos ochenta y cuatro, hace referencia al predio materia de litis, describiendo sus edificaciones, con ella se verifica sólo la existencia del mismo, mas no así, que la demandante haya realizado las construcciones y que lo venga poseyendo desde el año mil novecientos ochenta y cinco, como refiere en su

demanda o que en su defecto, lo vaya poseyendo desde hace diez años atrás como mínimo; tanto más, que para la precedencia de la demanda de prescripción adquisitiva de dominio respecto a un bien inmueble, como es el que pretende la actora, se requiere que se cumpla copulativamente las exigencias del artículo 950° del Código Civil, como son: que la solicitante de la prescripción haya ejercido la posesión del bien en forma continua, pacífica y pública durante un mínimo de diez años; temporalidad que la actora no ha acreditado, pues con los medios probatorios que adjunta, en especial, de la Constancia de Posesión N° 092-2015(de fojas siete) que data del veintiséis de noviembre del año dos mil quince, la Constancia Negativa de Catastro N°0102-2015(fojas veintisiete) de las fechas veintiséis de noviembre del año dos mil quince y el Certificado de Zonificación N°23-2015- UCEUI-MPH(de fojas veintiocho)de fechas de dieciséis de octubre del año dos mil quince, si bien acreditan que la demandante Delia Rivera Vda de Lozada es posesionaria del predio materia de litis ubicado predio ubicado en el Pasaje La Merced S/N (Mz.“M”-Lote 10) Barrio de Yanachaca, mas no acredita mínimo de diez años exigidos por el dispositivo legal antes citado, para lo pretensionado por la demandante; lo mismo sucede con la visación de los planos, que tampoco significa un reconocimiento de la posesión que viene ejerciendo la accionante sobre el predio; en tal razón, este agravio debe ser estimado. iii) Que, en cuanto el inciso 1° del artículo 505° del Código Civil, la demandante no ha logrado acreditar la posesión y los documentos presentados son insuficientes como medios probatorios, por ejemplo el juzgador hace mención a pagos de autovalúo que ha sido pagado por una tercera persona ajena al proceso, es decir a nombre de la sucesión de don Gomero Vega Pedro; respecto a este agravio, es de precisarse que los autovalúos (Recibos de Caja,

anexo y PU y HR) que datan de los años 2012,2013,2014 y 2015, obrantes de folios quince a fojas veintiséis, tiene como titular contribuyente a la Sucesión Gomero Vega Pedro, que es distinto a la demandante, tanto más que la simple posesión del bien aunado al transcurso del tiempo no da derecho a adquirirlo en propiedad, sino que para ello se requiere que el ejercicio de aquel poder sea en nombre propio en calidad de propietario, presupuesto que no se cumple con dicho medio probatorio; por lo que los mismos, no abonan a los preces de su pretensión. iv) Que, la accionante no ha cumplido con el inciso 4° del artículo 505° del Código Procesal Civil, por cuanto en la etapa de actuación de medios probatorios solo se ha examinado a 2 testigos; en relación a este agravio, se tiene que el inciso 4 del artículo 505° del Código Procesal Civil, regula solo el ofrecimiento de no menor de tres ni mayor de seis testigos y no de su actuación, por lo que la sola declaración de dos testigos no implica el incumplimiento de dicho requisito; siendo esto así, este extremo del agravio debe destinarse; no obstante a ello, de otro lado es de precisarse que lo depuesto por los testigos Agustín Noé Obregón Valverde y Maritza Octavia Ñiquén de Obregón obrante a fojas doscientos treinta y nueve y doscientos cuarenta, por sí sola no se acreditan la temporalidad de la posesión, dado que los mismos no encuentran respaldo en los medios probatorios antes enumerados; siendo así, esto no genera plena certeza de que la actora Deli Rivera Vda de Lozada venga poseyendo el predio por más de diez años, lo cual indica que, al no haberse cumplido este requisito legal no se configura la prescripción adquisitiva de dominio.

- En consecuencia, al no haber acreditado la demandante que ha ejercido la posesión directa, continua, pacífica y pública del predio sub índice durante el plazo legal

establecido por ley, esto es, diez años, los mismos que deben de ser carácter concurrente y específico para consumir la usucapión; su pretensión debe ser destinada, conforme al artículo 952° del Código Civil y el artículo 200° del Código Procesal Civil, la demanda incoada deviene en infundada, debiendo este Colegiado revocar la recurrida.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE VISTA

- a) En la sentencia de vista el colegiado realiza una mejor valoración de los medios probatorios advirtiendo el error del A quo concerniente específicamente a los siguientes medios probatorios:
- Señala el Ad quem que los documentos que se presentaron no acreditan de manera fehaciente la posesión que ostenta la demandante, específicamente los autovaluos que presento la accionante pero que se encontraban a nombre de los sucesores del causante Pedro Gomero Vega, es decir, de una persona distinta a la demandante, ya que de los actuados se colige que, en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 están a nombre de la sucesión intestada mas no de la accionante.
 - El hecho de que exista una edificación en el predio materia de litis no acredita el tiempo necesario para obtener el derecho de propiedad mediante un proceso de prescripción adquisitiva.
 - Asimismo, la accionante no ha cumplido con acreditar fehacientemente con los tres testigos como mínimo su posesión por más de 10 años, incumpliendo con el requisito estipulado en el inciso 4 del artículo 505° del Código Procesal Civil, el

cual requiere como mínimo tres testigos, pero en la actuación de estos solo se llegó a examinar a dos testigos, por lo que se trasgrede esta norma procesal.

- b) Por lo que, al existir causas que no acreditaron de forma certera la posesión directa, continua, pacífica y publica de la demandante el Ad quem resolvió correctamente al declarar infundada la demanda.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

- a) **CASACIÓN N° 3246-2015-LIMA. SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. LIMA, 25 DE ENERO DEL 2017.** - *“Que, además, al haberse rescindido el mencionado contrato de arrendamiento, se evidencia que el demandante ha reconocido con anterioridad la titularidad de la demandada, esto es, aquél no ha ejercido la posesión sobre el inmueble en controversia como si fuera propietario. En efecto, un poseedor inmediato no puede usucapir un bien, porque reconoce el derecho de propiedad del titular (poseedor mediato), como son los casos del arrendatario, comodatario, depositario, usufructuario, etc”.*
- b) **CASACIÓN N° 2434-2014-CUZCO DE FECHA 03 DE SETIEMBRE DEL 2015. SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL “EL PERUANO” EL 1 DE AGOSTO DEL 2016 EN SENTENCIAS DE CASACIÓN N° 716, PÁG. 80957.**- *“Cuarto: (...) En estricto no hay más pacífico que la remisión de cartas notariales o el inicio de procesos judiciales; por lo tanto, la remisión de documentos solicitando la desocupación del bien no constituye acto de violencia física o moral que suponga que el inmueble se retiene por la fuerza (...) Por tanto, no perjudican la pacificidad; son, en cambio actos de interrupción de la prescripción y así deben de ser entendidos”.*
- c) **CASACIÓN N° 1064-2015-LIMA DE FECHA 08 DE ENERO DEL 2015. SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL “EL PERUANO” EL 30**

DE MAYO DEL 2016 EN SENTENCIAS DE CASACIÓN N° 714, PÁG. 78470. -

“(…) Este Supremo Tribunal coincide con la Sala Superior en el sentido de que la referencia al proceso de expropiación resulta de suma importancia para determinar la confluencia de esos requisitos, pues si se entiende que la posesión pacífica es aquella no adquirida por la fuerza ni objetada judicialmente por el desposeído”.

- d) CASACIÓN N° 3358-2016-LIMA. SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. LIMA, 29 DE NOVIEMBRE DE 2016. 8. JUSTO TÍTULO EN EL PROCESO DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA - “¿Qué es el justo título? El Pleno acordó por Unanimidad: “Es todo título legal que transmite el derecho de propiedad pero que resulta imperfecto, puesto que el transferente no es el propietario legítimo; dicho de otro modo, es el título que reúne todos los requisitos para transferir la propiedad; excepto uno, no lo otorga el verus dominus (o, siéndolo, no tiene capacidad de enajenar)”.**
- e) CASACIÓN N° 1444-2014-HUÁNUCO. SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. LIMA, 23 DE ABRIL DE 2015. - “Que, la posesión no es un derecho, sino un hecho. El artículo 896 del Código Civil, siguiendo a Ihering prescribe: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Entonces al no haber discusión sobre la situación de poseedor del actor, a continuación, se examina si cumple los requisitos establecidos para la usucapión extraordinaria, con la advertencia que sólo se examina la posesión pacífica”.**

f) CASACIÓN N° 2153-2014-HUANUCO, SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL “EL PERUANO” EL DÍA TRES DE MAYO DEL DOS MIL DIECISÉIS - “(...) *nuestro ordenamiento civil señala que adquisición de la propiedad por prescripción de un inmueble se logra mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, en tanto que si media justo título y buena fe dicho lapso de tiempo se reduce a cinco años. A esta última forma de prescripción se le conoce como la prescripción corta u ordinaria, en tanto media un “título justo” que contiene elementos suficientes para que su adquirente haya creído en su legitimidad, utilizando el estándar objetivo de razonabilidad y de comportamiento diligente, por el cual cualquier otra persona de similar condición cultural, actuando de manera diligente, hubiera creído en dicha legitimidad. Es, en otras palabras, un título de propiedad o dominio que el adquirente creyó de buena fe que era legítimo, pero que en realidad no lo es, y merced al cual ha venido poseyendo reputándose propietario de un bien del que en realidad era solamente poseedor. Para la denominada prescripción larga u extraordinaria, en cambio, no se requiere ni el justo título ni la buena fe, siendo únicamente necesario haber poseído el inmueble en forma pacífica, continua y pública, es decir, sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás, como si fuese propietario, durante diez años, siendo estos últimos requisitos comunes para los dos tipos de prescripción”*.

IV. CONCLUSIONES

- a) Se concluye que la prescripción adquisitiva de dominio es un mecanismo legal que permite al poseedor de un bien adquirir la propiedad del mismo, siempre y cuando haya cumplido con desarrollar una conducta establecida por ley y en un período de tiempo determinado, derecho que tiene que ser probado de manera fehaciente y cumplimiento los requisitos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.
- b) Se concluye con respecto al proceso que ha tardado mucho en ser resuelto, ello hace ver que la administración de justicia en nuestro país es aún lenta, generando gastos económicos a las partes procesales, se tiene por lo tanto la imperiosa necesidad de crear una institución ágil y rápida en beneficio no solo de las partes sino también de la sociedad.
- c) Se concluye que en el presente proceso se han vulnerado diversas garantías constitucionales, es el caso de la Debida Motivación, que no se respetó este principio en la sentencia de primera instancia, contenida en el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil cuando se precisa: “Son deberes de los Jueces en el proceso: Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia”.
- d) Concluimos que es necesario una permanente capacitación de los operadores jurídicos, con el propósito de evitar nulidades por errores materiales y formales, ello evitaría un gasto económico innecesario, toda vez que cada proceso en el Perú, cuesta miles de soles al Estado Peruano.

e) Finalmente se concluye que a pesar de que el proceso se ha demorado mucho, la sentencia que ha puesto fin al proceso se ha resuelto a nuestro entender conforme a derecho y se ha lográndose respetar la norma sustantiva y procesal.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, M. (1982). *Derecho Civil- Tomo III*. Librería Bosh.
- Albaladejo, M. (2004). *La Usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Álvarez, J. (1986). *Curso de Derechos Reales- Tomo I: Propiedad y Posesión*. CIVITAS.
- Avendaño, J. (2011). *Código Civil Comentado- Derechos Reales V*. Gaceta Jurídica.
- Diez, L., & Gullón, A. (1981). *Sistema de Derecho Civil III- Derecho de Cosas*. Tecnos.
- García, D. (2010). *La Prescripción Adquisitiva de Dominio*. Reviksta Jurídica del Perú.
<https://es.scribd.com/document/92559661/La-prescripcion-adquisitiva-de-dominio>
- Gonzales, G. (2005). *Derechos Reales*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales, G. (2011). *La Usucapión: Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales, G. (2013a). *Los Derechos Reales y su Inscripción Registral*.
- Gonzales, G. (2013b). *Tratado de Derechos Reales* (3rd ed.). Jurista Editores.
- Gonzales, G. (2014a). *La Propiedad Mecanismos de Defensa*. Gaceta Jurídica.
- Gonzales, G. (2014b). *La Propiedad y Mecanismo de Defensa*. Gaceta Jurídica.
- González, G. (2016). *Proceso de Desalojo y Posesión Precaria*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Hernández, G. (1980). *La posesión*. Editorial CIVITAS.
- Lafaille, H. (1947). *Derecho Civil IV- Tratado de los Derechos Reales II*. La Ley.

- Mariani, M. (2004). *Derechos Reales*. Zavallía S.A.
- Moisset, L. (1998). *La prescripción adquisitiva o usucapión*. Jurisprudencia Argentina.
- Musto, N. (2000). *Derechos Reales*. Astrea.
- Planiol, M., & Ripert, J. (1942). *Tratado Práctico de los Derecho Civil*. Cultura S.A.
- Pothier, R. (1880). *Tratado de la Posesión, Tomo II*. Librería de Juan Albatros.
- Puig, J. (1994). *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch Editor, S.A.
- Ramírez, E. (2016). *Prescripción Adquisitiva de Dominio: Los conceptos de justo título y la posesión, y la ambigüedad de la jurisprudencia nacional*. Rodhas S.A.C.
- Romero, E. (1955). *Los Derechos Reales*. Rodhas S.A.C.
- Romero, M. (1978). *La prueba se preestablece con el título de adquisición, en especial, tratándose de bienes inmuebles*. Revista de Derecho Notarial.
- Salvat, R. (1956). *Tratado de Derecho Civil Argentino VII – Derechos Reales Tomo I*. Tipografía editora.
- Von Ihering, R. (2004). *Teoría de la posesión*. Editorial Reus.

DATOS GENERALES DEL
EXPEDIENTE PENAL

EXPEDIENTE N° 00073-2013-0-0201-JR-PE-01

AGRAVIADO: MENOR DE INICIALES C.D.P.RV.

