

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



TRABAJO DE SUFIENCIA PROFESIONAL  
(SUSTENTACION DE EXPEDIENTE JUDICIAL)  
PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

AUTOR:

Bach. EVELYN LIENA UTRILLA SANCHEZ

ASESOR:

JULIO CESAR PALA GARCIA

Huaraz-Ancash-Perú

2020

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:

\_\_\_\_\_

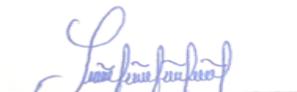
\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_



## 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 110 – FDCCPP**

**MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES**

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día jueves diez de junio 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. VICTOR EFRAIN FLORES LEIVA : SECRETARIO**  
**Abog. JULIO CESAR PALA GARCIA : VOCAL**

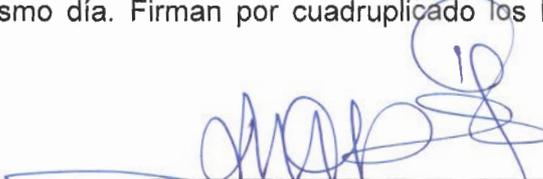
Con el objeto de examinar, la **Sustentación de los Expedientes Judiciales:** Expediente Civil N° 501-2013-0-0201-JR-PE-02 - Materia: Violación Sexual – Menor de Edad, y Expediente Penal N° 08828-2012-0-1801-JR-CI-08 - Delito: Desalojo por ocupante precario; de la bachiller **UTRILLA SANCHEZ LIENA EVELYN**, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la bachiller 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 : DIECISEIS (16).**

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

  
Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS  
PRESIDENTE

  
Mag. VICTOR EFRAIN FLORES LEIVA  
SECRETARIO

  
Abog. JULIO CESAR PALA GARCIA  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a mi Familia, por todo el apoyo incondicional prestado a lo largo de toda mi carrera profesional. Esperando algún día retribuir con creces todo su inmenso afecto.

La Titulando.

## INDICE

DEDICATORIA .....	iii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL .....	x
I. MARCO TEORICO.....	1
1.1. EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....	1
1.1.5. Tipo Subjetivo.....	6
1.1.6. Consumación.....	6
1.1.7. Antijuricidad.....	7
1.1.8. Penalidad.....	7
1.1.9. La víctima.....	8
1.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	9
1.2.1. Generalidades.....	9
1.2.2. Concepto y fundamentos.....	10
1.3. IDUBIO PRO REO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	15
1.3.1. Generalidades.....	15
1.4. LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	20
1.4.1. La libertad y su restricción excepcional.....	20
1.4.2. La prisión preventiva: Medida coercitiva cautelar personal.....	22
1.4.3. Principios que demarcan la aplicación de la prisión preventiva.....	23
a) Principio de legalidad.....	23
b) Principio de jurisdiccionalidad.....	23
c) Principio de excepcionalidad.....	24
d) Principio de proporcionalidad.....	24
e) Principio de provisionalidad.....	25
1.4.4. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal actual.....	26
1.4.5. La solicitud de prisión preventiva: Una atribución- obligación del Ministerio Público.....	30
1.4.6. Trámite procesal de la prisión preventiva.....	32
1.5. EL PROCESO PENAL PERUANO.....	35
1.5.1. El Proceso.....	35
a) Definiciones.....	35

b)	Funciones del proceso.....	36
1.5.2.	El proceso como garantía Constitucional .....	37
1.5.3.	El Debido Proceso .....	37
a)	Definiciones.....	37
b)	Elementos .....	38
1.5.4.	El Proceso Penal.....	39
a)	Definiciones.....	39
b)	Características del proceso penal.....	39
c)	Clases De Proceso Penal.....	40
1.5.5.	Principios procesales relacionados con el proceso .....	42
a)	El principio de legalidad.....	42
b)	El principio de lesividad .....	45
c)	El principio de culpabilidad penal .....	46
d)	El principio de la proporcionalidad de la pena .....	47
e)	El principio acusatorio.....	47
f)	El principio de correlación entre acusación y sentencia .....	49
1.5.6.	Los medios de prueba en el proceso penal .....	50
a)	La prueba en sentido común .....	50
b)	La prueba en sentido jurídico procesal .....	50
c)	El objeto de la prueba .....	51
1.5.7.	Principios de la valoración probatoria.....	51
a)	Principio de legitimidad de la prueba .....	51
b)	Principio de la unidad de la prueba.....	51
c)	Principio de la comunidad de la prueba.....	52
d)	Principio de la autonomía de la voluntad.....	52
e)	Principio de la carga de la prueba .....	52
1.5.8.	Actos procesales de los participantes en el proceso. ....	53
1.6.	EL PROCESO PENAL PERUANO .....	55
1.6.1.	El Proceso.....	55
a)	Definiciones.....	55
b)	Funciones del proceso.....	55
1.6.2.	El proceso como garantía constitucional.....	56
1.6.3.	El Debido Proceso .....	57
a)	Definiciones.....	57

b)	Elementos .....	57
1.6.4.	El proceso penal .....	58
a)	Definiciones.....	58
b)	Características del proceso penal.....	59
c)	Clases de proceso penal.....	60
1.6.5.	Principios procesales relacionados con el proceso .....	62
a)	El principio de legalidad.....	62
b)	El principio de lesividad.....	64
c)	El principio de culpabilidad penal.....	65
d)	El principio de la proporcionalidad de la pena.....	67
e)	El principio acusatorio.....	67
f)	El principio de correlación entre acusación y sentencia.....	69
1.6.6.	Los medios de prueba en el proceso penal.....	70
a)	La prueba en sentido común.....	70
b)	La prueba en sentido jurídico procesal.....	70
c)	El objeto de la prueba.....	70
1.6.7.	Principios de la valoración probatoria.....	71
a)	Principio de legitimidad de la prueba.....	71
b)	Principio de la unidad de la prueba.....	71
c)	Principio de la comunidad de la prueba.....	71
d)	Principio de la autonomía de la voluntad.....	71
e)	Principio de la carga de la prueba.....	72
1.6.8.	Actos procesales de los participantes en el proceso.....	72
II.	JURISPRUDENCIAS SOBRE EL TEMA.....	75
III.	ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....	77
1.1.	Etapa de la Investigación Preparatoria.....	77
1.1.1.	Investigación Preliminar.....	77
1.1.2.	Formalización de la denuncia penal - Investigación Preparatoria.....	79
1.1.3.	Conclusión de investigación preparatoria.....	80
1.1.4.	Requerimiento de prisión preventiva.....	81
1.2.	Etapa intermedia.....	82
1.2.1.	Audiencia de control de Requerimiento de Control Acusatorio.....	82
1.3.	Etapa de Juicio Oral.....	82
1.4.	Recurso de apelación de sentencia.....	85