ACUSADO: EDGAR RENEE IRIGOYEN RÍOS

MATERIA: VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

JUZGADO: PENAL

INDICE

RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
I. MARCO TEORICO	1
1. PARTE SUSTANCIAL	1
1.1. EL DELITO	1
1.1.1. Concepto de Delito:	1
1.1.2. Categorías del Delito:	3
1.1.3. Fases del Desarrollo del Delito:	5
1.2. TEORÍA DEL DELITO	7
1.2.1. Tipicidad y Atipicidad:	8
1.2.2. Concurso real de delitos:	8
1.2.3. Concurso ideal de delitos:	8
1.2.4. Acción típica:	9
1.2.5. Ausencia de acción:	9
1.2.6. Sujetos:	10
1.2.7. Bien jurídico:	10
1.2.8. Tipicidad subjetiva:	10
1.2.9. Ausencia de dolo error de tipo:	11
1.3. VIOLACION SEXUAL	12
1.3.1. Bien Jurídico Tutelado:	12
1.3.2. Tipicidad Objetiva:	15
1.3.3. Tipicidad Subjetiva:	18
1.3.4. Causas de justificación:	19
1.3.5. Consumación:	22
2. PARTE PROCESAL	25
2.1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:	25
2.1.1. Características:	26
2.1.2. Finalidad	27
2.1.3. Dirección de la Investigación:	28
2.1.4. Función del Juez de la Investigación Preparatoria:	29
2.1.5. Atribuciones:	31
2.1.6. Diligencias Preliminares:	31

2.1.7.	Conclusión de las Diligencias Preliminares:	33
2.2.	LA ETAPA INTERMEDIA	34
2.2.1.	Acusación Fiscal:	39
2.2.2.	Requerimiento Fiscal Mixto:	41
2.2.3.	Objeción de los Demás Sujetos Procesales:	41
2.2.4.	Audiencia Preliminar:	43
2.2.5.	Participantes:	43
2.2.6.	Debate:	44
2.3.	ETAPA DE JUICIO ORAL	45
2.3.1.	La Preparación del Debate:	46
2.3.2.	Lugar del Juzgamiento:	48
2.3.3.	Instalación de la audiencia:	48
2.3.4.	Desarrollo del Juicio:	49
2.3.5.	Lectura de la sentencia (Art. 396°)	56
II.	ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE	57
III.	JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS:	92
V.	CONCLUSIONES:	94
VI.	BIBLIOGRAFÍA:	95

RESUMEN

El presente trabajo constara del análisis de un expediente penal en materia de violación sexual, siendo la violencia sexual el claro estigma de la degradación del espíritu cívico de una sociedad totalmente ausente.

El grado de agresividad que coexiste en cada caso de violencia sexual es increíblemente desesperante. En nuestros días son tantos los actos de vandalismo que existen que resulta imposible su control.

La violencia sexual se manifiesta con actos agresivos que mediante el uso de la fuerza física, psíquica o moral reducen a una persona a condiciones de inferioridad para imponer una conducta sexual en contra de su voluntad. Este es un acto que busca fundamentalmente someter el cuerpo y la voluntad de las personas.

PALABRAS CLAVES: Violación sexual, indemnidad sexual, libertad sexual.

ABSTRACT

The present work will consist of the analysis of a criminal file on rape, sexual violence being the clear stigma of the degradation of the civic spirit of a totally absent society.

The degree of aggressiveness that coexists in each case of sexual violence is incredibly exasperating. In our days there are so many acts of vandalism that it is impossible to control them.

Sexual violence manifests itself with aggressive acts that, through the use of physical, mental or moral force, reduce a person to inferior conditions to impose sexual conduct against their will. This is an act that fundamentally seeks to subdue the body and the will of the people.

KEY WORDS: Rape, sexual indemnity, sexual freedom.

I. MARCO TEORICO

1. PARTE SUSTANCIAL

1.1. EL DELITO

1.1.1. Concepto de Delito:

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

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

Existen dos conceptos para definir el delito:

- a) **Concepto Formal del Delito:** Se entiende como toda conducta humana prohibida por la norma jurídico penal.
- b) **Concepto Material del Delito:** Consiste en que el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable.

¹ Derecho Natural.

² Derecho Positivo

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

Es frecuente que, en la doctrina penal, se defina al delito como una comisión u omisión, típica, antijurídica y culpable³. A partir de esta definición se distingue tres elementos diferentes ordenadas de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior (Bustos, 2004).

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

Las características del delito son: a) tiene que ser una acción (comisión u omisión); b) esta acción tiene que ser dolosa o culposa; y c) dicha conducta debe ser penada por la penal⁴. Cabe precisar que “la pena” no es un elemento del delito, sino es consecuencia de los presupuestos a) y b).

Nuestro modesto juicio, podemos decir que el delito es una conducta humana grave, que afecta o hace peligrar bienes de trascendencia social que el

³ Se entiende como un concepto material.

⁴ Establecido en el código penal (principio de legalidad).

estado protege. Esta acción debe realizarse mediante una comisión u omisión, dolosa o culposa, estar previamente descrita en la ley penal, contrario al orden jurídico, sin justificación alguna y censurable al agente. Es decir, es un injusto penal reprochable.

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

1.1.2. Categorías del Delito:

El delito se estructura por una trilogía de categorías: Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad. Solo estas, son consideradas categorías, puesto que la acción se estudia como un elemento central en cada una de las categorías (acción típica, acción antijurídica y acción⁵ culpable).

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

El hecho punible tiene que corresponder a un tipo establecido en el Derecho positivo, pues no hay delito sin un tipo penal. Dentro de su estructura, podemos observar los siguientes elementos:

- **Tipicidad objetiva**, encontrando al bien jurídico, acción, sujetos, nexo causal, imputación objetiva y elementos tanto descriptivos como normativos.

⁵ En el esquema se ha separado la conducta humana, solo para fines didácticos.

- **Tipicidad subjetiva**, encontramos al dolo, culpa, y otros elementos subjetivos.
 - **Error de tipo**, invencible (error de tipo).
 - **Imputación objetiva**, es crear un riesgo no permitido o aumentar un riesgo permitido, y como consecuencia ocasionar un resultado, que está dentro de protección de la norma.
 - **Acción**, Constituye la piedra angular del delito, mediante comisión u omisión.
 - **Ausencia de la acción**, es la fuerza física, movimientos reflejos y estado de inconciencia.
- b) **Antijuricidad:** Que significa al ordenamiento jurídico. Es el juicio negativo de valor que recae sobre la acción. Clases:
- **Formal:** Contradicción entre el comportamiento y el orden jurídico.
 - **Material:** Cuando el comportamiento lesiona o pone en peligro el bien jurídico.
- c) **Culpabilidad:** Entendido lo que es reprochable al sujeto agente. En es si, el reproche que se le hace al autor por el hecho cometido. Dentro de su estructura encontramos a:
- **Elementos inculpanes:** Vienen a ser la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad.
 - **Error de Prohibición:** encontramos al aspecto negativo denominado invencible, y al aspecto negativo o las causas escúlpanles, también al estado de necesidad y al miedo insuperable.

1.1.3. Fases del Desarrollo del Delito:

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

- a) **Interna:** se encuentra dentro del pensamiento del sujeto agente (irrelevante penalmente). esta fase, pasa por tres momentos.
- **Ideación:** Imaginación voluntaria que se presenta en el pensamiento (es un simple querer): Esta fase de ideación así se haga público el querer realizar el delito, no es punible (el pensamiento no delinque)⁶.
 - **Deliberación:** Es la elaboración y el desarrollo de un determinado plan (meditar cual sería la forma más efectiva de la realización del acto).
 - **Resolución:** Es tomar una decisión (resolver por el medio más adecuado para ejecutar el plan).
- b) **Externa:** Consiste en exteriorizar la fase interna y poner en práctica físicamente el plan decidido. En esta fase se dan las siguientes acciones:
- **Actos de preparación:** Es el inicio de la fase externa que el sujeto agente tiene que realizar antes de ejecutar del delito, se prepara reuniendo los materiales que utilizara para ejecutar el plan delictivo (son irrelevantes penalmente)⁷.

⁶ Aforismo de Ulpiano: “cogitationis poeman nemo putitur”.

⁷ Los actos preparatorios, por si solos no son sancionados, tal como la Suprema Corte la ha plasmado: “los actos preparatorios vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos, por ende, impune”. (Exp. 4753 Lima). Sin embargo, hay delitos de peligro abstracto y de mera actividad, que constituye un hecho típico consumado, sin necesidad de ejecutar, tal es el caso de asociación ilícita para delinquir, apología, reglaje o conspiración.

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

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

- o **Inicio de la ejecución del delito:** Se empieza materialmente con la acción típica⁸, cuya finalidad es consumir (grado de desarrollo, en la cual se pone en peligro el bien jurídico). Desde ese momento conlleva a la sanción penal⁹. Cabe precisar si la ejecución no se culmina, estaremos frente a una Tentativa Inacabada y se si culmina la ejecución, pero no se llega a consumir, estaremos frente a una Tentativa Acabada (o delito frustrado).
- o **Consumación:** Es el último momento del delito (cierre del ciclo), al haberse cumplido o completado “formalmente” con todos los elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exige.

La “acción típica” en los delitos simple actividad, el hecho queda consumado con la conducta (sin necesidad del resultado). Por

⁸ En los delitos de resultado: es la conducta, nexos causal y resultado. En los delitos de mera actividad es suficiente la conducta.

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

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

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

1.2. TEORÍA DEL DELITO

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

1.2.1. Tipicidad y Atipicidad:

Para que un hecho sea considerado delito, este debe estar establecido en la ley penal – principio de legalidad¹⁰. El esfuerzo de adecuación es la conducta humana al tipo penal, supone el examen de los elementos del tipo objetivo y subjetivo, tal como lo describe cada artículo del Código Penal.

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

1.2.2. Concurso real de delitos:

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

1.2.3. Concurso ideal de delitos:

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

¹⁰ Art. 2° inc. 24. De la Constitución y Art. II de Título Preliminar del código penal.

1.2.4. Acción típica:

En este punto se comprobará la acción externa que tuvo el sujeto activo. Cabe indicar que la comprobación de la acción típica deberá ceñirse de acuerdo al tipo, si fuese de resultado, se deberá analizar el acto de ejecución, el nexo causal y el resultado, si fuese de mera actividad, bastara con analizar el acto de ejecución. De otro lado, se tendrá en cuenta que la acción típica puede ser realizada mediante una comisión u omisión¹¹. En relación con el concepto de omisión se seguirá la clasificación siguiente:

- **Omisión propia:** Es cuando el propio texto Legal establece que el comportamiento se tiene que realizar por un dejar de hacer o el que omite¹².
- **Omisión impropia:** Cuando del texto legal se puede deducir partiendo del tipo de comisión, que del comportamiento admite la omisión¹³.

1.2.5. Ausencia de acción:

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

¹¹ Es importante al respecto aclarar sí se trata de un hecho de comisión y omisión. Ello es trascendental porque en la comisión es suficiente determinar que el autor ha hecho algo para realizar el tipo, en cambio, en el hecho de omisión no ha satisfecho un deber jurídico de actuar. En los delitos de omisión impropia se debe analizar cuidadosamente la causalidad de la omisión respecto del resultado.

¹² Es importante al respecto aclarar sí se trata de un hecho de comisión y omisión. Ello es trascendental porque en la comisión es suficiente determinar que el autor ha hecho algo para realizar el tipo, en cambio, en el hecho de omisión no ha satisfecho un deber jurídico de actuar. En los delitos de omisión impropia se debe analizar cuidadosamente la causalidad de la omisión respecto del resultado. La omisión propia, sólo se puede realizar mediante una conducta dolosa (no admite la forma culposa) porque no existe en nuestro código penal.

¹³ La omisión impropia si admites las dos formas subjetivas (dolosa y culposa)

1.2.6. Sujetos:

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

- **Sujeto Activo:** Aquel que ha realizado la acción típica¹⁴.
- **Sujeto Pasivo:** Titular del bien jurídico protegido en cada precepto penal.

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

1.2.7. Bien jurídico:

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

1.2.8. Tipicidad subjetiva:

En este rubro se analizará en primer lugar, la exigencia de dolo o culpa¹⁵. En principio las penas previstas para los delitos se establecen siempre cuando su comisión es dolosa, y sólo excepcionalmente cuando expresamente esté previsto en el tipo, será castigada de forma culposa¹⁶. Además, se podrá verificar los otros elementos objetivos del tipo.

- **Dolo:** Con respecto a este elemento, será necesario advertir las diferentes clases que en la actualidad distingue la doctrina entre directo e indirecto.
 - **Dolo directo:** El sujeto agente quiere realizar la acción que se establece en el tipo penal, como único fin.

¹⁴ Para ser AUTOR, se requiere ser sujeto activo y tener la capacidad de responder penalmente (imputable)

¹⁵ Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 12º del C.P.

¹⁶ Sistema numerus clausus.

- **Dolo de consecuencias necesarias:** También conocido como dolo directo de segundo grado. El sujeto persiguiendo un concreto fin con su comportamiento, actúa sin importarle las consecuencias que vayan unidas a él y las acepta.
- **Dolo eventual:** Marca el límite entre el dolo y la culpa. El resultado, como probable Y aunque no lo quiere y a pesar del conocimiento de la probabilidad de que se produzca sigue actuando.
- **Culpa:** El sujeto agente, nunca quiere que se produzca el resultado, pero actúa imprudentemente al crear un riesgo¹⁷. Este elemento distingue Dos clases.
 - **Culpa consciente:** El sujeto, sí bien no quiere causar la lesión, advierte la posibilidad de que ésta se produzca, confiando, no obstante, en que este no llegara a tener lugar.
 - **Culpa inconsciente o sin representación:** Se da cuando el sujeto no quiere el resultado lesivo, me prevé su punibilidad, pero por su imprudencia produce el resultado.

1.2.9. Ausencia de dolo error de tipo:

Se verificará en este rubro si existe ausencia de dolo, la ley penal sustantiva reconoce el “Error de Tipo”. Habrá ausencia de dolo¹⁸, la ley penal sustantiva reconoce el “Error de Tipo”. Habrá ausencia de “dolo”, cuando exista

¹⁷ No debe confundirse la denominación de “culpa” con “culpabilidad”; porque, la primera corresponde a la tipicidad subjetiva y la segunda a la responsabilidad penal del autor.

¹⁸ Si se niega la existencia de una acción dolosa no puede dejarse de considerar la posibilidad de que haya culpa. También debe tenerse en cuenta que, si el comportamiento que se examina es solo una conducta tentada, la forma culposa de la misma es irrelevante para el Derecho Penal. En este último caso basta con que se compruebe que el resultado del delito de que se trata no se ha producido.

un “error”¹⁹ de algún elemento que se describe en la ley penal. Falsa valoración o representación que el sujeto agente, hace de los hechos. Existen dos clases de error de tipo:

- **Invencible (negativo)**²⁰: Lo que es inevitable, excluye la tipicidad o la agravación²¹.
- **Vencible (positivo)**: Lo que es inevitable, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

1.3. VIOLACION SEXUAL

1.3.1. Bien Jurídico Tutelado:

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

Inspirado en las ideas precedentes, el legislador del Código Penal vigente un recogió la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Con ello, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la Libertad, es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro

¹⁹ El error de Tipo se ubica en la categoría de tipicidad.

²⁰ Cabe indicar que, cuando ya se hubiera desarrollado las demás fases recién se ubica que existe un error de tipo invencible, es oportuno suspender el desarrollo del plan metodológico, puesto que el hecho planteado deviene en anticipo, por tanto, no debería iniciarse con el desarrollo de las etapas del método jurídico penal, es decir ni siquiera con el tipo penal pero aun los demás elementos.

²¹ En el Código Penal, Art.14, se precisa que el error de tipo invencible excluye la responsabilidad, lo cual no es correcto, porque en realidad lo que excluye no es la responsabilidad penal, sino es la “tipicidad”.

o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad

Para el penalista español Bajo (1991), este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de respetar agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, el destacado profesor Caro, (1999) prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo - dinámico como negativo - pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo - pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

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

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la persona para relacionarse sexualmente. En ese sentido, el profesor Roy Freyre (1975) la define como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual sin desmedro, de la convivencia y del interés colectivo.

No le falta razón a García (1999), cuando sostiene que el concepto de la libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto a materialización plena de la más amplia de la Libertad, viene limitada por dos requisitos fundamentales: En primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichas relaciones, lo que evidentemente implica que éste ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento, y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto puede adoptar su decisión de manera libre.

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

1.3.2. Tipicidad Objetiva:

- a) **Sujeto Pasivo:** El cambio de paradigma en torno a estos delitos no podía

limitar como sujeto pasivo a la mujer, sino también, pero en base al principio de igualdad que caracteriza a un estado democrático de derecho. La ley hace referencia a la persona, qué significa qué tanto el hombre como la mujer pueden ser Víctimas de este delito. Debe tratarse de persona viva, lo contrario delinearía el delito de ultraje de cadáver.

Resulta irrelevante la condición social o jurídica de la víctima. No es necesario haber mantenido una conducta carente de reproche para poder ser pasible de tutela por la ley penal; contrario lo que puede suceder con un bien jurídico ligado a la honestidad, el honor o la moral. Puede, incluso, tratarse de una prostituta, de una anciana o de una mujer virginal. En el caso de la prostituta, la falta de pudor no implica la desaparición de su libertad sexual, ni la somete atentatorio capricho de cualquiera (De Vicente, 1983).

La mujer, por el hecho de ejercer una actividad social mente reprobada no se transforma en una res nullius, desamparada de toda protección penal, ni se justifica que hayan de ser resignadas más de estos atentados, que estén obligadas como esclavas públicas, a entregarse a cualquiera, en Consumo, sesión de dicha actividad no transforma la presunción positiva de consentimiento a toda consecuencia, dicha voluntad puede retractar la aun cuando se haya pactado el precio y habiéndose producido la traslación del dinero.

La condición de ser humano nunca la pierde, por ende, ellas están en libertad de decidir cuándo practicar o no una relación de contenido sexual, sea con un cliente o con el proxeneta. En todo caso la persona tiene que ser mayor de 14 años, de no ser así la conducta se subsumiría en el artículo 173 del código penal, aún con la modificatoria efectuada por la ley 28704.

La ley incluye la violación del cónyuge por su consorte, en el supuesto que sea obligada a realizar contra su voluntad. Negar esta posibilidad supone - escribe Bajo Fernández- tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. Este cambio de iconos, lo ha permitido la consolidación de la libertad sexual como bien jurídico tutelado, al extender el concepto de daño del ámbito público al ámbito privado, en este caso la relación conyugal. Sin duda, las desavenencias que puedan surgir dentro de la relación conyugal, en cuanto incompatibilidades de convivencia deben ser enfrentadas con arreglo a las normas del derecho privado; el denominado débito conyugal no puede ser entendido como el derecho de forzamiento sexual, sea del hombre hacia la mujer o viceversa; pues lo que se tutela En todo caso es la capacidad de autodeterminación sexual.

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

Resulta incompatible con la dignidad humana la fuerza que ejercita el cónyuge para avasallar sexualmente a su pareja. Es cierto que el

matrimonio otorga derechos y prerrogativas al cónyuge, pero entre estos derechos no figura el que la compañera acepte el débito carnal contra su voluntad. El incumplimiento conyugal en que pueda incurrir la mujer realmente puede tildarse contrario a los fines del matrimonio, pero la respuesta adecuada hay que recogerla en el campo del Derecho civil apelando a instituciones como la nulidad del matrimonio.

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

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

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

todo su sentido.

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

1.3.3. Tipicidad Subjetiva:

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

El dolo, en su dimensión cognitiva, debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentran abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido debes saber que está quebrantando la Esfera sexual de una persona mayor de 18 años, mediando violencia física o amenaza grave. Basta, a nuestro entender, el dolo eventual, el conocimiento de una conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretiza en la efectiva causación de un daño en la Esfera de intangibilidad de un bien jurídico; (...) dolo que consiste en el genérico propósito y conocimiento de realizar un acto de significado sexual, con capacidad para lesionar el pudor individual del sujeto con que lo soporta²⁹. En términos más sencillos, es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción (Estrella, 2005). El tipo penal en comentó sólo es punible en su variable dolosa, no se admite su realización típica por imprudencia, a lo normado en el artículo 11 del código penal.

En la concurrencia del tipo subjetivo entonces, exige que la gente dirija

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

Ahora bien, la discusión doctrinal se centra en la exigencia de un elemento subjetivo del Injusto ajeno al dolo, es decir, el ánimo libidinoso de la gente de aplacar su lujuria. Al elemento material del delito debe agregarse el propósito lascivo, el elemento subjetivo del desahogo desordenado de la lujuria (Donna, 2016). La acción, decía Mezger (1998), debe basarse en el motivo del placer sexual, de la lascivia, y realizarse con intención libidinoso. Esta característica anímica pertenece el concepto y por eso es un elemento subjetivo del tipo.

1.3.4. Causas de justificación:

No se admite la concurrencia de ninguna causa de justificación, en cuanto la legítima defensa sólo supone la realización de actos agresivos destinados a conjurar o reducir la violencia desplegada por el agresor, cuáles inciden en el cuerpo, la vida y la salud. No pueden resultar tampoco intereses jurídicos superiores que legitimen una acción necesaria que vulnere la autodeterminación sexual; así tampoco podrá admitirse como valedero, la actuación típica en el marco de una relación de subordinación laboral- funcional, cuánto a la obediencia debida, pues no procede antes órdenes manifestada mente antijurídicas.

Ahora bien, como alegamos de forma inobjetable, el acceso carnal sexual que comete el marido sobre su consorte mediando violencia, son definitivamente

actos constitutivos del tipo penal del artículo 170 y sus derivados, pues no existe un derecho al débito conyugal que pueda ejercer bajo violencia o coacción. Ninguna relación entre los individuos, sea entre marido y mujer (Carmona, 2002), puede realizarse en un marco de constricción, en el cual se anule por completo el elemento consensual que debe estar presente en las relaciones sexuales.

Por tales motivos, otra argumentarse el ejercicio legítimo de un derecho, pues ningún precepto legal le confiere dicho derecho al marido o a la mujer; toda vez que es sujeto activo puede ser la el varón o la mujer.

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

Es importante acotar, que el consentimiento debe ser continuo y uniforme, es decir, a todo lo largo del acto sexual; en el caso hipotético de que una mujer libremente acepta Ingresar a un cuarto de hotel supuestamente para tener relaciones sexuales y ya en el recinto rectifica su decisión y se niega a realizarlo, no obstante ello el varón Ya sé con ella a la fuerza, pues el derecho de autodeterminación sexual, a su libre desarrollo importa que este pueda ser rectificado o retractado en cualquier momento; empero, la negativa posterior, cuando ya se produjo el acto, no tiene valor alguno. La dama esposada, que luego

de ya ser sexualmente con su amante, se arrepiente de ello, de un acto de constricción, no surte efectos jurídicos algunos, pues lo importante a todo esto, es que dicha voluntad haya sido firme a todo lo largo del acto sexual.

Se debe ser muy objetivo en estos casos, por tanto, pues muchas veces la denuncia por supuesta violación sexual es utilizada como un arma de chantaje o como el encubrimiento de una conducta infiel. Debe concebirse el acto sexual como la obtención de un placer orgánico por ambas partes, el hecho de que una de ellas no lo tenga, dar lugar a una valoración negativa del consentimiento.

Por otro lado, los vicios del consentimiento dan lugar a valoraciones distintas; primero, cuando se utilizan una serie de sustancias para colocar en un estado de inconsciencia a la víctima, la tipificación penal se conduce a los alcances normativos del artículo 171, más cabe distinguir, ellas bebidas alcohólicas que conjuntamente y voluntariamente liban ambos antes de mantener relaciones sexuales; segundo, si se utilizó algún tipo de ardid, fraude, engaño, etc.; para la obtención del consentimiento de la víctima, la configuración típica sería constitutiva del Injusto de seducción, cuyos reparos legitimantes serán abordados por el punto en cuestión.

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

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

1.3.5. Consumación:

El proceso ejecutivo del delito de violación se consuma en el momento y lugar en que se cumple el acceso carnal; basta que se produzca la introducción del miembro viril de otro objeto contundente en el conducto vaginal, anal o bucal, sin que se exijan ulteriores resultados como eyaculación, rotura del himen, lesiones o embarazo (Bajo, 1991).

Como señala afirmativamente Mezger (1998), no es necesario ni la eyaculación, ni la inseminación en los órganos genitales femeninos, claro entendido esto en qué dichas relaciones pueden ser tanto heterosexuales como homosexuales (Serrano, 2005).

La tentativa es admisible como forma imperfecta de realización típica, cuya calificación jurídica-penal debe partir de una consideración objetiva-individual de base normativa. Existen formas de imperfecta ejecución, cuando los órganos de la gente y la víctima se tocan, pero sin producirse introducción. Otro caso sería cuando el sujeto activo inicia el contacto con el cuerpo de la

víctima, pero no consigue realizar los contactos que pretendía por impedírselo el sujeto pasivo con su resistencia o por la intervención de terceros (Salinas, 2010).

Entonces, si el agente da inicio a la violencia descrita en el tipo penal, a fin de acceder sexualmente al sujeto pasivo, sería una tentativa de violación sexual, no es necesario que el miembro viril, que las otras partes del cuerpo, que los objetos sustitutos accedan carnalmente a las cavidades descritas en la tipificación penal, para dar por sentada las formas de imperfecta ejecución (Carmona, 2002).

Sin embargo, si la realización de los actos de violencia física, no fueron ejercidos para lograr el acceso carnal, simplemente son actos constitutivos de lesiones, a menos que tengan otra intención, como el desapoderamiento de un bien mueble de la esfera de custodia del ofendido, por lo que será una tentativa de robo, no es necesario la aparición del *ánimus violandi*, basta con el dolo (Roy Freyre, 1975).

Por consiguiente, la penetración parcial del miembro viril o del objeto, importan ya una realización típica perfeccionada. No se requiere una penetración total, basta una mínima penetración, como en el llamado coito vestibular o vulvar, pero no son suficientes los actos de acercamiento o tocamientos superficiales con los genitales masculinos que no imponen una verdadera penetración en el orificio de otro sujeto. Habrá tentativa de violación cuando la acción del autor tenga, un déficit, que en el caso consiste en la falta de penetración, por razones ajenas al autor, acción que debe encuadrar en el comienzo de la ejecución del acto.

En todo caso, siguiendo el criterio objetivo —subjetivo en materia de

tentativa, es necesario valorar las circunstancias que rodearon la acción de la gente a efecto de establecer su intencionalidad de violar o simplemente abusar de la víctima. Se reputa cómo ha consumado carnal frustrado por la desproporción de los órganos sexuales de la agente o de la persona.

Caso de que el agente ejerza- violencia o intimidación- sobre su víctima con el propósito de tener acceso carnal con ella, pero antes de conseguir dicho ulterior propósito, desiste voluntariamente (artículo 18° del código penal), no sería posible por el artículo 170°, pero podría ser penado por los actos ya realizados, en este caso se podría subsumir en el artículo 176° (actos contra el pudor) o en su defecto por el Injusto de lesiones.

Puede darse un caso de la tentativa, tanto por el objeto como por el medio empleado; en el primero de los casos, cómo se sostuvo en líneas primigenias, se necesita de una persona viva como sujeto pasivo, si el agente desplegó una fuerza excesiva en su víctima para yacerla sexualmente y, resulta que cuando la accede sexualmente, está ya se encuentra muerta; sería un concurso real entre asesinato con ofensas contra los muertos.

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

2. PARTE PROCESAL

2.1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:

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

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

2.1.1. Características:

Son caracteres de la investigación preparatoria los siguientes:

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

65°.4)

- El fiscal puede adoptar salidas alternativas o de simplificación procesal (Calderón & Águila, 2016).

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

2.1.2. Finalidad

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

Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe de la víctima, así como la existencia del daño causado. Al respecto, Horvitz & López (2002) anotan que la finalidad principal de la investigación preparatoria en el sistema de enjuiciamiento criminal consiste en recoger evidencia probatoria suficiente que permita fundamentar una acusación en contra de una persona por un hecho constitutivo de delito.

Burgos (2008) señala que es también finalidad de la investigación preparatoria tutelar los derechos fundamentales del procesado, de modo que se garantice un debido proceso, la investigación preparatoria permite al fiscal, como titular de la acción penal, el responsable de la investigación, reunir los elementos probatorios que le permitan determinar si la conducta incriminada es delictuosa,

las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autoro participe y de la víctima, así como la existencia del daño causado, para sustentante el juez de la investigación preparatoria ya sea su requerimiento de sobreseimiento o su acusación, en este último caso, sustentar ya en la etapa oral y contradictoria ante el juez unipersonal o colegiado pertinente.

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

2.1.3. Dirección de la Investigación:

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

El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerárquicamente organizado que ejercita la acción penal y conduce la investigación del delito. La titularidad de la acción penal proviene del mandato constitucional²², que atribuye al Ministerio Público el monopolio de su ejercicio en los delitos de persecución pública. La acción penal es promovida por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con el fin de proseguir sanción penal ante la ocurrencia de un delito.

- b) **Colaboración de Autoridades y funcionarios Públicos:** El artículo 322 Punto 2 Establece que para la práctica de actos de investigación puede

²² Numeración 1) y 5) del artículo 159° de la Constitución Política del Perú.

requerir la colaboración de autoridades y funcionarios públicos, quiénes lo harían en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley. El director de la investigación debe contar con el apoyo expedito y eficiente de expertos en criminalística, entidades públicas y privadas; contar también con la infraestructura, medios adecuados a sus necesidades funcionariales; diseñado según las características del caso concreto y de acuerdo con los elementos de tipo legal que, aún en grado probable, se imputa al procesado.

- c) **Protección De Indicios Materiales:** El artículo 322°. 3 señala que el fiscal además podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios materiales en los lugares donde se investiga un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos. Es decir, dispondrá la protección de la escena del delito y demás lugares que fueron de interés para la investigación a fin de impedir que fueran alterados, contaminados, destruidos, ocultados, sustituidos o sustraídos los datos indiciarios, así como los instrumentos y efectos del delito (Mixan, 2010).

2.1.4. Función del Juez de la Investigación Preparatoria:

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

Según Mixan (2010), el sistema acusatorio adversativo durante la investigación preparatoria, el Juez se convierte en garante del debido proceso, particularmente en lo que concierne al respeto de los derechos fundamentales del imputado; controla la función del fiscal y dicta las medidas cautelares y, en la etapa intermedia decide si hay mérito suficiente para juicio oral.

El Juez que tendrá a su cargo el juzgamiento será efectiva Y verdaderamente un sujeto Imparcial, pues al no intervenir en etapas anteriores no tendrá prejuicio alguno contra el procesado. El Juez se formará convicción exclusivamente en base qué aportan las partes y serán actuadas en su presencia.⁴⁴

De acuerdo con el artículo 323°.1, corresponde al juez de la investigación preparatoria, realizar a requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza la norma. La investigación preparatoria está sujeta a control jurisdiccional y a la resolución de cuestiones de índole jurisdiccional. Esta función de vigilancia está a cargo del juez de la investigación preparatoria, magistrado que, en esta etapa, tiene una relación directa con el fiscal. El juez de la investigación preparatoria es también quien evaluará la acusación fiscal. Señala Mixan (2010) que es actuación judicial responde a diferenciar el ejercicio de la potestad fiscal del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y a la necesidad de que la investigación se realiza siempre en el marco constitucional y legal con estricto respeto a los Derechos Humanos.