1.5. Sentencia de vista o sentencia de segunda instancia .....	87
IV. CONCLUSIONES .....	89
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	90



## RESUMEN

El abuso sexual en menores de edad es uno de los tipos de maltrato infantil con peores repercusiones en sus víctimas y que usualmente coexiste con otros tipos de violencia, Incluye tanto agravios que no involucran contacto físico como aquellos que sí lo hacen, lo que cubre una amplia gama de posibilidades.

Debido a lo trascendental de esta problemática dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal realizo el presente informe respecto a un caso referente al tema en mención.

Siendo que, los hechos nos conllevaron a un proceso penal, en el cual cumpliéndose con las etapas procesales que corresponden, se declaró responsable en primera instancia al acusado Marín Cuevas Sergio, siendo esta sentencia apelado y resolviendo la Sala fundada en parte.

**Palabras Claves:** Violación sexual, indemnidad sexual, libertad sexual.

## ABSTRACT

Sexual abuse in minors is one of the types of child abuse with the worst repercussions on its victims and that usually coexists with other types of violence. It includes both grievances that do not involve physical contact and those that do, which covers one wide range of possibilities.

Due to the transcendence of this problem within our criminal legal system, I make this report regarding a case regarding the subject in question.

Being that, the facts led us to a criminal process, in which, in compliance with the corresponding procedural stages, the defendant Marín Cuevas Sergio was declared responsible in the first instance, this judgment being appealed and the Chamber being partially founded.

**Key Words:** Sexual rape, sexual indemnity, sexual freedom.

## **DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL**

### **EXPEDIENTE N°:**

501 -2013-0-0201 - JR-PE-02

### **PROCESO:**

COMÚN

### **DELITO:**

VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

### **IMPUTADO:**

MARIN CUEVAS SERGIO

### **AGRAVIADA:**

P.M.Y.L.

### **JUZGADO:**

JUZGADO PENA

## I. MARCO TEÓRICO

### 1.1. EL DELITO CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

#### 2.1.1. Generalidades.

Para entrar a definir los delitos de abuso sexual contra menores, es necesario entender desde un marco más amplio, que se entiende por delitos contra la Libertad Sexual.

El bien jurídico en el delito contra la libertad sexual, es entendida en su doble aspecto: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro. La libertad sexual es vulnerada cuando una persona trata de imponer a otro un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva), esta última modalidad la asume el Código Penal como amenaza (Peña, 2008).

El delito contra la Libertad Sexual en la legislación penal reconoce al tipo básico en el artículo 170 del Código Penal, que reprime a quien, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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 vías. En definitiva, este es un delito eminentemente doloso. El sujeto actúa con conocimiento y voluntad. Asimismo, su consumación se da cuando el agente logra obtener el acceso carnal en la víctima. La tentativa se configura cuando iniciado los actos de ejecución no llega a la penetración carnal.

### **2.1.2. Delitos De Abuso Sexual.**

El artículo 173° del Código Penal describe la conducta prohibida en la que el agente coloca como víctima a menores de edad, que tienen de 18 años de edad para abajo.

### **2.1.3. Bien Jurídico.**

La doctrina reconoce que lo que se tutela es la indemnidad sexual del menor, el derecho que este posee para no ser obligado a tener relaciones sexuales. La indemnidad también es conocida como intangibilidad sexual, como protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes no han alcanzado el grado de madurez para determinarse sexualmente de forma libre y espontánea (Salinas, 2014).

Otros autores dicen que el objeto de protección en los delitos de abuso sexual de menores es la indemnidad e intangibilidad expresadas en la tutela que le brinda el Estado para que el desarrollo de su sexualidad no se perturbe o altere con prácticas sexuales como la prostitución.

De esto se infiere entonces que los menores no tienen libertad para ejercitar su sexualidad y a medida que van creciendo esa libertad se va ampliando. Ahora, la indemnidad o intangibilidad también pueden ser bienes jurídicos de aquellos que no pueden desplegar su libertad para acceder al trato carnal o para impedirlo. Es decir, el ejercicio de la libertad tiene como presupuesto que la víctima esté consciente y en este caso tenemos a quienes tienen enfermedades mentales, o a

aquellos que han sido puestos dolosamente en estado de inconsciencia. Aquí tampoco puede calificarse de delitos contra la libertad sexual en estricto.

La intangibilidad sexual es un bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciarla del ataque carnal violento o abusivo en contra de la libertad sexual y de aquella que se tutelaba en la conjunción carnal abusiva en agravio de menor prevista en el artículo 512 del Código Penal Italiano. Se consideraba a ciertas personas como intocables sexualmente por sus características especiales, como minoría de edad o demencia o se encontraba en la privación de sentido (Oxman, 2008).

Lo intangible es lo intocable y sin o con Libertad Sexual se tiene que todas las personas son intocables. En el caso de los menores estos no tienen capacidad para disponer, en consecuencia, autorizando ellos para tener sexo, no se le reconoce ese consentimiento. En cuanto a los que tienen libertad sexual son también intangibles o intocables respecto de su integridad sexual, esto debe verse así, mientras no den su consentimiento.

La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio. Sin embargo, para fines de distinción asumimos que son los menores de edad quienes tienen derecho a la tutela penal de este bien jurídico. Por otro lado, se advierte en cuanto a los menores de edad, un acceso carnal les acarrea prima facie un daño porque perturba su desarrollo sexual. Aún si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. Esto no sucede en los mayores de edad, porque un acceso carnal de por sí no es un daño, esto es relativo, puesto se convierte un daño cuando ha sido realizado doblegando su libertad mediante amenaza o violencia.

La indemnidad es lo que conceptualmente mejor se estima como bien jurídico merecedor de tutela por parte del derecho penal del niño y del adolescente. El reconocimiento de tutela de la indemnidad en la jurisprudencia suprema la tenemos en la R.N. N° 0458-2003-Callao del siete de julio de dos mil tres sobre el caso de una agraviada que tenía trece años al momento de los hechos y habiendo alegado el agente que tuvo relaciones consentidas: "Que el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de "violación presunta" no admite el consentimiento como acto exculpatório ni para los efectos de la reducción de la pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos otros como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores (*Exp. N° 2005-2006-HC*, 2006).

Con más claridad en la ejecutoria Suprema R.N. N° 878-2005 Huaura del doce de mayo del dos mil cinco se dice: "... que en los delitos de violación sexual en agravio de menor de edad se protege de manera determinante la indemnidad o intangibilidad sexual, el libre desarrollo sexual del menor en la medida que afecta el desarrollo de su personalidad; por lo que resulta Irrelevante su consentimiento como causa de justificación para eximir a su autor de responsabilidad penal."

Entonces jurisprudencialmente se acoge el hecho que un menor de edad, por más que se alegue su consentimiento es víctima cuando se afecta su indemnidad sexual o su intangibilidad no teniendo ellos la capacidad para consentir.

#### 2.1.4. Tipo Objetivo.

El bien jurídico que se tutela con la represión de la conducta prohibida descrita en el artículo 173° del Código Penal es la Indemnidad Sexual. El agente 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 vías, con un menor de edad (Salinas, 2014).

El acceso no debe entenderse sólo como coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales sino las vías anal y bucal. El agente puede ser una mujer o un varón. La forma como está redactada la conducta tiene todavía un rasgo de género puesto que la principal víctima de estos delitos es el sector femenino. También las víctimas pueden ser menores del género masculino, afectados por vía anal o bucal.

Puede darse el caso de una mujer que tenga acceso carnal con un menor de edad, aquí ya no estaríamos ante vías vaginales, anales o bucales que se entiende desde la perspectiva de la víctima; sino que simplemente lo son porque la mujer adulta tiene acceso carnal con un sujeto pasivo con su consentimiento viciado.

Respecto de los objetos empleados como instrumentos del delito, debe entenderse que los que se introducen son inertes y en cuanto a las partes del cuerpo se interpreta que son distintas a los genitales y que pueden ser utilizados para penetrar a la víctima. Un ejemplo es el uso de los dedos para introducirlos en las víctimas.

En estos delitos no se utiliza como medio; la violencia o la intimidación porque basta el acto de acceso carnal sobre un menor para que se configure el delito de violación, puesto que se parte de una presunción “iuris tantum” que los menores no puedan consentir en ningún caso y si hubiera emitido un consentimiento este se tiene como inexistente. Los agentes pueden ser hombres o mujeres, si son menores de edad estaríamos ante infractores que deben ser sometidos al fuero de familia. Las víctimas pueden ser menores de ambos géneros.

#### **1.1.5. Tipo Subjetivo.**

Es un delito a título de dolo, el tipo penal no exige la concurrencia de ningún elemento subjetivo adicional como ánimo libidinoso o propósito lubrico para satisfacer deseos sexuales lo que lo convertiría en un tipo de tendencia como se advierte en el delito de violación sexual en el Código Penal Español (Calderón & Choclán, 2001).

En el caso peruano puede ser que el instinto sexual, el deseo de satisfacerse esté dentro de los motivos; pero también podría darse el caso que el motivo sea simplemente un deseo de demostrar su fuerza contra la víctima expresada en su forzamiento sexual, o que se considere que dentro de una relación de jerarquía el agente se cree superior que el sujeto pasivo donde podríamos estar ya en los terrenos de la discriminación.

#### **1.1.6. Consumación.**

Cuando el agente logra acceder carnalmente en la víctima en las modalidades previstas. Hay tentativa si la voluntad del agente es tener el acceso carnal.

### **1.1.7. Antijuricidad.**

En estos delitos no se considera ninguna causa de justificación, salvo el caso que se le obligue al agente, si es una violación en grupo a realizar el acto sexual bajo amenaza de ser violentado físicamente, entonces se podría estar ante el miedo insuperable conforme al artículo 20 del Código Penal.

### **1.1.8. Penalidad.**

El artículo 173° del Código Penal establece el catálogo de sanciones aumentando la gravedad de las penas en relación inversa con la edad de la víctima. Además, la gravedad de las penas en relación con los vínculos de la víctima con el agresor. La norma dispone:

1. “Si la víctima tiene menos de diez años, la pena será cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez a menos de catorce, la pena será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
4. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua”.

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación sexual y comercial de Niños y Niñas y Adolescentes los Jueces Superiores se plantearon el problema de la penalidad, y precisar si los jueces están facultados para aplicar penas por debajo del mínimo legal cuando no existan atenuantes genéricas ni específicas,

en aplicación del Principio de Proporcionalidad, llegando a la siguiente conclusión por mayoría, que en atención a los principios de Razonabilidad y Proporcionalidad los jueces están facultados a rebajar las penas por debajo del mínimo legal establecido en la ley; sin necesidad de que concurra alguna de las causales de atenuación de la pena, debiendo motivar su resolución en cada caso concreto.

También se formuló la pregunta siguiente ¿Cuáles son los casos específicos de agravantes que ameritan sanciones drásticas al máximo posible de la pena? Dando como respuesta unánime que, si bien el Código Penal prevé los tipos penales agravados que merecen una sanción punitiva más severa, no obstante, para la determinación de la pena a imponer deben adoptarse las reglas de valoración de la prueba y elementos indiciarios pertinentes al caso específico.

El juzgador puede aplicar este criterio en sus resoluciones judiciales, puesto en los delitos contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad o incapaz, la ley 28704 ha endurecido la ley penal.