2.1.5. Atribuciones:

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

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

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

2.1.6. Diligencias Preliminares:

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

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

Las diligencias preliminares de investigación son las indagaciones realizadas por el propio fiscal o por parte de la policía, bajo la dirección de aquel, con el objeto de obtener los elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal a través de la formalización de la investigación preparatoria. La finalidad de las diligencias preliminares, según Burgos (2008), es que el fiscal decida si formaliza o no la investigación preparatoria. Es decir, un fin probatorio tendiente

a verificar la existencia de indicios de delito, y un fin individualizador, tendientes a lograr datos identificatorios del presunto autor.⁴⁶ Según el artículo 330°.2 del NCPP, las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata:

- a) Realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han detenido el lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad.
- b) Asegurar los elementos materiales de la comisión de los hechos.
- c) Individualizar a las personas involucradas en la comisión de los hechos, incluyendo los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

Continúa Burgos (2008) señalando que, adicionalmente de acuerdo al sistema coercitivo del Nuevo Código Procesal Penal, fiscal durante la investigación preliminar también tiene la necesidad de buscar evidencia sustancial útil para la medida coercitiva a solicitar. Ello quiere decir que las diligencias preliminares no se realizarán en los casos en que la información sobre la perpetración del delito es completa y suficiente para decidir la inmediata formalización de la investigación preparatoria.

2.1.7. Conclusión de las Diligencias Preliminares:

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

Luego de recibida la denuncia de parte, el informe policial o las diligencias preliminares ordenadas, el fiscal calificará el resultado de la misma y adoptar a cualquiera de las siguientes alternativas: declarar el archivo definitivo, disponer la reserva provisional o formalizar y continuar la investigación preparatoria.

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

Cuando se dispone el archivo de la investigación porque el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, se ha extinguido la acción penal o el Fiscal Superior, vía impugnación, ordena que se archive las actuaciones, otro fiscal no podrá ordenar o promover la formalización de la investigación preparatoria por los mismos hechos²³. Sin embargo, el Nuevo Código Procesal Penal establece dos excepciones²⁴:

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

²³ Artículo 335°.1 del Código Procesal Penal (Perú)

²⁴ Artículo 335°.2 del Código Procesal Penal (Perú)

Provincial para que culmine la investigación, fijando un plazo perentorio; a la vez que determinara la responsabilidad penal o administrativa que corresponda.

2.2. LA ETAPA INTERMEDIA

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

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

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

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

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

Príncipe (2004) valora esta función de control señalando que sin ella, o con la violación de ella, “desaparecerían los estándares garantistas de un modelo procesal ajustado a la Constitución, teniendo como consecuencia que los demás procesos de trabajo se relajen y la reforma procesal sencillamente colapse” (p.238).

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

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

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

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

- a) Las funciones de investigación y de juzgamiento están atribuidas a órganos distintos.
- b) La formulación es formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que, si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente (*Exp. N° 2005-2006-HC, 2006*).
- c) Señala la Corte Suprema que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, de suerte que el objeto se concreta en la acusación fiscal, que a su vez puede relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites facticos (*Queja N° 1678-2006-Lima, 2007*).

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

N° 1062-2, 2006).

- d) La función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine accusatore*, que si el fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la fiscalía; el presupuesto del juicio jurisdiccional está conforme con el dictamen no acusatorio del fiscal provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación con motivo del recurso de apelación de la parte civil, al fiscal superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del fiscal provincial, no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación (*Queja N° 1678-2006-Lima, 2007*).
- e) No puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a la persona distinta de la acusada.
- f) No puede existir juicio sin acusación, de acuerdo a los fundamentos del Tribunal Constitucional.
- g) No puede atribuirse al juzgador poder de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

2.2.1. Acusación Fiscal:

La *acusación*²⁵ es el acto procesal que realiza el Fiscal, mediante el cual interpone la pretensión procesal penal consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena a una persona por un hecho punible que se afirma ha cometido. A través de la acusación, el acusado, plenamente identificado, podrá conocer el hecho que se le imputa, las pruebas de cargo en su contra, así como la pena y la reparación civil solicitadas.

En el proceso penal, la acusación cumple con la finalidad de delimitar en primer lugar el contenido del auto de enjuiciamiento, en segundo lugar la teoría del caso del fiscal y de la defensa del imputado, en tercer lugar el alcance y el ovejito de debate en el juicio oral respecto del proceso y el delito que se imputa, en la medida que el tribunal no podrá incorporar hechos que no se encuentren plasmados en el escrito de requerimiento fiscal (Florián, 2001), y por último el alcance y contenido de la sentencia, que solo se pronunciara sobre el contenido de la acusación. El Fiscal solo puede emitir acusación en los casos en que el ejercicio de la acción es público. En tal caso, el Fiscal se convierte en parte procesal en sentido estricto. Aunque institucionalmente la acusación corresponde al Ministerio Público, puede también ser ejercitada por los particulares, en cuyo caso se habla de acusación particular o de querrela penal, según sean los delitos atribuidos o el correspondiente ordenamiento jurídico penal.

²⁵ Del latín *accusatio*, derivado del verbo *accusare*, acusar.

El requerimiento acusatorio del Fiscal pone fin a la Etapa de Investigación Preparatoria, y es sometido obligatoriamente a control de legalidad en la Etapa Intermedia, conocido también como etapa de preparación del juicio, por el órgano jurisdiccional. El juez puede, luego de aplicar el control de legalidad sobre el cumplimiento del ejercicio de la acción penal, la investigación preliminar y la investigación preparatoria, rechazar la acusación o el sobreseimiento. La finalidad de ese control es, entonces, evitar que el ciudadano investigado sea sobreseído o acusado sin mayor fundamento (Valencia, 2013).

Señala el artículo 349°.1 del NCPP que la acusación fiscal será debidamente motivada. Para el maestro ALBERTO BINDER, se trata de una acusación, tendrá que ser una acusación fundada, esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho (...). La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio.

Supongamos que un Fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente, esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible (Binder, 2000).

Para ellos el Ministerio Público en su escrito acusatorio debe explicar por qué se llega a esa determinación incriminatoria; es decir, la estructuración de los hechos, la fundamentación de las distintas calificaciones jurídicas y de las pruebas que ofrece.

2.2.2. Requerimiento Fiscal Mixto:

Según el artículo 348° del NCPP, cuando el sobreseimiento es parcial, es decir, cuando el fiscal solicita sobreseimiento sobre un delito o acusa sobre otro, continua la causa respecto de los demás delitos o imputados que no los comprende. El juez, frente a un requerimiento fiscal mixto, acusatorio y no acusatorio, primero se pronuncia acerca del requerimiento de sobreseimiento. Culminado el trámite según lo dispuesto en los artículos sobre sobreseimiento, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal (Valencia, 2013).

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

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

2.2.3. Objeción de los Demás Sujetos Procesales:

En el plazo de diez días los sujetos procesales pueden:

- a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección.
- b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos.
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242° y 243°,

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

2.2.4. Audiencia Preliminar:

La audiencia preliminar o de acusación, o de control de la acusación fiscal, es aquella que se realiza ante el Juez de control de Garantías (Juez de la investigación preparatoria) para resolver sobre actuaciones o peticiones en asuntos ajenos a los de competencia del Juez de conocimiento. La audiencia de acusación tiene por finalidad establecer si la acusación tiene la base suficiente para fundar el inicio del juicio oral (Valencia, 2013). El artículo 351° del NCPP señala las pautas para la realización de la preliminar.

2.2.5. Participantes:

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

Algunas instituciones tutelares, como la Defensoría del Pueblo no están de acuerdo con que el control de acusación se realice sin la presencia del imputado, en tanto que se considera necesario su presencia a fin de que se determine libremente la elección del abogado defensor, más aun debido a que ellos está contemplado en nuestra Constitución Política, o que en todo caso se debe declarar contumaz o ausente dependiendo de su situación jurídica. No existe, al respecto, problema alguno que afecte el derecho de defensa técnica del acusado para y en la Audiencia de Control de Acusación, puesto que el acusado

ha tenido diez días hábiles, según el artículo 350° del NCPP, para nombrar o sustituir al defensor de su elección, así como para formular observaciones, ofrecer pruebas para juicio, etcétera.

Además, en la audiencia de control de acusación no se actuarán diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo dos excepciones. En la audiencia de Control de Acusación se observará el principio contradictorio, que se concretará mediante las intervenciones del fiscal, del defensor, del actor civil, del acusado y del tercero civilmente responsable. La declaración de contumacia y de ausencia tiene sus presupuestos específicos y están regulados adecuadamente por el artículo 79° del NCPP (Valencia, 2013).

2.2.6. Debate:

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

2.3. ETAPA DE JUICIO ORAL

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

Así tendremos un Juicio Oral que se desenvolverá como un triángulo equidistante: a la cabeza tendremos al Juzgador y debajo de éste, al Fiscal sosteniendola tesis de culpabilidad del acusado y frente a éste al acusado con su abogado defensor, que replicará el ataque del Ministerio Público. En ese sentido, compartimos las aseveraciones realizadas por Binder (2000), en torno a esta etapa procesal, cuando señala que el Juicio Oral es:

Un acto realizado por un juez que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes fundamentalmente acusador y acusado, que se hace de un modo público, tal que los ciudadanos pueden ver por qué razones y sobre la base de qué pruebas un conciudadano será encerrado en la cárcel, y donde se garantiza la posibilidad de que el acusado se defienda. (p. 128)

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

2.3.1. La Preparación del Debate:

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

- a) La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.
- b) La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz.
- c) Si es un solo acusado o siendo varios ninguno concurre a la apertura de la audiencia, sin justificar su inasistencia, se señalará nuevo día y hora, sin perjuicio de declararlos contumaces.
- d) Cuando son varios los acusados, y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes, declarándose contumaces a los incurrentes sin justificación. Igual trato merecerá el acusado que injustificadamente deje de asistir a la audiencia.
- e) En caso que el acusado ausente o contumaz sea capturado o se presente voluntariamente antes de que se cierre la actividad probatoria, se le incorporará a la audiencia, se le hará saber los cargos que se le atribuyen y se le informará concisamente de lo actuado hasta ese momento. A continuación, se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse

sobre las actuaciones del juicio, y se actuarán de ser el caso las pruebas compatibles con el estado del juicio.

- f) El imputado preso preventivo, en todo el curso del juicio, comparecerá sin ligaduras ni prisiones, acompañado de los efectivos policiales para prevenir el riesgo de fuga o de violencia. En casos o ante circunstancias especialmente graves, y de acuerdo al Reglamento que, previa coordinación con el Ministerio del Interior, dicte el Órgano de Gobierno del Poder Judicial, podrán establecerse mecanismos o directivas de seguridad adecuadas a las circunstancias.

La presencia del imputado y su defensor en el juicio oral son de carácter obligatorio, pues de no ser así, no existiría debate y por tanto; se atentaría contra el principio de contradicción o de audiencia el cual implica que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido el juicio. El principio de no ser condenado en ausencia se encuentra consagrado en el artículo 139° Inc. 12 de la Constitución Política del Estado²⁶, así como también se encuentra reconocido en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su Art. 14, inc. 3 literal d) establece que, toda persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso ya defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección.

²⁶ Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "el principio de no ser condenado en ausencia"

2.3.2. Lugar del Juzgamiento:

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

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

2.3.3. Instalación de la audiencia:

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

El Juez Penal verificará la correcta citación a las partes, así como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia. El Auxiliar Jurisdiccional realizará las acciones conducentes a la efectiva concurrencia de estos últimos en la oportunidad que acuerde el Juez Penal.

2.3.4. Desarrollo del Juicio:

Una vez cumplido con lo previsto por los artículos 369° y 370° del Código Procesal Penal, es decir luego de constatada la asistencia de todos los sujetos procesales que intervienen en el proceso, así como del juez o jueces, según sea el caso, y como consecuencia de ello se dé por instalada la audiencia, se abrirá la etapa principal del proceso, en donde se debatirá la culpabilidad o inocencia del imputado, sustentándose dicho debate en la teoría del caso y las pruebas que aporten los sujetos procesales. En esta fase inicial del juicio oral, va a jugar un papel trascendental, que tanto el Fiscal como la defensa sepan plantear su teoría del caso. Ello va a conllevar a que su argumentación inicial, está basada sobre un tema central, y como es que va a probarse ese tema central en el juicio oral (Cáceres & Iparraguirre, 2007).

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

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

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

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

- a) **Alegato de Apertura:** El momento de presentación de la teoría del caso es el alegato de apertura. Es la primera información que el Juez recibe de las partes. Al hacer la exposición de la teoría se debe captar la atención y el interés de los jueces al exponerle un resumen objetivo de los hechos y la prueba con que cuentan. Se presenta el caso que se va a conocer, señalando lo que prueba va a demostrar y desde que punto de vista debe ser apreciada. En el alegato de apertura se hará una "promesa" de lo que se presentará en el juicio.
- b) **Estructura del Alegato de Apertura:** No existe una única manera única de presentar los alegatos, ello depende de las particularidades del caso, sin embargo, consideramos el siguiente como un modelo más general.

- **Introducción:** Desde su inicio debe enviar un mensaje al juzgador, esta introducción debe contener la información esencial. Se debe comenzar con consideraciones generales, para bajar a los detalles en el caso concreto, la declaración inaugural. Llámese alegato de apertura debe iniciar con un panorama general fáctico, es decir, acerca de los hechos.
 - **Presentación de los hechos:** (Todavía no se han producido las pruebas, tener en cuenta que no se puede argumentar, inferir acerca de las pruebas es propio del alegato final).
 - **Presentación de los fundamentos jurídicos:** (Se debe enunciar las disposiciones sustantivas y adjetivas que fundamentan su teoría).
 - **Conclusión:** (Se debe concluir con una petición concreta de lo que será en realidad el juicio).
- c) **Examen Directo:** El examen directo es el primer interrogatorio que se efectúa por la parte que ofreció al testigo. El examen directo, es la mejor oportunidad que los litigantes tienen, para establecer su caso y probarlo, brindándole al Tribunal, la versión del testigo. El juzgador debe "escuchar al testigo".

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

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

Debemos tener en cuenta lo complicado que es afrontar un juicio oral, tal como nos lo explica Goldberg (1994):

Por desgracia los juicios no son tan sencillos. Algunos testigos mienten, algunos testigos veraces parecen estar mintiendo, algunos testigos mentirosos parecen estar diciendo la verdad, algunos testigos olvidan, algunos testigos no son escuchados, hay jurados que no escuchan, hay abogados que cometen errores, testigos que también incurren en error, hay jueces que se equivocan. (p. 14)

El litigante debe hacerle entender al testigo el rol que desempeña en el Proceso, debe entender que su declaración debe ser recibida por el Juzgador de manera clara, debe hacer que el mensaje llegue. Quiñones (2003), desarrolla los siguientes principios, al momento de la preparación de testigos:

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

d) Estructura del examen directo: Es el primer acto que debe realizarse al examinar a un testigo, es acreditarlo, lo cual emana de la lógica de los juicios orales en un Sistema Acusatorio-Adversarial. La acreditación del testigo es la respuesta a la pregunta de ¿por qué el juzgador debe creer lo que mi testigo declara?