#### **1.1.9. La víctima.**

Existe toda una teoría sobre la revictimización de tal forma que se debe evitar exponer al menor varias veces a un interrogatorio, que haciéndole recordar lo sufrido, lo someta a un nuevo agravio mental.

Claro que aquí hay una contradicción lógica, porque se parte del supuesto que la víctima ya lo es, entonces solo queda probar quien es el responsable. ¿Y si la víctima no es realmente víctima?

Se entiende que ante situaciones reales de agresión sexual habría la posibilidad que se siga afectando a la víctima, pero esta no es la única parte del proceso. Se trata bajo la protección de la víctima que no se repita la actuación en otra etapa procesal donde tendría que decir lo mismo (Carmona, 2002).

En el Pleno Jurisdiccional Regional Penal sobre Explotación Sexual y Comercial de niños y niñas y adolescentes los Jueces Superiores sobre la revictimización se hizo la pregunta: ¿La declaración de la víctima prestada ante el Fiscal de Familia, a que se refiere el artículo ciento cuarenta y tres del Código de Procedimientos Penales, tiene la calidad de prueba para los efectos del juzgamiento?.

Y se respondió por mayoría que la declaración de la víctima menor de catorce a dieciocho años de edad prestada ante el Fiscal de Familia si constituye prueba, siempre y cuando no se transgredan las garantías de un debido proceso, debiendo prevalecer el Principio de Interés Superior del Niño y de esta manera evitar la revictimización de la víctima.

## **1.2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

### **1.2.1. Generalidades.**

El principio de inocencia - presunción de inocencia - ha sido formulado desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica (Claría, 1960).

Sin embargo, cuando se formuló Tal principio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>13</sup>, a tenor del artículo 111 que señala que: “Toda persona

acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforma a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, devino en serias confusiones. Se entendía que se iniciaba una causa penal justamente porque se presumía la culpabilidad del imputado (Catacora, 1990).

También se creía que, la presunción penal referida en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789, era la misma correspondiente a la categoría de presunciones vigentes hasta ese momento en la vía civil. Entonces, debía de darse por verdadero el hecho imputado a una persona, sin necesidad de prueba; lo que, en sí no constituía el espíritu de la referida declaración. El verdadero espíritu de la declaración, es que, se reconozca que la persona sospechosa no podía ni tenía porque perder sus libertades y derechos fundamentales (Sánchez, 1994).

### **1.2.2. Concepto y fundamentos.**

La presunción de inocencia pertenece sin duda a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado Constitucional de Derecho. Es por ello que, a toda persona imputada, debe reconocérsele el derecho subjetivo de ser considerado inocente (Ore, 2016).

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; “es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio” (Cubas, 1997, p.25).

Parte del supuesto de que todos los hombres son buenos, en tal sentido para

considerarlos como malos, es necesario que se les haya juzgado y encontrado responsables. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente. Es decir, se requiere la existencia de un juicio previo.

Pero, el hecho de elevarse a rango de norma constitucional, no significa que se trate de una presunción de carácter legal ni tampoco judicial, pues como afirma acertadamente Velásquez (2012):

No puede incluirse en la primera categoría porque le falta el mecanismo y el procedimiento lógico propio de la presunción, nien la segunda, porque ésta la consagra el legislador, por ello se afirma que se trata de una verdad interna o provisional que es aceptada, sin más que el cumplimiento de un mandato legal.  
(p.25)

El artículo 2.24.E. de la Constitución, expresa: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Entonces, por imperio Constitucional, toda persona debe ser considerada ¡inocente desde el primer momento que ingresa al foco de atención de las normas procesales, debiendo conservar su estado natural de libertad, con algunas restricciones propias de la investigación, hasta que mediante una sentencia se declare su culpabilidad.

Sin embargo, dicho precepto, es dejado de lado en la práctica legal. Como bien sabemos, en todo proceso penal iniciado por notitia criminis, la actividad jurisdiccional se dirige a establecer la veracidad o no de la imputación, basada en la existencia de una persona a quien se supone responsable.

Esto quiere decir, que la locución “considerada inocente”, plasmada en la magna lex, está referida al buen rato que debe tener toda persona desde el momento que ingresa a un proceso de investigación. En este punto, resulta necesario precisar que el principio de inocencia, no indica que el procesado sea en realidad inocente.

De ser ello verdadero, sería injusto someterlo a un proceso penal; por el contrario, si se le considera culpable, resultaría inocuo la actuación y luego la valoración de las pruebas.

De tal modo, el principio de sospecha que da vida al proceso penal, se transmite a la persona imputada en el mismo momento que se inicia la investigación.

Consecuentemente, en el Derecho Procesal Penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en: el peligro de fuga del imputado o en el peligro que se obstaculice la averiguación de la verdad (Maier, 1989); el primero es viable porque no se concibe el proceso penal contumacial, a fin de no violar el derecho de defensa, resultando indispensable la presencia del imputado para llegar al fin del procedimiento y por consiguiente la decisión final. De otro lado, el segundo punto también es lógico, porque el imputado es el principal interesado en influir en el resultado del procedimiento, ya sea entorpeciendo o colaborando con la averiguación de la verdad.

Como quiera que la intervención del Estado resulta inminente ante la denuncia de un hecho ilícito, de modo que el Juez para llegar a determinar la situación jurídica del procesado, requiere que se haya vigilado la transparencia del proceso, con el objeto de crear certeza - la que debe ser jurídicamente construida - sobre la culpabilidad o inocencia. Resulta pertinente hablar de una necesidad de

construir la culpabilidad, la que solo puede ser declarada en una sentencia; acto judicial que es la derivación natural del juicio previo. *Dolum non nisi prespicuis judiéis provari convet* (el dolo no se presume, debe probarse en el juicio).

La certeza se convierte entonces, en el eje principal para concluir en la “culpabilidad”, por ello no bastan los indicios, sino que es necesario que luego de un proceso judicial (en cuyo interés se hayan esbozado y actuado las pruebas pertinentes), se cree a la convicción de la culpabilidad del sujeto activo.

Entonces, para ser responsable de un acto delictivo, la situación básica de inocencia debe ser destruida mediante la certeza con pruebas suficientes e idóneas; caso contrario permanece el estado básico de libertad. Tal como Londoño (1993) refiere: “La eliminación de las presunciones de responsabilidad dentro del ordenamiento procesal constituyen indudablemente una posición jurídica clara de respeto por el favor rei” (p.266).

Así, será inocente quien no desobedeció ningún mandato o no infringió ninguna prohibición, en todo caso comportándose de esta manera, lo hizo al amparo de una regla permisiva que eliminaba la antijuricidad del comportamiento, o bien, concurrió alguna causa de justificación que eliminaba su culpabilidad.

En fin, se llega al mismo resultado práctico ante la existencia de una de las causas excluyentes de punibilidad; culpable es, por el contrario, quien se comportó contraviniendo un mandato o una prohibición de manera antijurídica, culpable y punible.

De esto último, se infiere válidamente que, antes que exista sentencia firme, ninguna autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal o cual sentido a los medios de comunicación social. Por ello

Catacora (1990), afirma que I presunción de inocencia no opera o no debe operar en el proceso, sino fuera de él, esto es, para los que tienen que comentar, informar, o conocer los hechos que son objeto de una causa penal. Mejor dicho, para los ciudadanos, periodistas, etc.

### **1.3. IDUBIO PRO REO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

#### **1.3.1. Generalidades.**

“Tanto el principio de presunción de inocencia como el indubio pro reo son manifestaciones de favor rei, pues ambos inspiran al proceso penal de un Estado democrático y su actuación de éstos se realizan en diversas formas” (Londoño, 1993, p. 264). Sin embargo, muchas veces la presunción de inocencia, bajo una inexacta interpretación ha sido aplicable sólo ante la duda, es decir bajo el indubio pro reo.

La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno, mediante el cual todo inculcado durante el proceso penal es en principio ¡nocente sino media sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria solo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan. De no probarse que lo hizo o ante la existencia de duda, debe resolverse conforme lo más favorable al acusado (indubio pro reo). En palabras de Sánchez (1994):

Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, o que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente.

El indubio pro reo actúa como norma de interpretación. La Constitución de

1993 en su artículo 139.11, dice: “la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”, igualmente dicho postulado es recogido por el artículo 6 del Código Penal. Así, debe aplicarse el principio del indubio pro reo donde exista duda acerca de la culpabilidad del acusado. Pero, debemos de añadir que cuando existe absolución en determinados delitos, sean actos graves o leves, no siempre se satisface a la opinión pública. Esto pone muchas veces en tela de juicio, la imparcialidad de los encargados de administrar justicia (Jueces o Fiscales), pero es preferible, soportar las críticas de un fallo errado, que condenar a un inocente (San Martín Castro, 2012).

Como corolario se puede señalar que la presunción de inocencia es una garantía fundamental, por el cual se considera inocente al procesado mientras no exista medio de prueba convincente que demuestre lo contrario; mientras que el indubio pro reo actúa como elemento de valoración probatoria, puesto que en los casos donde surja duda razonable, debe absolverse. Es decir, la presunción de inocencia opera en todos los procesos. El indubio pro reo, solo en aquellos que aparezca duda razonable.

### **2.3.2. Las categorías jurídicas del indubio pro reo y la presunción de inocencia.**

En todo estado democrático y de derecho, donde su base legal tenga como piedra angular de sustento a la constitución política y a la vez este forme parte de los instrumentos jurídicos de carácter internacional que actualmente rigen el mundo moderno, se deben respetar las máximas garantías que gobiernan el desarrollo de una investigación, sobre todo en el aspecto punitivo, entendida esta como la activación de la facultad de persecución que tiene el estado, en ese sentido, es en la persecución penal en la cual por activarse el mayor mecanismo de violencia estatal, donde debe primar el respeto a la dignidad del investigado, entendido este como el

sujeto de derecho susceptible de ejercitar facultades que le permitan internalizarse con seguridad en el proceso incoado en su contra.

Entre estas garantías tenemos: al Indubio pro reo y la presunción de inocencia, mismas que por ser exclusivas e inherentes a una actividad procesal, existen jurídicamente y solo pueden ser invocadas como protección cuando se es parte de un proceso, especialmente en materia penal, donde el estado por tener el monopolio de la coertio, debe garantizar que la persona sometida a una investigación, asista a la misma en primer lugar y fundamentalmente investido de una suerte de inocencia probada, estatus que para ser desvirtuado (relatividad de dicha garantía) requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo que demuestre lo contrario, (art. 2. 24 e) cc. Art. II T.P NCPP) y no deje duda sobre el grado de culpabilidad que le asista al investigado, vale decir que le permita al Ministerio Público en este caso, construir la tesis de responsabilidad penal.

Con relación a la presunción de inocencia, a la que algunos autores prefieren llamarla “verdad interina o provisional de inculpabilidad” y el indubio pro reo, cabe precisar que según la abundante doctrina, estas categorías jurídicas están íntima y directamente vinculadas a la actividad probatoria, pues no se puede hablar de una de ellas si no ha existido recojo, incorporación, producción y valoración de medios de prueba; o cuando menos uno de estos, pues el Ministerio Público como titular de la acción penal pública, es el encargado de suministrar la prueba necesaria para acreditar la responsabilidad del imputado. La invocación de dichas garantías de carácter constitucional requiere la presencia inequívoca y concreta de actos probatorios tendientes a determinar una calidad jurídica en especial: La responsabilidad penal.

Sin embargo, para efectos de poder invocar de manera adecuada tanto el

indubio pro reo como la presunción de inocencia, debemos realizar algunas precisiones al respecto: así tenemos que para el Tribunal Constitucional Español, “El Principio Jurisprudencial indubio pro reo pertenece al momento de la valoración o la apreciación probatoria y se ha de aplicar cuando, habiendo prueba, exista una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. En cambio, el derecho a la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando exista falta absoluta de prueba o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales” (*Exp. N° 2005-2006-HC*, 2006).