El juzgador debe conocer al testigo, se debe tratar de humanizar al testigo, esta información le brindara credibilidad a mi testigo (Fontanet, 2002). Desde el punto de vista del testigo estas preguntas le brindaran confianza ya que se le pregunta por aspectos familiares.

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

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

- e) **Contra examen:** Es aquel que lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo. En el contra examen, se pone a prueba la información obtenida en el examen directo, es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestra parte adversa. Se le suele definir como el conainterrogatorio.
- f) **Examen y Contra examen a Peritos:** El testigo solo puede declarar sobre materias de las cuales tenga conocimiento personal. Solo a los peritos se les permite emitir opiniones o inferencias sobre hechos o eventos. El perito es un testigo excepcional que posee conocimiento especializado.
- g) **Las Objeciones:** En el contexto donde se asegure el juego justo deben existir límites para las actuaciones de los sujetos que participan, en el proceso penal a estos límites, se le denominan objeciones.

Objetar significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir en el proceso por alguna de las partes litigantes o por el juez. El objetar no es una obligación es un derecho. La objeción va dirigida al aspecto sustantivo de la prueba, no a la parte que pretende

hacerlo. Se le pueden objetar las actuaciones del juez. El objetar no debe ser considerado como un acto personalista en contra de la parte adversa, nos debemos dirigir siempre con respeto y firmeza: "objeción".

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

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

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

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

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

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

II. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

A manera de análisis del presente expediente me permito resaltar las siguientes observaciones realizadas:

INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Disposición de Adecuación y Formalización y Continuación de la Investigación

Preparatoria:

Carpeta Fiscal N° 0029-2012

Que, mediante Decreto Legislativo N° 957, se aprobó el Nuevo Código Procesal Penal, siendo que en el distrito Judicial de Ancash ha entrado en vigencia el día primero de junio del año dos mil doce. Por lo que el artículo 18.2 del Decreto Legislativo 958° señala "la denuncia que, al entrar en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal se encuentra en el Ministerio Público, pendiente de calificar o en investigación preliminar, se adecuaran a sus disposiciones..." en ese sentido y toda vez que el caso ingreso al Ministerio Público antes de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal es preciso adecuar las actuaciones a las normas procesales vigentes.

Fluye de la Investigación Preparatoria que a inicios del año 2011 la adolescente de iniciales C.D.P.R.V. conoció al imputado Edgar Renee Irigoyen Ríos quien se encontraba en la agencia de la Empresa de Transportes Cooperativa Ancash, cuando la agraviada fue a recoger un encargo de su tía Lidia Villacorta Tamariz por el Colegio Fe y Alegría. Posteriormente la adolescente ha visto al citado imputado en varias oportunidades, una de ellas en el mes de diciembre del año dos mil once cuando este le propuso tener relaciones sexuales, por lo que ambos se dirigieron por el barrio de Pillan donde mantuvieron relaciones

sexuales, posteriormente la adolescente agraviada ha continuado viéndose con el imputado hasta el día catorce de febrero del año dos mil doce en que encontrada por las primas le cuentan lo sucedido a la madre de la menor, quien procede a revisarla encontrando que ella presentaba un chupete, la adolescente identificada con iniciales C.D.P.R.V. de doce años de edad, ha narrado la forma y circunstancias como fue víctima de abuso sexual por parte del imputado y que no contó lo sucedido a su madre porque no sabía que eso era malo y no quería preocuparla, agrega que el día catorce de febrero del año dos mil doce el imputado le hizo un chupete a la altura del pecho izquierdo.

Del Certificado Médico Legal N° 000790-EIS correspondiente a la adolescente identificada con iniciales C.D.P.R.V. de doce años de edad, de fecha doce de Febrero del año dos mil doce, se aprecia que esta presenta desfloración himenal antigua y lesión traumática por sigilación.

Del Informe Psicológico N° 038 DEMUNA PS. 2012 practicado a la adolescente agraviada se advierte que presenta retardo moderado y se siente nerviosa y atemorizada ante la figura del imputado, así como niveles de angustia frente a su cuerpo, por lo que la Psicóloga recomienda tratamiento Psicológico. De igual forma e Certificado Psicológico emitido por la Psicóloga Soledad Gonzales Mautino del Hospital II de Huaraz concluye que la adolescente presenta retardo mental moderado.

De la copia del Documento Nacional de Identidad de la Agraviada identificada con iniciales C.D.P.R.V., se advierte que esta tenía doce años cuando se produjeron los hechos materia de la presente investigación,

La conducta atribuida al imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos se encuadra en la hipótesis normativa del inciso dos del artículo 173 del Código Penal que establece "el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras dos vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de Libertad:(...)2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco", al haber abusado sexualmente de la agraviada identificada con iniciales C.D.P.R.V., cuando esta tenía doce años de edad y pese a que presentaba retardo mental moderado.

Que, el artículo 336.1 del Nuevo Código Procesal Penal establece que si de las diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado, se dispondrá la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria; en el presente caso existen indicios razonables de la comisión del delito de violación sexual de Menor, por lo que se dan todos los presupuestos para formalizar la Investigación Preparatoria.

Dispone adecuar el presente caso al Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, vigente en este distrito Judicial; Formalizar y Continuar la Investigación Preparatoria contra Edgar Renne Irigoyen Ríos, de 25 años de edad, natural del Distrito de la Merced, Provincia de Aija, Departamento de Ancash de estado civil soltero, con grado de instrucción secundaria completa; por el delito de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de la adolescente identificada con iniciales C.D.P.R.V., de doce años de edad; en consecuencia ordena se realice los siguientes actos de investigación:

- Certificado de Antecedentes penales del imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos expedido por el Registro de Condenas de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

- Declaración del Imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos el 20 de junio del año dos mil doce a las 10:00 horas.

- Pericia Psicológica de la menor identificada con iniciales C.D.P.R.V., por Peritos Psicólogos de la División médico Legal de Ancash.

- Pericia Psicológica para determinar el perfil sexual del imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos, quien deberá presentarse dentro de las 72 horas de recibida la notificación de la presente disposición al Local de la Fiscalía Penal Corporativa de Aija para que se le entregue el Oficio correspondiente.

Se realicen las demás diligencias que resulten pertinentes y conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Poner en conocimiento del Señor Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Aija, la formalización de la Investigación Preparatoria del presente proceso, conforme al artículo 3o del Nuevo Código Procesal Penal.

Requírase al Juzgado de la Investigación Preparatoria de Aija la medida coercitiva de Prisión Preventiva del imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos.

- **Mediante Resolución N° 01 de fecha 04 de junio del año 2012:** El Juzgado de Investigación Preparatoria de Aija, tiene presente la comunicación fiscal, con la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

Prórroga Del Plazo De La Investigación Preparatoria

Mediante Disposición de fecha veintiséis de setiembre del año dos mil doce se resuelve prorrogar el Plazo de Investigación Preparatoria por sesenta días naturales desde el treinta de setiembre al veintinueve de noviembre del año dos mil doce; ya que aún faltan llevarse a cabo diligencias substanciales para el mejor esclarecimiento de los hechos que se investigan, por lo que se hace necesario su ampliación, debiéndose llevar a cabo los siguientes actos de investigación:

- Declaración del Imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos, para el día tres de octubre del año dos mil doce.
- Pericia de perfil sexual del imputado Edgar Renne Irigoyen Ríos, ante la División Médico Legal de Huaraz.
- Ampliación de la declaración de la madre de la menor agraviada Teresa Carmen Villacorta Tamariz, para el día veintiocho de setiembre del año dos mil doce.
- Ampliación de la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V., para el día veintiocho de setiembre del año dos mil doce.

Se realicen las demás diligencias que resulten pertinentes y conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Poner en conocimiento del Señor Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Aija, la prórroga del plazo de la Investigación preparatoria.

- ❖ **Mediante Resolución N° 04 de fecha 26 de Setiembre del año 2012:** Se resuelve tener por recepcionado la prórroga de plazo de la Investigación Preparatoria, presentado por la Fiscalía Provincial Penal de Aija,

Disposición De Conclusión De La Investigación Preparatoria

Mediante disposición de fecha veintinueve de noviembre del año dos mil doce, se dispone **PRIMERO:** dar por concluida la Investigación Preparatoria contra Edgar Renne Irigoyen Ríos, por el delito de Violación Sexual en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V.; **SEGUNDO:** Poner en conocimiento de la señora Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de la provincia de Aija, la disposición; **TERCERO:** Notificar la presente disposición a las partes procesales, conforme a lo dispuesto por el artículo 127.1 del Nuevo Código Procesal Penal.

- ❖ **Mediante Resolución N° 05 de fecha 30 de noviembre del año 2012:** Se resuelve tener por recibido la comunicación Fiscal con la Disposición de dar por concluido la etapa de Investigación Preparatoria contra le imputado Renne Irigoyen Ríos, por la comisión del delito de violación Sexual, en agravio de loa menor de iniciales C.D.P.R.V.

ANALISIS

La Fiscalía de conformidad con el artículo 159 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, el artículo 1 y 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y artículo 336.1 del Nuevo Código Procesal Penal, dicta Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria, contra Edgar Renne Irigoyen Ríos, por el delito de Violación Sexual de Menor, en agravio de la adolescente identificada con iniciales C.D.P.R. (12), delito previsto y sancionado en el artículo 173-2 del Código Penal.

Esta formalización contó con los presupuestos legales: a) Que el hecho denunciado constituya delito; b) Que se haya identificado plenamente al autor, y c) Que la acción penal no haya prescrito. Presupuestos que han sido considerados para formalizar la denuncia.

Para este tipo de delito se requiere que la agraviada sea menor de edad y que haya suficientes elementos de convicción para que el Fiscal dicte la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

Además se puede advertir que cuando se narra la fundamentación fáctica, no se indica claramente la fecha de la violación, solo se señala el mes y el año e indica lo siguiente "... se dirigieron al barrio de Pillan donde mantuvieron relaciones sexuales...", no se indica la forma y circunstancias 'como la agraviada fue víctima de violación sexual por parte del imputado, por tanto no se ha cumplido lo establecido en el artículo 336 del Código Procesal penal vigente.

ETAPA INTERMEDIA

Disposición De Requerimiento De Acusación:

La Fiscal Provincial Penal de la Fiscalía Provincial Penal de la Provincia de Aija, formula requerimiento de acusación, contra Edgar Renne Irigoyen Ríos, bajo los siguientes fundamentos: Elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio:

- Declaración testimonial de Teresa Carmen Villacorta Tamariz, madre de la menor agraviada, quien refiere que en el mes de diciembre del año 2011, encontró a su hija con el denunciado por el barrio de Pillau de la provincia de Aija, lugar donde existen casas viejas y deshabitadas.

- Declaración de la menor agraviada quien narra los detalles como fue víctima de violación sexual.
- Certificado Médico Legal N° 000790, de fecha 17 de febrero del año dos mil doce, practicado a la menor agraviada en la que se concluye que esta presenta desfloración Himenal Antigua y lesión traumática extragenital ocasionada por sigilación.
- Informe Psicológico N° 038 DEMUNA PS. 2012, practicado a la menor agraviada, la misma que señala que esta presenta retardo mental moderado y se siente atemorizada y nerviosa frente a la figura del imputado Edgar Renne Ríos Irigoyen.
- Certificado Psicológico practicado por ESSALUD de Huaraz, en la que certifica que la menor sufre de retardo mental moderado.
- Acta de reconocimiento de persona, en donde la menor reconoce al denunciado como la persona que le ha practicado el acto sexual.
- Acta de reconocimiento de persona, donde la madre de la menor agraviada reconoce al denunciado como la persona que ha abusado sexualmente de su menor hija.
- Ficha de RENIEC del denunciado con él se le identifica plenamente.
- Cédula de notificación con la que se demuestra que el denunciado tuvo conocimiento de la denuncia desde el mes de marzo del año dos mil doce y que estuvo prófugo a fin de evadir su responsabilidad.
- Protocolo de Pericia Psicológica N° 002593-2012-PSC, en la que se advierte que la menor agraviada no colabora con la entrevista y que tiene una reacción ansiosa, sugiriendo una reevaluación de la menor.
- Ampliación de la declaración de la madre de la menor agraviada en donde refiere que su hija debe haber cambiado su versión debido a que el imputado habría conversado por ella por teléfono.

- Declaración del imputado quien ha negado todo tipo de vínculo amical o sentimental con la menor agraviada.

❖ **Participación que se le atribuye al imputado:** La calidad de autor del delito de Violación Sexual de la Libertad Sexual, en su modalidad de Violación Sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V. Solicitud Principal de Tipificación, Pena, Reparación Civil y Consecuencias Accesorias.

a) **Tipificación:** Los hechos que se atribuyen al imputado, se encuentra tipificado en el artículo 173 del Código Penal.

b) **Cuantía de la Pena:** Para la graduación de la pena debe tenerse en cuenta los principios de lesividad y proporcionalidad previstos en los artículos cuarto y octavo del Título Preliminar del Código Penal, de manera que la sanción penal este acorde no solo con la culpabilidad por el hecho, sino también con la trascendencia social que ocasiona el delito, por lo que la Fiscal solicita se le imponga la pena Privativa de Libertad de 35 años.

c) **Monto de la Reparación Civil:** La reparación civil implica la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales, y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito genero a la víctima; en la presente causa la Reparación Civil es objetivamente incalculable, daño que no solamente se ha causado a la agraviada, sino también a los familiares directos como es los padres, por lo que el Ministerio Público solicita que el acusado cancele la suma de S/.10.000 (Diez mil y 00/100 Nuevos Soles).

❖ **Relación de Medios Probatorios Ofrecidos:**

a) Testimoniales:

- Declaración de la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V., quien deberá narrar la forma y circunstancias en que fue víctima de Violación Sexual.
- Declaración Testimonial de Teresa Carmen Villacorta Tamariz, quien deberá precisar como tuvo conocimiento de los hechos denunciados y deberá narrarlos.

b) Pericia:

- El examen del Perito Medico Vladimir Fernando Ordaya Montana, quien deberá ser examinado sobre la Pericia Médico Legal N° 000790-EIS, practicado a la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. (12).
- Examen del Psicólogo Igor Valverde Rodríguez, quien deberá ser examinado sobre el Informe Psicológico N° 038 DEMLTNA PS.2012 practicado a la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. (12).
- El Examen de la Psicóloga Roxana Arizapana Quispe, quien deberá ser examinada sobre el Protocolo de Pericia Psicológica N° 002593-2012-PSC, practicado a la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. (12).

c) Documentales:

- Informe Policial N° 035- XII-DIRTEPOL-ANCASH-PNP/-CIA-HZ-SIDF documento con el cual se acreditará que los hechos se pusieron en conocimiento de la autoridad policial con fecha 16 de febrero del año dos mil doce.
- Copia de-DNI de la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. (12), con la que se acredita la edad de la menor.

- Acta de Reconocimiento de persona, en donde la menor reconoce al denunciado, como la persona que le ha practicado el acto sexual.
- Acta de reconocimiento de persona, donde la madre de la menor reconoce al denunciado como la persona que ha abusado de la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. (12).

- ❖ **Medidas de Coerción Procesal:** El acusado se encuentra con la medida de Prisión Preventiva.

Auto Que Pone A Conocimiento De Las Partes La Acusación Fiscal

Mediante resolución número seis de fecha diecisiete de diciembre del año dos mil doce, se dispone poner en conocimiento la acusación fiscal a los demás sujetos procesales por el plazo perentorio de diez días, a efectos de que puedan presentar por escrito los medios probatorios que consideran pertinentes para su debate en la audiencia preliminar de control de acusación.

- ❖ **Mediante Resolución N° 08 de fecha 04 de enero del año 2013:** Se resuelve citar a los sujetos procesales a la audiencia preliminar de control de acusación para el día viernes once de enero del año dos mil trece a las once de la mañana; la misma que se realizara en la sala de audiencias del establecimiento penitenciario Pedro Liendo Pérez de la ciudad de Huaraz, con la presencia obligatoria del fiscal y del abogado defensor del imputado, y en caso de incomparecencia se nombrara abogado de oficio.

- ❖ **Mediante escrito de fecha 07 de enero del año 2013:** El imputado formula observación a la acusación fiscal, bajo los siguientes argumentos:
- a) Que el contenido de acusación fiscal no cumple con exponer la relación clara y precisa del hecho, que se atribuye al imputado, así como tampoco señala las circunstancias precedentes y posteriores al hecho delictivo materia de proceso, sino que en la parte introductoria hace una simple mención al delito tipificado como tal y nombra al imputado como autos de los hechos.
 - b) La acusación fiscal no tiene elementos de convicción suficientes que acrediten la responsabilidad penal del imputado, donde no se precisa la fecha en que se realizó la supuesta violación solo se señala que fue en el mes de diciembre, no precisando la fecha.
 - c) En la acusación fiscal se toma en cuenta el Certificado Psicológico practicado por ESSALUD II de Huaraz la misma que certifica que la menor agraviada tiene retardo mental moderado y tiene 10.6 años de edad, quien a la fecha de evaluación la edad seria 11.6, existiendo duda en el Certificado Psicológico solicitando que se declare improcedente dicho medio probatorio.
 - d) Que del Informe Psicológico N° 38 DEMUANPS.2012 se advierte que la menor presenta retardo mental moderado, sin embargo, se toma en cuenta la declaración referencial de la menor agraviada, máxime si en la ampliación de la declaración referencial de la menor se evidencia contradicciones generando duda de quién es la persona que le ocasiono el delito de violación sexual.

❖ **Medios Probatorios:**

a) Testimoniales:

- Declaración de doña Norka Pelaya Aguilar Antúnez a quien se le notificara en la calle los Topacios Mz. C y Lt.09 Urbanización San Eulogio Distrito de Comas Provincia y Departamento de Lima.
- Declaración de don Grimaldo Miguel Aguilar Antúnez a quien se le deberá de notificar en el Jr. San Antonio s/n La Merced Aija.
- Declaración de don Feliciano Vicente Melgarejo Rodríguez, a quien se le notificara en el Caserío de San Ildefonso s/n la Merced Aija.
- Declaración de don Bernabé Félix Pajuelo Montes, a quien se le deberá de notificar en la Avenida Las Américas N° 308 Barrio Cono Aluviónico Este del Distrito de Huaraz.

b) Documentales:

- Boleta de viaje 006 N° 435160 de fecha 30 de enero del año dos mil doce documento con el cual acredito que el imputado viajo a la ciudad de Lima.
- Boleta de viaje 192 N° 144330 de fecha nueve de mayo del año dos mil doce, documento con el cual acredita su regreso a Aija.
- Título Profesional de Técnico Agropecuario con el cual acredita ser una persona capacitada y de no cometer actos ilícitos.
- Certificado de trabajo emitido por el maestro albañil, con el cual acredita su estancia en la ciudad de Lima

- Certificado de buen comportamiento emitido por la empresa de Transportes Santiago Apóstol con el cual acredita que su persona ha tenido buen comportamiento.
- Constancia de Ausencia emitido por las autoridades del Distrito de la Merced, con el que acredita su ausencia de los meses de Febrero, Marzo, Abril y Mayo del año dos mil doce en el inmueble señalado.
- Declaración Jurada Legalizada, emitida por la propietaria del inmueble Mz, B Lt. 11 del Programa de vivienda Santa Clara, Distrito de Caraballo Lima, con el que acredita que el imputado construyo durante los meses de febrero a mayo del año dos mil doce.
- Dos tomas fotográficas laborando en la construcción para la cual fue contratado.

c) Pruebas Periciales:

- Examen Psicológico emitido por María Socorro Arteaga Jurado, con el que acredita que el imputado es una persona sana tanto mental como emocionalmente.

Así mismo en el primer Otrosí solicita revocar la medida de coerción impuesta por el de comparecencia simple o restringida.

- ❖ **Mediante Resolución N° 09 de fecha 07 de enero del año 2013:** Se resuelve declarar improcedente por extemporáneo la observación al requerimiento acusatorio presentado por el imputado.

- ❖ **Mediante Escrito de fecha 10 de enero del año 2013:** El recurrente formula reposición contra la resolución número nueve.

Audiencia Preliminar De Control De Acusación:

El día once de enero del año dos mil trece, en la sala de Audiencias del establecimiento Penitenciario, se lleva a cabo la audiencia de control de acusación; después de que la especialista de audiencias diera cuenta de que el imputado a presentado su escrito de reposición contra la resolución número nueve, la señora Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria a fin de resolver solicita al personal notificador, que emita razón dentro de las veinticuatro horas de notificado, como es que se notifica con fecha diecisiete de diciembre la resolución número siete cuando este fue proveído con fecha dieciocho de diciembre del año dos mil doce, por lo que la audiencia se suspende para continuar para el dieciocho de enero del año dos mil trece a las once de la mañana quedando notificado las partes en el mismo acto.

- ❖ **Continuación de la Audiencia de Control de Acusación:** El día dieciocho de enero del año dos mil trece, en la sala de audiencias del penal de la ciudad de Huaraz, se lleva a cabo la audiencia de Control de Acusación, solicitada por la representante del Ministerio Publico, se deja constancia que la audiencia será registrada en audio, pudiendo acceder las partes a la copia de dicho audio, solicitando identificarse a las partes a fin de que conste en el registro, la señora Juez tiene por apersonado a las partes y por señalado el domicilio procesal, dando por instalada válidamente la audiencia, a fin de resolver la reposición y estando a la reposición del notificador expide la siguiente resolución:

- ❖ Mediante Resolución N° 11, la cual señala que de la revisión de autos se advierte que con la resolución número seis que pone a conocimiento la acusación fiscal a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días, se le ha notificado al acusado con fecha diecisiete de diciembre del año dos mil trece conforme se advierte de folios treinta y ocho de autos; sin embargo conforme a la razón del Asistente de Comunicaciones del Módulo Penal, la fecha de notificación de la resolución número seis lo ha consignado con fecha diecisiete de diciembre del año dos mil doce por error involuntario cuando debió de haber consignado de manera correcta el día diecinueve de diciembre del año dos mil trece, por lo que contabilizado el plazo hasta el día siete de enero fecha en que el imputado presenta su escrito formulando observación a la acusación fiscal, estaría dentro del plazo establecido en el artículo 350 numeral uno del Código Procesal Penal, por lo que RESUELVE 1- DECLARAR LIMJNARMNETE PROCEDENTE el recurso de reposición contra el decreto número nueve de fecha siete de enero del año dos mil trece. 2.- al escrito de observación a la Acusación Fiscal, téngase presente en su oportunidad, téngase por ofrecido para el Juicio Oral las testimoniales, documentos y pruebas periciales que se menciona y adjunta.
- ❖ **Debate:** La señora juez solicita a la especialista de cuenta de algún escrito presentado por el abogado de la defensa, da cuenta que con fecha dieciocho de enero del año dos mil trece, se recibió el escrito presentado por el abogado del acusado quien solicita Complementar Observaciones a la Acusación Fiscal y solicita sobreseimiento de la causa. La señora Juez concede el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin de que sustente su requerimiento de acusación Fiscal, así también comunica a la madre de la menor agraviada que no puede intervenir en la audiencia por no haberse constituido en actor civil, concede el uso de la palabra al abogado a fin de

que sustente respecto del requerimiento de acusación, luego concede el uso de la palabra al Fiscal a fin de que ejerza su derecho de réplica a fin de que se pronuncie respecto del sobreseimiento, , el pedido de revocación la medida de coerción impuesta y finalmente concede el uso de la palabra a la defensa técnica del imputado, dando por agotada el debate procediendo a emitir la siguiente resolución:

Auto De Enjuiciamiento:

Resolución N° 12:

Visto y Oído: el requerimiento acusatorio PRIMERO: en relación al sobreseimiento habiéndose notificado con la resolución número seis y siete, con fecha diecinueve de diciembre del año dos mil doce, por lo que la solicitud de sobreseimiento se encuentra fuera del plazo establecido por ley, debiendo desestimarse por extemporáneo.

En cuanto a lo solicitado de la revocatoria de la medida de coerción impuesta al imputado de prisión preventiva por el de comparecencia simple o restringida, el abogado de la defensa no ha sustentado el motivo por el cual pide la revocatoria de la medida coercitiva impuesta, cuando la prisión preventiva procede la cesación mas no la revocatoria, por lo que merece desestimarse. SEGUNDO: La acusación Fiscal cumple con los requisitos del artículo 349 del Código Procesal Penal por lo que en el presente caso concurren los presupuestos procesales que configuran una relación jurídico procesal valido y aseguran un posterior pronunciamiento de fundabilidad tanto, correspondiendo declararse sanada la acusación fiscal. TERCERO: OFRECIMIENTO Y ADMISION DE MEDIOS DE PRUEBA DE LA FISCALIA: ha ofrecido como prueba personal las declaraciones testimoniales de la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. y de Teresa Carmen Villacorta Tamariz, madre de la

menor, como prueba pericial el examen del Medico Vladimir Fernando Ordaya Montana respecto al contenido y conclusiones del certificado médico legal, examen del Psicólogo Igor Valverde Rodríguez respecto a las conclusiones del Informe Psicológico, Examen de la Psicóloga Roxana Arizapana Quispe respecto a las conclusiones del protocolo de Pericia Psicológica, y como prueba documental el Atestado Policial número 035-XII-DIRTEPOL-ANCASH-PNP/CIA-HZ-SIDF, DN1 de la menor agraviada, acta de reconocimiento de persona, donde la menor reconoce al imputado como la persona que le ha practicado el acto sexual, acta de reconocimiento donde la madre de la menor reconoce al imputado como la persona que ha abusado sexualmente de su menor hija, medios de prueba que contiene la especificación del probable aporte a obtener para mejor conocimiento del caso y reúnen los requisitos de ser conducentes y útiles por lo que deben de ser admitidos. CUARTO: OFRECIMIENTO Y ADMISION DE MEDIOS DE PRUEBA DE LA AGRAVIADA: no ha ofrecido medio de prueba alguna. QUINTO: OFRECIMIENTO Y ADMISION DE MEDIOS DE PRUEBA DE LA DEFENSA DEL ACUSADO ha ofrecido como prueba personal declaraciones testimoniales de Norka Pelaya Aguilar Antúnez , Grimaldo Miguel Aguilar Antúnez, Feliciano Vicente Melgarejo Rodríguez y Bernabé Feliz Pajuelo Montes, como prueba documental la boleta de viaje 006 N° 435160 de fecha 30 de enero del año dos mil doce, boleta de viaje 192 N° 144330 de fecha nueve de mayo del año dos mil doce, Título Profesional de Técnico Agropecuario, Certificado de buen comportamiento emitido por la empresa de Transportes Santiago Apóstol, Constancia de Ausencia emitido por las autoridades del Distrito de la Merced, Declaración Jurada Legalizada, emitida por la propietaria del inmueble Mz. B Lt. 11 del Programa de vivienda Santa Clara, Distrito de Caraballo Lima, medios de prueba que contienen la especificación del probable aporte a obtener para mejor conocimiento del caso y reúnen los requisitos de ser útiles y conducentes.

En cuanto a la prueba Pericial deberá ser rechazado pues se debió ofrecer el examen del perito psicóloga María Socorro Arteaga Jurado, defensa reservándose para hacer valer en la etapa correspondiente. SEXTO: De las partes constituidas en la causa, en el proceso no se han constituido en actor civil menos en tercero civilmente responsable. SEPTIMO: De la competencia materia del juez de fallo, corresponde conocer el juzgamiento al Juzgado Penal Colegiado. OCTAVO: Medidas de Coerción el acusado se encuentra con prisión preventiva. Por estas consideraciones RESUELVE: PRIMERO: DECLARAR SANEADA LA ACUSACION FISCAL Y LA EXISTENCIA DE UNA RELACION JURIDICA PROCESAL VALIDA en consecuencia DICTO AUTO DE ENJUICIMIENTO CONTRA EDGAR RENNE IRIGOYEN RIOS. SEGUNDO: ADMITIR COMO MEDIO DE PRUEBA DE LA FISCALIA, las declaraciones testimoniales de la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. y de Teresa Carmen Villacorta Tamariz, madre de la menor, como prueba pericial el examen del Medico Vladimir Fernando Ordaya Montana, exámenes de los Psicólogos Igor Valverde Rodríguez y Roxana Arizapana, y como prueba documental el Atestado Policial número 035-XII-DIRTEPOL-ANCASH-PNP/CIA-HZ-SIDF, DNI de la menor agraviada, actas de reconocimiento de persona. TERCERO: Se precisa que la agraviada no ha ofrecido medios probatorios. CUARTO: ADMITIR COMO MEDIOS DE PRUEBA DE LA DEFENSA DEL ACUSADO, las declaraciones testimoniales de Norka Pelaya Aguilar Antúnez, Grimaldo Miguel Aguilar Antúnez, Feliciano Vicente Melgarejo Rodríguez y Bernabé Feliz Pajuelo Montes, como prueba documental la boleta de viaje 006 N° 435160 de fecha 30 de enero del año dos mil doce, boleta de viaje 192 N° 144330 de fecha nueve de mayo del año dos mil doce, Título Profesional de Técnico Agropecuario, Certificado de buen comportamiento emitido por la empresa de Transportes Santiago Apóstol, Constancia de Ausencia emitido por las autoridades del Distrito de la Merced, Declaración Jurada

Legalizada, emitida por la propietaria del inmueble Mz. B Lt. 11 del Programa de vivienda Santa Clara, Distrito de Caraballo Lima y rechazar como prueba pericial el examen psicológico. QUINTO: Precisar que durante la Investigación Preparatoria no se han constituido en actor civil, ni tercero civil. SEXTO: La condición del acusado es la de prisión preventiva. SEPTIMO: Declarar improcedente el pedido de sobreseimiento por extemporáneo. OCTAVO: Declarar improcedente el pedido de revocatoria de la prisión preventiva. NOVENO: Ordeno la remisión de los actuados al Juzgado Penal colegiado en el plazo de 48 horas bajo responsabilidad.

Auto De Citación A Juicio:

Con las actuaciones remitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Aija, RESUELVE: Citar a juicio a Edgar Renne Irigoyen Ríos, en el proceso que se le sigue por el delito de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V.