Vega (1993), señala que esta institución, como consecuencia de su origen histórico diferente en el derecho comparado (nace en momentos, lugares y culturas jurídicas distintas y que da respuesta a preocupaciones de muy diferente naturaleza) tiene tres significados:

- a) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- b) Como postulado directamente referido al tratamiento del Imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la Idea de que el Inculpado es Inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.
- c) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. Finalmente, la Comisión interamericana de Derechos Humanos en el caso: Lutz, Englert y

Nolkenbockholf, Informe del 18/12/1985, estableció que se viola la presunción de inocencia si una resolución judicial, sin probarse previamente y legalmente que el procesado es culpable, refleja el parecer de que efectivamente lo es.

Con respecto al Indubio pro reo, Jiménez (2012):

Este principio se refiere a la prueba, es decir que en caso de que los hechos no aparezcan suficientemente probados y haya duda entre ellos, los tribunales deben decidirse por favorecer al reo. Por otro lado, ya los romanos utilizaban este principio, así Ulpiano - Fr. 5, Digesto, libro 48, tít.19. (p. 67)

Es mejor dejar sin castigo el delito del culpable que condenar a un inocente. No podemos dejar de mencionar al gran jurista y maestro trujillano Mixán Mass (2003), quien manifestaba que:

A veces acontece que, pese al máximo esfuerzo desplegado durante la actividad probatoria, en el juicio oral, este termina sin que resulte probada fehacientemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, pero tampoco la inculpabilidad e irresponsabilidad del mismo. Lo único que se logra es constatar que existen razones antagónicamente equilibradas en pro y en contra de él; de modo que, es imposible poder afirmar o negar categóricamente la culpabilidad y responsabilidad del acusado... A esta duda definitiva que resulta de la contraposición equilibrada y antagónica de razones se llama también: duda positiva. (p. 255)

Siendo que la duda positiva o duda reflexiva es el fundamento del indubio pro reo.

## **1.4. LA PRISIÓN PREVENTIVA.**

### **1.4.1. La libertad y su restricción excepcional.**

El ser humano tiene ciertos derechos fundamentales, esenciales, que son inherentes a la naturaleza humana. Tales derechos constituyen por ello mismo, igualmente: BIENES y valores jurídicos, que son protegidos por el ordenamiento jurídico penal, por ser los más necesarios e importantes para la existencia humana. Uno de dichos bienes y valores es la LIBERTAD; derecho fundamental del ser humano; solo superado por la VIDA como bien máximo; sin olvidar que la libertad se encuentra hondamente ligada y se corresponde con todo lo que significa una existencia plena y digna (Tello, 2016).

Pero, ese derecho, valor y bien jurídico máximo, que es la LIBERTAD, no es absoluto ni omnipotente, puesto que puede ser restringido válida y proporcionalmente, en forma excepcional, cuando colisiona o es incompatible radicalmente, con otros derechos e intereses públicos fundamentales; en los casos que así lo determine o lo mande la ley, expresamente (Ortiz, 2016).

En tal sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL en repetidas sentencias, como las dictadas en el EXP. N.º 05975-2008-PHC/TC de fecha 12 de mayo del 2010 o en el EXP. 0265-2011-PHC/TC de fecha 11 de abril del 2011, ha recordado ello, señalando que el derecho a la libertad puede ser restringido en determinados casos excepcionales:

- EXP. N.º 05975-2008-PHC/TC Sentencia de fecha 12 de mayo del 2010.-  
(Fundamento) 7.- Al respecto, este Tribunal Constitucional debe reiterar que

ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, sino que, por el contrario, se encuentran limitados, no sólo por su propio contenido, sino por su relación con otros bienes constitucionales (Cfr. Exp. N.º 1091-2002-HC/TC). Es así que en ciertas situaciones de conflicto y, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, un derecho fundamental puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional. En tales casos, el conflicto deberá resolverse a través de una ponderación.

➤ EXP N.º 0265-2011-PHC/TC Sentencia de fecha 11 de abril del 2011.- (Fundamento) 2. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el derecho a la libertad personal no es un derecho absoluto. Ello quiere decir que es susceptible de ser limitado en su ejercicio. No obstante, es claro que las eventuales restricciones que se puedan imponer no están libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad que pretende limitar su ejercicio. En ese sentido, la legitimidad de tales restricciones radica en que ellas deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad, a través de una resolución judicial motivada.

#### **1.4.2. La prisión preventiva: Medida coercitiva cautelar personal.**

La PRISION PREVENTIVA es una medida coercitiva cautelar personal, prevista por nuestro nuevo Código Procesal Penal, que eventualmente se puede imponer a una persona sujeta a una Investigación Preparatoria, en los casos en que así lo requiera el proceso, para los fines de asegurar el desarrollo de la investigación, la vinculación del imputado a la misma y al Juzgamiento, que de ser el caso constituirá la culminación del proceso. En tal sentido, es: Una medida coercitiva, es decir que restringe, limita, coacciona la libertad. Una medida cautelar: cuyos fines son

previsionales, garantistas del proceso penal y de sus fines. Personal: que se dicta respecto a una persona específica, determinada, es decir debidamente individualizada. Sólo se podrá aplicar, siempre y cuando se cumplan concurrentemente los requisitos establecidos por la ley, por la norma procesal penal para su imposición. La PRISION PREVENTIVA no es pues en modo alguno una condena adelantada, sino una medida cautelar procesal, excepcional y provisional. Es en esencia la medida coercitiva personal más intensa que puede sufrir una persona. Castañeda Otsu siguiendo a tratadistas como Sanguine, señala: que es una medida de coacción que representa la injerencia más grave que puede ejercer el poder estatal en la libertad individual (Ortiz, 2016).

Benavente (2011) refiere al respecto:

En efecto, la imposición, por ejemplo, de la prisión preventiva, no implica adelantar un juicio en torno al fondo del asunto, esto es considerar culpable al imputado, sino que la medida coercitiva es la respuesta que da el sistema de justicia penal ante los riesgos o peligros procesales que la conducta del imputado puede generar.