Señalar fecha para la audiencia de juicio oral, el día lunes once de marzo del año dos mil trece, a horas nueve de la mañana la misma que se llevara a cabo en la sala de audiencias del Establecimiento Penal de Huaraz.

Notifíquese al acusado Edgar Renne Irigoyen Ríos, en el establecimiento Penal de Huaraz, y en su domicilio procesal en el Jirón San Martín N° 826.

Notifíquese al abogado Fredy Martin Mejía Bustos en su domicilio procesal en el jirón San Martín N° 826 Huaraz, bajo apercibimiento en caso de inconcurrencia de ser excluido,

subrogándose por otro abogado defensor, asimismo dejará la defensa de su patrocinado deberá de comunicar al juzgado dentro del plazo de cinco días.

Notifíquese al representante del Ministerio Público- Fiscalía Provincial Penal de Aija, bajo apercibimiento en caso de incomparecencia de ser excluido del juicio y comunicarse al Fiscal coordinador, conforme lo dispone el artículo 359.6 del Código Procesal Penal.

TENGASE como medios probatorios por parte del Ministerio Público:

a) Testimoniales:

- De la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. y de Teresa Carmen Viliacorta Tamariz, madre de la menor.

b) Periciales:

- Examen del Médico Legista Vladimir Fernando Ordaya Montoya (Certificado Médico Legal N° 000790-EIS), con domicilio laboral en el Jr. Larrea y Loredó N° 780.
- Examen del Psicólogo Igor Valverde Rodríguez (Informe Psicológico N° 038- DEMUNA PS-2012); con domicilio laboral en el pasaje Tiburcio Arce N° 543.
- Examen de la Psicóloga Roxana Arizapana (Protocolo de Pericia Psicológica N° 002593-2012-PSC); con domicilio laboral en el jirón Larrea y Laredo N° 780 Huaraz.

c) Prueba Documental:

- Atestado Policial número 035-XII-DIRTEPOL-ANCASH-PNP/CIA-HZ-S1DF.
- Copia de DNI de la menor agraviada.

- Acta de reconocimiento de persona de fecha dieciocho de febrero del año dos mil doce.

Por parte de la defensa del Acusado:

a) Testimoniales:

- De Norka Pelaya Aguilar Antúnez, domiciliado en calle los Topacios Mz. C Lt. 09 urbanización San Eulogio- Comas -Lima.
- De Grimaldo Miguel Aguilar Antúnez; domiciliado en el jirón San Antonio S/N la Merced- Aija.
- De Feliciano Vicente Melgarejo Rodríguez, domiciliado en el Caserío de San Ildefonso S/n - la Merced Aija.
- De Bernabé Félix Pajuelo Montes; domiciliado en avenida las Américas N° 308 Barrió Cono Aluviónico Este Huaraz. b) Pruebas Documentales:
- Boleta de viaje 006 N° 435160 de fecha 30 de enero del año dos mil doce.
- Boleta de viaje 192 N° 144330 de fecha nueve de mayo del año dos mil doce.
- Título Profesional de Técnico Agropecuario.
- Certificado de buen comportamiento emitido por la empresa de Transportes Santiago Apóstol.
- Constancia de Ausencia emitido por las autoridades del Distrito de la Merced.
- Declaración Jurada Legalizada, emitida por la propietaria del inmueble Mz. B Lt. 11 del Programa de vivienda Santa Clara, Distrito de Caraballo Lima.

Requírase, al representante del Ministerio Público y a los demás sujetos procesales coadyuven en la localización y comparecencia de los testigos y peritos propuestos, bajo apercibimiento de tenerse por prescindido de las testimoniales y pericias admitidas para su actuación.

Disponer oficiar al establecimiento penitenciario de Huaraz a fin de que procedan al traslado del interno Edgar Renne Irigoyen RÍOS a la sala de audiencias del establecimiento penitenciario el día programado.

FORMESE el cuaderno de debate, con el auto de enjuiciamiento y de citación a Juicio Oral, conforme al artículo 5 del Reglamento del Expediente Judicial.

ANÁLISIS:

En esta etapa es de verse que en el requerimiento de acusación no se indica la fecha exacta de la comisión delictiva, además se torna como uno de los elementos de convicción la ampliación de la declaración de la madre de la menor en la que refiere que su hija cambia de versión ya que se comunicó con el imputado, pese a que existe una doble versión por parte de la víctima.

Además, es de verse que cuando señalan el nombre del Perito Vladimir Fernando Ordaya Montana, en el requerimiento de acusación lo realizan de manera incorrecta cuando el nombre correcto del Perito es Vladimir Fernando Ordaya Montoya, respecto a la audiencia de Control de Acusación esta se ha llevado a cabo de acuerdo a lo señalado en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

ETAPA DE JUZGAMIENTO

Sentencia de primera instancia:

Audiencia De Juicio Oral:

Resolución N° 19 de fecha 26 de julio del año dos mil trece: Se resuelve CONDENAR a Edgar Renne Irigoyen Ríos como autor del delito de violación de la Libertad Sexual en su modalidad de Violación de menor de edad en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V. y le imponen treinta años de pena privativa de libertad, y vencerá el seis de noviembre del año dos mil cuarenta y dos y fija por concepto de Reparación Civil el pago de cuatro mil nuevos soles a cargo del condenado a favor de la agraviada, bajo los siguientes argumentos:

- Se atribuye al imputado que a inicios del mes de diciembre del año dos mil once, mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada que entonces contaba con doce años de edad, el hecho se suscitó en el barrio de Piliau de la Provincia de Aija. Se dice que en el catorce de febrero del año dos mil doce se encontró con la víctima y le causo un hematoma por succión bucal en el pecho izquierdo. Este último suceso llevo a conocimiento de la madre de la agraviada origino que denunciara los hechos ante la policía.
- En el caso de autos la prueba más importante se encuentra en la sindicación de la víctima, así como su afectación psicológica y que en lo posible debe ser corroborada con pruebas externas o periféricas que le den solidez para quebrar la presunción de inocencia.
- Sobre el particular es necesario analizar la posición de la defensa en el sentido de que la única prueba incriminatoria contra el acusado es la proveniente de la madre de la víctima, quien, a decir de él, ha manipulado a su hija y ha obrado por despecho. Con

ese designio la defensa ofreció el testimonio de Félix Pajuelo Montes y que al juicio del colegiado ese solo testimonio no produce convicción de que la madre acusa al imputado por despecho. En conclusión, no se encuentra elementos de convicción de que la madre de la menor haya actuado con animadversión, odio u otro sentimiento similar.

- **Con relación a la persistencia:** La menor en la investigación policial declara que su violador es el acusado, sin embargo al ser entrevistada por la psicóloga Arizapana Quispe y cuyo protocolo pericial ha sido materia de examen, la menor refiere que el acusado no le ha hecho nada que su madre dice que le ha violado. Señala que en diciembre le hablo, le pregunto su nombre, donde estudia, que solo eso hablaron, que él se fue y ella también. En el juicio oral la menor ha sido enfática la señalar que fue el acusado quien le introdujo el pene en su vagina cuando estaban en un lugar denominado Pillao en la provincia de Aija.
- Se ha observado en la victima claridad en la expresión, que se hace entender que incluso sabe leer aun con cierta dificultad, se advierte también su deseo de no hablar de lo sucedido en presencia de su madre, dejando entrever que teme incomodarla y hacerle sentir mal. No se trata a juicio del colegiado la falta de persistencia en la incriminación por parte de la agraviada, sino su inmadurez y su dificultad para discernir lo que le llevo a expresar ante la referida psicóloga de que el acusado no la violó, que en todo caso para ella no era tal cosa.
- Sostiene la defensa que la menor refiere que el acusado no le tocó sus partes íntimas ni intento forzarla o quitarle la ropa, sin embargo en su real contexto entendemos que la menor se refiere que no hubo tales actos por parte del acusado con ocasión del moradito, por tanto el colegiado considera que no se está ante un caso de falta de

persistencia en la incriminación de la agraviada sino ante reacciones conductuales de una menor con retardo mental moderado.

- **En lo concerniente a la verosimilitud:** Conviene en analizar si lo narrado por la víctima hay corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria. Sobre este punto se tiene:
 - a) La pericia psicológica número 038-DEMUNA PS 2012 del 23 de febrero del año 2012 practicada por el Psicólogo Igor Valverde Rodríguez, quien concluye que la menor presenta retardo mental moderado en su desarrollo psicomotor, con dificultades en sus funciones mentales, señala también que es muy probable que la agraviada haya sido víctima de agresiones sexuales por parte del acusado ya que se siente temerosa y angustiada frente a la figura de este. Finalmente recomienda tratamiento psicológico para la agraviada y su familia.
 - b) Protocolo de Pericia Psicológica 002593-2012-PSC suscrita por la psicóloga Roxana Arizapana Quispe quien concluye que la menor agraviada presenta reacción ansiosa y recomienda terapia de rehabilitación.
 - c) Certificado Médico Legal suscrito por el medico Vladimir Ordaya Montoya quien en juicio oral ha ilustrado que al examen de integridad sexual practicado en la víctima, existe desfloración himenal antigua. Los analizados medios probatorios lo llevan a determinar que la versión de la víctima resulta verosímil y coherente, es decir que fue el acusado quien la ultrajo sexualmente.

Sobre la edad de la víctima, corroborado con el documento de identidad de la agraviada, se llega a establecer que el 7 de diciembre del año 2011 tenía doce años con cuatro meses de edad. Así mismo se ha acreditado el elemento material

del delito consistente en el acceso carnal por vía vaginal. En consecuencia, la conducta del acusado se subsume en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal que ha sido materia de acusación, que no habiendo causas de justificación ni exculpación se concluye que además de típica, la conducta del acusado es antijurídica y culpable.

Por las condiciones expuestas: CONDENA a Edgar Renne Irigoyen Ríos como autor del delito de Violación de la Libertad Sexual, en su modalidad de Violación de menor- de edad en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V. y como tal le impone treinta años de pena privativa de libertad, y que vencerá el seis de noviembre del año dos mil cuarenta y dos. FIJA por concepto de reparación civil la suma de cuatro mil nuevos soles a favor de la agraviada.

ANALISIS

En cuanto a la sentencia de primera instancia que falla condenando al acusado Edgar Renne Irigoyen RÍOS, como autor del delito contra la libertad- Violación Sexual de menor de edad, esta se ha emitido solo teniendo en cuenta la declaración de la madre de la menor, mas no se ha tenido en cuenta las distintas versiones de la menor agraviada, además de ello no existen más elementos de convicción que demuestren la comisión delictiva.

Además, para emitir la sentencia no toma en cuenta los medios probatorios ofrecidos por el imputado, así como tampoco se toma en cuenta la declaración de uno los testigos del imputado, existiendo finalmente una falta de motivación en la sentencia emitida, las misma que fuera declarada nula por la sala.

Sentencia Emitida Por El Juzgado Penal Colegiado:

El Colegiado falla DECLARANDO fundado el recurso de apelación, interpuesto por el sentenciado Edgar Renne Irigoyen Ríos; en consecuencia, REVOCARON en todos sus extremos, la sentencia de fecha veintiséis de julio del año dos mil trece y REFORMANDOLA: ABSOLVIERON a Edgar Renne Irigoyen Ríos de la acusación fiscal por el delito contra la Libertad Sexual- Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V.

Dejaron sin efecto las órdenes de captura e internamiento al Establecimiento Penal, del mencionado imputado, dispuestas en la resolución materia de grado, y DISPUSIERON su EXCARCELACION, siempre y cuando no exista otro orden judicial, con mandato de detención vigente, debiendo para tal fin cursar los oficios a la autoridad correspondiente, MANDARON: Que, consentida y/o ejecutoriada que se a la presente resolución de vista se anulen los antecedentes Policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso, oficiándose a las autoridades competentes con dicho fin, y ARCHIVANDOSE los autos en forma definitiva. Devuélvase al Juzgado de origen. Vocal ponente Juez superior Demetrio Vela Marroquín. En base a los siguientes fundamentos:

- Que, conforme a la acusación fiscal se atribuye al acusado Irigoyen Ríos, haber ultrajado sexualmente a la menor agraviada de iniciales C.D.P.R.V. en el mes de diciembre del año dos once, cuando esta contaba con la edad de 12 años, imputación que es negada por el sentenciado.
- Que, para determinarse la responsabilidad o no del encausado debe de verificarse los elementos de cargo y de descargo, y con especial atención los que han sido alegados en el recurso de apelación, como son: a) las declaraciones de la menor como prueba de cargo, y las vertidas ante los profesionales de la salud y en el juicio oral, como su

- documento de identidad; b) el protocolo de Pericia Psicológica número 002593-2012-PSC y la versión de la perito Roxana Arizapana Quispe; c) el Informe Psicológico N° 038-DEMUNA-PS 2012 y lo vertido por el Psicólogo Ígor Valverde; d) el Certificado Médico Legal N° 000790-EIS, y lo vertido por el perito Médico Vladimir Ordaya Montoya; e) Las Actas de Reconocimiento de personas; i) El Atestado Policial N° 035-XII-DIRTEPOL-A'NCASH- PNP/CIA-HZ-SIDF; g) Las Declaraciones testimoniales de la madre de la menor y de los señores Norka Pelaya Aguilar Antúnez, Grimaldo Miguel Aguilar Antúnez, Feliciano Vicente Melgarejo Rodríguez y de Bernabé Félix Pajuelo Monte, como del encausado; h) las boletas de viaje, título profesional, Certificado de Comportamiento, Constancia de Ausencia, declaración jurada del Programa de vivienda Santa Clara y Tomas Fotográficas presentadas por el encausado.
- Que, para el análisis del testimonio de la menor, además de tener en cuenta el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-1 16 es oportuno citar a San Martín Castro, quien señala los requisitos por los tribunales, a modo de control de credibilidad de la declaración de la víctima en delitos sexuales: en primer lugar, exigen que no exista un tiempo considerable, no justificado entre la fecha de comisión del delito y fecha de denuncia del mismo. En segundo lugar, que la sindicación de la agraviada sea uniforme, si es contradictoria debe absolver al-imputado. En tercer lugar, impone la existencia de una pericia médico legal que revele la posibilidad del atentado sexual denunciado y corrobore la incriminación de la víctima. En cuarto lugar, sancionan que el relato de la víctima debe ser verosímil y que, en todo caso, la pericia debe apoyarse a su versión, así como deben ser circunstancias detallando la forma y circunstancias de la comisión delictiva.

- Que, analizando los medios de prueba señalados precedentemente, se advierte que la imputación en contra del encausado, se centra principalmente en la versión de la menor agraviada, así como en el de la madre de la menor; para ello antes debemos delimitar los eventos criminosos, así como los medios de prueba, que habrían ocurrido el catorce de febrero del año dos mil doce, así como en el mes de diciembre del año dos mil once.
- Que, con referencia a lo acontecido el catorce de febrero del año dos mil doce, se sostiene que aquel día la menor fue encontrada por sus primas con el acusado, las que contaron a la madre de la menor quien al revisarla encontró un chupete a lo que la menor refirió que fue el acusado quien le realizó, lo que conllevó a que siga con las investigaciones, y basado en lo relatado por la menor en su manifestación ampliatoria.
- Sobre la imputación al encausado ha presentado como elementos de descargo, las declaraciones de testigos quienes han manifestado que le imputado desde el mes de febrero a mayo del año dos mil doce, se ha encontrado trabajando como obrero en una construcción en la ciudad de Lima, declaraciones que no han sido desvirtuadas y además las mismas quedan corroboradas con las boletas de viaje presentados. Medios de prueba que debilitan y desvirtúan la imputación de la menor que en tal fecha, del catorce de febrero, se haya encontrado con el acusado y que en tal ocasión sea este quien le produjo el hematoma en el pecho por sugilación.
- Así también es de anotarse que durante toda la investigación, la madre de la menor se negó a proporcionar los nombres de las personas que habrían encontrado al imputado con la menor en la mencionada fecha, basándose en que no quería comprometerlos, ocasionando que no se tenga la declaración de las referidas personas menores de edad, entonces debe de aplazarse la sanción contenida en el artículo 166 inciso 2 que preceptúa "... sí dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su

testimonio no podrá ser utilizado", ya que la madre de la menor para estos hechos es una testigo referencial, entonces tal testimonio no puede ser utilizado como medio de prueba, para tratar de vincular al imputado con I9s hechos acontecidos presumiblemente en el mes de diciembre del año dos mil once, y la sola versión de la agraviada, que el catorce de febrero se encontró con el imputado, ha sido también desvirtuado.

- Que, con relación a la hipótesis de ultraje sexual que se habría producido en el mes de diciembre del año dos mil once, esta surge a consecuencia a que a la menor se le toma la declaración ampliatoria sin que exista disposición Fiscal, preguntándosele, que cuando ha sido la última vez que ha visto a Edgar Renne Irigoyen Ríos, respondiendo esta que ha sido en el mes de diciembre en Aija, y que afuera de una casa, ubicada en el barrio de Pillan es que le introdujo su pene, hecho que ha sido recogido como imputación central en la acusación fiscal y al respecto la madre de la menor en su declaración de fecha dieciocho de febrero del año dos mil doce, alcanzando el Certificado Médico legal practicado a su menor ,hija manifestó que ha averiguado del sujeto que efectuó tocamientos indebidos a su hija y que se trataría de una persona mayor, y unos amigos le han informado que se llama Edgar Irigoyen, para luego narrar que lo conoce como Edgar Chevchenco, y que en el mes de diciembre del año dos mil once, sin especificar el día de los hechos desapareció por lo que pidió permiso de su trabajo para buscarla al saber que su hija no se encontraba en el centro educativo donde estudia y como le habían dicho que el imputado la llevo jalándola hacia el barrio de Pillau, donde hay casas viejas, es que se dirigió a ese lugar encontrándola con el joven Edgar Chevchenco y que a medida que se acercaba este la vio y se fue corriendo, para luego llamarle la atención, reafirmando tal declaración en la audiencia de juicio oral y

precisando que tal acontecimiento se produjo el día siete de diciembre del año dos mil once. Que, de lo antes anotado se tiene que tanto la madre de la menor en su declaración antes anotada, como el fiscal en su requerimiento de acusación, no han precisado la fecha en que se habría producido el ultraje sexual, pues la madre de la menor no menciona que día encontró a su hija con el imputado, para luego afirmar que el hecho se habría producido en ocho de diciembre, y por último en el juicio oral manifiesta que fue el siete de diciembre del año dos mil once, del que se aprecia que tal testimonial no es uniforme, así también no ha indicado que personas le dijeron que a jalones el encausado llevaba a jalones a su menor hija hacia el barrio de Pillau, para reforzar o hacer creíble el argumento de la mencionada testigo, ya que esta no ha presenciado de modo directo que el acusado haya mantenido relaciones sexuales con la menor, a fin de tomarse como idóneo su declaración, más aun cuando la menor menciona que en el posible encuentro con el acusado, esta retornó sola a su casa mas no en compañía de su madre. Es decir, nada indica más que la declaración de la menor que en el mes de diciembre haya sido víctima de ultraje sexual por parte del imputado. Por ello al quedar solo la sindicación de la menor es pertinente recurrir al control de credibilidad, sin soslayarse lo señalado en el Protocolo de Pericia Psicológica N° 002593-2012-PSC que concluye que la menor presenta discapacidad mental moderada, por lo que tal manifestación debe ser tomada con mucha cautela y ponderación.

- Que, analizando el presupuesto de ausencia de incredibilidad subjetiva, el imputado sostiene que la menor ha sido manipulada por su madre, como lo ha indicado la agraviada al efectuarse la Pericia Psicológica N° 002593-2012 de fecha catorce de junio del año dos mil doce, hecho que no puede acreditarse fehacientemente, como del que exista animadversión por parte de la madre hacia el acusado por un rechazo

sentimental, al efectuar el análisis de los resultados, señala que es una persona con incapacidad de discernir, dependiente, poca capacidad de orientación y discriminación; circunstancias entonces que le niegan de aptitud y certeza la sindicación efectuada por la agraviada, por lo que no cumple con el primer elemento para la sindicación.

- Que sobre la verosimilitud de las declaraciones y sobre la persistencia en la incriminación de la menor, se tiene que en la primera declaración con presencia del fiscal, manifestó no he tenido relaciones sexuales, para que en su manifestación ampliatoria de fecha dieciocho de febrero del año dos mil doce, sin existir disposición fiscal cambie de versión indicando que el imputado le introdujo su pene; y para, volver a decir lo contrario, cuando se efectuó el Protocolo de Pericia Psicológica N° 0025593-2012-PSC, tomada el catorce de junio del año dos mil trece manifestando "Edgar no me ha hecho nada mi mama dice que me ha violado y que en diciembre me hablo me pregunto por mi nombre donde estudio solo eso hablamos él se fue y yo también", y luego en el juicio de juicio oral vuelva a cambiar de versión afirmando que el imputado le introdujo el pene en su vagina, declaraciones de la que se aprecia que al no existir solidez, lo que puede entenderse por su poca capacidad de orientación y discriminación de la menor, al presentar discapacidad mental moderada, pero estas imputaciones son ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria a lo declarado por la menor, pues no se cuenta con otros elementos periféricos, de aquella fecha que permitan una mínima corroboración con lo manifestado por la agraviada.
- Entonces al no ser uniforme la declaración de la menor, debe absolverse al imputado, Así también es señalarse que carece de sustento querer demostrar la responsabilidad

penal del acusado, basándose en el Certificado Médico Legal N° 000790, pues tal documento solo acredita la posible agresión sexual padecida por la víctima.

- De igual forma sucede con los informes y reconocimientos psicológicos practicados a la agraviada, que revelan la posibilidad del atentado sexual denunciado, sin embargo también es necesario que estos elementos probatorios se corroboren con la incriminación de la víctima, y que tal sindicación este rodeada de corroboraciones periféricas los que no se tienen, y para ello la sindicación de la agraviada debe ser uniforme con un relato verosímil, en el que se detalle la forma y circunstancias de la comisión delictiva, lo que no sucede en autos y desde la perspectiva objetiva, no se tiene que el relato incriminador este mínimamente corroborado por alguna acreditación indiciaría, que incorpore algún hecho, dato o circunstancia externa, sin poder incluso determinarse el día o tal vez el mes, en que se habría producido los hechos, y si realmente fue el acusado quien habría ultrajado sexualmente a la agraviada, además la Fiscal no ha podido probar en la audiencia de apelación cuando se produjo el hecho delictivo ni las circunstancias concomitantes que rodearon el hecho delictivo.
- Que, con relación a las Actas de reconocimiento de persona, llevadas a cabo por la menor agraviada y su madre, con fecha dieciocho de febrero del año dos mil doce, es de mencionarse que le código de Procedimientos Penales vigente en esa fecha, en su artículo 146 preceptuaba que cuando se trate del reconocimiento de una persona el testigo "deberá describir previamente, procedimiento que no ha sido cumplido lo que les resta valor probatorio a dichas actas de reconocimiento.

Por tanto tales situaciones generan duda el juzgador, de que si se dio el ultraje sexual por parte del imputado, y el querer vincularse al encausado en base a presunciones y sin

contundentes elementos de prueba, nos aparta del principio de responsabilidad, que requiere que para imponer una sentencia condenatoria, exista certeza respecto a la materialidad del delito incriminado así como la responsabilidad del encausado, toda vez que no existen medios probatorios que den certeza y seguridad sobre la culpabilidad del imputado, por lo que en atención al principio universal del in dubio pro reo, del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, debe optarse por lo más favorable al encausado.

ANÁLISIS:

La sentencia emitida condena al imputado como autor del delito de violación de la Libertad Sexual, en agravio de la menor agraviada a treinta años de pena privativa de libertad efectiva, tomando en cuenta la declaración de la menor agraviada y de su madre quien aducía que el imputado a violado a su hija en base a unas personas que habrían encontrado a su menor hija con el acusado no indicando los nombres de dichas personas por que carecería de validez su declaración ya que no estaría acompañada de medio probatorio alguno que corrobore lo dicho.

Además, no se ha especificado el día de los hechos, ya que la madre de la menor inicialmente no señala la fecha, posteriormente señala que el hecho se realizó el ocho de diciembre, y en el juicio oral indica otra fecha veintitrés de julio del año dos mil ocho.

Así también no se toma en cuenta que la menor agraviada al padecer de retardo mental moderado no se podría tomar en cuenta, ya que sus distintas versiones no producen certeza al juzgador; mismos fundamentos que han sido tomados en cuenta para revocar en todos los extremos a la sentencia y absolver al imputado Renne Irigoyen RÍOS, por el delito de Violación de la Libertad Sexual, en agravio de la menor de iniciales C.D.P.R.V.

III. JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS:

1. EXPEDIENTE NÚMERO 3398- 2005

"... para estimar consumado el delito de violación sexual no hace falta penetración total, solo es suficiente que, de u otro modo, el pene acceda a la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin que incluso, se exija la rotura más o menos completa del himen, solo hace falta que el pene supere el umbral del labium minus y llegue hasta el himen, como ha ocurrido en el presente caso al presentar esta un desgarró; que si bien la agraviada no ha sido persistente en sus declaraciones, cabe precisar que aunque es de descartar que el imputado la forzó y que, por el contrario, está probado que ambos mantenías una relación sentimental, por su edad esa aceptación es intrascendente el vínculo sentimental y el hecho de que son vecinos a su vez permite rechazar el argumento del imputado en el sentido que actuó en la creencia equivocado de que la agraviada contaba con catorce años de edad; que le tenor de la pericia antes indicada, y lo anotado respecto a las exigencias típicas del delito de violación, constituyen datos esenciales para afirmar, en todo caso, la existencia de un delito de violación y descartar la posibilidad ele abusos deshonestos

2. EXPEDIENTE NÚMERO 2006-01011-HUACHO.

"Para el colegido de apelación, y a partir de la jurisprudencia nacional relacionadas a los delitos de violación sexual de menor, la ausencia de prueba directa es uno de los aspectos más problemáticos de los delitos sexuales, dificultándosele al juez verificar el delito y la responsabilidad del supuesto agresor. Y es que en la mayoría de los casos el

único medio de prueba con el que cuenta el magistrado o tribunal es la sindicación de la víctima aunado al certificado médico, que en este caso concluyo que la menor perjudicada presentaba himen complaciente lo cual, sin embargo, no puede servir de fundamento para descartar la violación sexual y dejar en la impunidad a los autores"

3. EJECUTORIA SUPREMA DE 1998-2001.

En este tipo de procesos es de necesidad sine qua non establecerse la edad de la agraviada con un instrumento público como es la partida de nacimiento respectiva a fin de una correcta tipificación del ilícito penal...se informa que la menor agraviada no se encuentra inscrita en la municipalidad correspondiente, no siendo suficiente la referencia que se establece en el certificado médico, pues el fin en dicha oportunidad no era establecer la edad de la agraviada, tanto más que la edad de esta se encuentra cuestionada por el procesado en su declaración a nivel del juicio oral donde señala que la menor tiene 16 años; es menester que el colegiado recurra al medio subsidiario de determinación de la edad de la agraviada, prevista por la ley en un nuevo juicio oral; siendo así se incurrido en causal de nulidad.

V. CONCLUSIONES:

1. Sobre el trámite del proceso, el cual se ha desarrollado dentro de los términos señalados en el Código Procesal Penal, aplicando todos los principios que lo caracterizan.
2. La prueba de cargo de la menor agraviada, no sustenta la incriminación del delito al imputado en la medida de que esta sufre el retraso mental moderado, además entra en contradicciones que hacen prevalecer la negativa uniforme del imputado el mismo que queda corroborado con las declaraciones testimoniales ofrecidas por el acusado.
3. La menor agraviada cambia de versiones, al señalar que primero no la violó luego que, si la violó, entrando de este modo en incoherencia y no solidez en sus afirmaciones.
4. Para la emisión de la sentencia de primera instancia no se ha tomado en cuenta los medios probatorios del acusado, el cual corroborara que él no le había efectuado “el chupete” en el seno izquierdo de la menor agraviada.
5. Asimismo, no se ha tomado en cuenta de que la menor agraviada al padecer de retardo mental moderado, su declaración carece de credibilidad puesto que además señala diversas versiones, que han sido los fundamentos optados por la Sala para absolver al acusado.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

- Bajo, M. (1991). *Manual de derecho penal*. Ceura.
- Binder, A. (2000). *Introducción al Derecho Procesal Penal*.
- Burgos, V. (2008). *Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria*. BLG.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas- Derecho Penal Parte General*. ARA Editores.
- Cáceres, R., & Iparraguirre, R. (2007). *Código Procesal Penal Comentado*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Calderón, A., & Águila, G. (2016). *Balotario desarrollado para el examen del CNM, Egacal*. CNM Repositorio.
- Carmona, A. (2002). *Delitos contra la libertad sexual*. Perrot.
- Caro, D. (1999). *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Grijley.
- Queja N° 1678-2006-Lima, (2007).
- De Vicente, R. (1983). *Comentarios al código penal colombiano. Parte especial*. Themis S.A.
- Donna, E. (2016). *Derecho penal parte especial- Tomo II*. RUBINZAL Y ASOCIADOS S.A.
- Estrella, Ó. (2005). *De los delitos sexuales*. Editorial Hammurabi.
- Florián, E. (2001). *Elementos del Derecho Procesal Penal*. Jurídica Universitaria.
- Fontanet, J. (2002). *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*. Jurídica Editores.
- García, M. (1999). Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública. *Actualidad Jurídica*.
- Goldberg, S. (1994). *Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?* Heliasta.
- Horvitz, M., & López, J. (2002). *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Mezger, E. (1998). *Derecho penal. Parte especial*. Cultura S.A.
- Mixan, F. (2010). *La investigación preparatoria*. BLG.

- Príncipe, H. (2004). *La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales*.
- Quiñones, H. (2003). *Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño*. Consejo Nacional de la Magistratura.
- Roy Freyre, L. (1975). Derecho penal peruano. Parte especial. *Instituto Peruano de Ciencias Penales*.
- Salinas, R. (2010). *Derecho Penal Parte Especial*. Grijley.
- R.N. N° 1062-2, (2006).
- Exp. N° 2005-2006-HC, (2006).
- Serrano, A., & Serrano, E. (2005). *Manual de derechos reales*. Edisofer S.L.
- Valencia, N. (2013). *Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal*. ARA Editores.