No olvidemos, el marco general, establecido en nuestro nuevo proceso penal, con relación a las medidas cautelares que restringen derechos fundamentales, por el Artículo 253 numeral 3 del CPP; que a la letra dice: La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

### 1.4.3. Principios que demarcan la aplicación de la prisión preventiva.

El Tribunal Constitucional, en diferentes sentencias, siguiendo la doctrina vigente internacionalmente en nuestros tiempos, como la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado, que una medida como esta, se encuentra sujeta a diversos principios de observancia estricta, como son entre otros, los siguientes:

- a) **Principio de legalidad:** La privación de la libertad solo se puede dar en los casos expresa y taxativamente previstos por la Ley y siempre y cuando se cumplan los presupuestos, los requisitos y/o las condiciones expresamente establecidas por la misma. Y con las garantías que la ley concede a toda persona detenida.
- b) **Principio de jurisdiccionalidad:** La privación de la libertad necesariamente debe ser dispuesta por un Juez competente. Solo la autoridad judicial, en un debido proceso y por resolución suficientemente motivada, puede disponer una medida así. Ver: SENTENCIA EXP. N° 2050-2002- HC/TC. Esta sentencia también distingue la privación de la libertad, de la restricción de la libertad, señalando que el arresto es una restricción de la libertad, pero no una privación de la libertad.
- c) **Principio de excepcionalidad:** Se aplica solo en casos excepcionales, extremos, en que se hace necesaria para poder llevar a cabo y asegurar los fines del proceso de investigación. Este principio va ligado al PRINCIPIO DE NECESIDAD que señala que solo se podrá aplicar cuando no baste aplicar otra medida menos gravosa, para conseguir los mismos fines, como podría ser una comparecencia restringida.
- d) **Principio de proporcionalidad:** La proporcionalidad significa que la

prisión preventiva debe ser en un determinado caso: necesaria, idónea, imprescindible, para poder asegurar el proceso y la sujeción del imputado al mismo. La Prisión Preventiva se aplica sólo si de todas las demás medidas de coerción posibles resulta la única, adecuada y proporcional a la necesidad y utilidad de garantizar la investigación y/o el proceso en su integridad.

Ore (2016), grafica intensamente el Principio de Proporcionalidad, en la forma siguiente:

Consideramos que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de la libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de la pena. (p. 34)

Al respecto, asumimos que lo expuesto en el párrafo precedente, resultaría absolutamente válido para el caso de imputados noveles, primerizos, sin ningún tipo de antecedentes; pero no resulta igual, en el caso de imputados que sean habituales o reincidentes en tales delitos relativamente menores, es decir que tuvieran diversos antecedentes penales por iguales delitos, considerados menos dañosos, como podría ser: sucesivos hurtos o comisión de lesiones leves en el tiempo; pues en tales casos operarían los incrementos de penalidad previstos por nuestra ley procesal penal. En este último supuesto: ¿cuál sería el criterio a tomar, razonablemente? Indudablemente, que sería el de considerar, si se diera la existencia copulativa de los

presupuestos previstos por el Artículo 268 del CPP, la imposición de la medida de coerción procesal de prisión preventiva que corresponde (Ortiz, 2016).

- e) **Principio de provisionalidad:** Es una medida provisional, no significa una prisión definitiva ni un adelanto de la condena. Por ley es una medida provisional, temporal, que solo se dicta para asegurar los actos de investigación y el proceso penal.

El TC ha reiterado que la PRISION PREVENTIVA para que sea reconocida como constitucional debe cumplir tales principios, precisando que las causas que justifican esta medida son: a) La presunción (sólida) de que el imputado habría cometido un delito, b) El peligro de fuga y la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria. (EXP. N° 1091- 2002-HC/TC, criterio reiterado en el EXP. N°2915-2004-HC-/TC)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias, como el Caso Bayarri contra Argentina, párrafo 69, o el Caso Acosta Calderón contra Ecuador, párrafo 74, igualmente ha señalado que la PRISIÓN PREVENTIVA es la medida más severa que se puede aplicar a una persona a la cual se le imputa un delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el Principio de Legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, agregando que es una medida cautelar, no punitiva (Ortiz, 2016).

#### 1.4.4. La prisión preventiva en el Código Procesal Penal actual

El ARTICULO 268 del nuevo CPP ha establecido los presupuestos materiales para poder solicitar la medida coercitiva personal de PRISION PREVENTIVA, la cual solo la puede dictar el JUEZ a pedido del Ministerio Público; cuando se den en forma conjunta las siguientes condiciones o requisitos:

- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. (Lo que la doctrina denomina FUMUS BONUS JURIS).
- Que la sanción o pena probable de privación de la libertad a imponerse, eventualmente, al imputado, sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad.

Ello implica, un análisis preliminar de la pena concreta que habría de imponerse al procesado si fuere el caso, no solo a partir de la pena básica o conminada por la ley penal, sino la que podría aplicársele realmente, teniendo en cuenta los eventuales atenuantes y/o agravantes que hubieren, así como los elementos personales señalados por los artículos 45 y 46 del Código Penal.

- Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) o de obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). Lo que se conoce también como la existencia de PELIGRO PROCESAL o PERICULUM IN MORA.

➤ **PELIGRO DE FUGA:**

El peligro de fuga, implica la existencia de elementos concretos que llevan a presumir el riesgo muy probable de que el imputado pretenderá sustraerse al proceso penal, a la acción de la justicia y a su responsabilidad. Para poder tener indicadores objetivos de ello: el Artículo 269 del CPP, señala tener en cuenta aspectos muy puntuales, como son: nuevamente la gravedad de la pena establecida por ley, pero esta vez en relación a que una pena mayor significa un más alto riesgo de fuga o sustracción del imputado al proceso, la existencia o no de arraigo de parte del Imputado, (entendida como asentamiento familiar, laboral, existencial), el comportamiento del Imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, la gravedad del hecho cometido (elemento nuevo, introducido por modificatoria reciente del CPP que viene a reemplazar en forma mucho más clara y objetiva al anteriormente denominado: daño resarcible).

➤ **PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN.**

El peligro de obstaculización, se entiende como la posibilidad real y objetiva de que el imputado interfiera, dificulte, entorpezca, ponga trabas, imposibilite o trate de imposibilitar el desarrollo de las diligencias o actos de investigación.

De tal modo, que su permanencia en libertad constituya un peligro para la investigación, pues existen indicadores de riesgo razonable de ello.

La conjunción de palabras RIESGO RAZONABLE nos remite no a

cualquier tipo de supuesto, sino a una probabilidad sustentable en hechos, o antecedentes concretos, de conductas verificables que hubiera realizado el imputado en otros procesos o en la misma investigación en curso. Por ello, este tipo de riesgo es relativamente, más difícil de evidenciar o sustentar, según cada caso particular.

➤ **PLAZO MÁXIMO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Hasta 9 MESES-Artículo 272 del CPP. Procesos complejos: No más de 36 meses.

➤ **¿DESDE CUANDO SE COMPUTA LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD?**

Conforme al Tribunal Constitucional, el plazo se computa desde el primer momento en que el procesado es intervenido policialmente, a partir de la fecha en que fue privado materialmente de su libertad.<sup>38</sup>

➤ **¿EL MINISTERIO PÚBLICO CONVALIDA UNA DETENCIÓN POLICIAL?**

Es importante saber, para los casos en que se produce una detención policial, que:

El hecho de que haya participado en la investigación policial un representante del Ministerio Público no convierte en legítima la detención producida, pues dicha autoridad no está facultada para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas por la norma fundamental (*EXP. N°00915-2009-PHC/TC*, 2009).

Más bien, el Fiscal, en su calidad de defensor de la legalidad, en los

casos que así corresponda, no puede seguir permitiendo una detención policial arbitraria, sino evitar que ésta se siga prolongando y proceder conforme a sus atribuciones respecto a la persona arbitrariamente detenida (es decir detenida al margen de los casos que ampara la ley) y asimismo respecto a los responsables de una eventual arbitrariedad (Ortiz, 2016).

#### **1.4.5. La solicitud de prisión preventiva: Una atribución- obligación del Ministerio Público.**

Teniendo el Ministerio Público la calidad de titular de la acción penal, defensor de la legalidad, del debido proceso y de la sociedad; debe verificar en cada caso, como parte de sus funciones establecidas, si se hace necesario o no, requerir la medida de PRISION PREVENTIVA (Ortiz, 2016).

Es obvio, que en los casos que no confluyan o no se perciban los tres prerequisites demarcados por la ley: esto es, que no existan suficientes elementos de convicción respecto a la presunta responsabilidad del imputado (*fumus bonus comissi*), que la pena probable no sea superior a 4 años y que no haya peligro procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento a la investigación (*periculum in mora*); el Ministerio Público no podrá ni deberá solicitar la imposición de una medida cautelar tan gravosa y extrema. Por el contrario, en los casos en que se advierta la existencia de las tres condiciones o presupuestos mencionados: el Ministerio Público tiene no solo la facultad, sino que tiene la obligación, el deber, de solicitar la imposición de esta medida cautelar, en cumplimiento de sus funciones. Ello, con la única finalidad de garantizar el desarrollo del proceso y la sujeción de los imputados al mismo.

Al solicitar esta medida, el Ministerio Público se atiende no solo a cumplir lo que manda la ley procesal, sino también a los criterios vertidos por el supremo intérprete de nuestra Constitución y Legalidad, el TC, que, entre otros, en la Sentencia N° 1567-2002-HC - Fundamentos Jurídicos 3 a 6, ha reiterado respecto a este género de medidas cautelares, que: su “objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.

Es importante, tener en cuenta que, en la práctica, los casos de flagrancia delictiva, constituyen sucesos que imponen un cuidadoso análisis de sus circunstancias y elementos, para verificar si se cumplen o no los presupuestos de la prisión preventiva.

Al respecto, conforme al desarrollo de las tendencias jurisprudenciales y la casuística, se tiene que tener en cuenta que en dichos casos de flagrancia: por su inmediatez, por la existencia generalmente de elementos probatorios, tales como recuperación de especies o hallazgo de instrumentos del delito en poder del detenido, testigos, etc., se ha impuesto el criterio de que ya no se hace necesaria la existencia de otros actos de investigación, tales como el reconocimiento físico en rueda o el reconocimiento fotográfico.

Asimismo, debe recordarse, que el hecho de que un imputado tenga domicilio o trabajo conocido no implica necesariamente la inexistencia de peligro de fuga, puesto que debe apreciarse la existencia conjunta de otros factores, tales como: la gravedad de la pena probable a imponerse de ser el caso, la gravedad o desvalor del acto ilícito, o magnitud del daño causado al bien jurídico afectado y el comportamiento mismo del imputado en cuanto a asumir o resarcir el agravio causado. Sólo a partir de una apreciación conjunta y razonada de estos factores, se puede concluir si existe o no peligro de fuga.

➤ **El Tribunal Constitucional Sobre El Peligro Procesal.**

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal. Así lo ha establecido el TC en el *EXP. N° 1091-2002- HC/TC* (2002)

➤ **La Importancia De Los Antecedentes O De La Historia Personal Del Imputado.**

EL Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 010-2002 AI/TC, citando el Informe 02-97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró como criterio válido para ponderar la existencia de peligro procesal: “la historia personal.... Del acusado.” Ello, podría parecer a muchos polémico, pero sin embargo resulta plenamente objetivo y lógico, para los fines de la previsión procesal a la que propende la Prisión Preventiva; debido a que una persona que ha tenido un historial de antecedentes penales, por no decir de reincidencia o habitualidad en el delito, será mucho más proclive a fugar de la justicia o a entorpecer el proceso, por ello mismo la presunción de peligro procesal que genera dicha persona, no solo es razonable sino objetiva. Lo cual debe ser apreciado también, en acatamiento y concordancia con los elementos de juicio previstos expresamente por los artículos 45 y 46 del Código Penal.

**1.4.6. Trámite procesal de la prisión preventiva**

- a) Si el Ministerio Público considera, conforme a sus atribuciones, que en un determinado caso se cumplen los presupuestos señalados por el Artículo 268 del CPP para tener que solicitar la medida de PRISION

PREVENTIVA, así lo requerirá al señor Juez de Investigación Preparatoria o Juez de Garantías, mediante un escrito debidamente fundamentado, denominado REQUERIMIENTO de PRISION PREVENTIVA (Artículo 268 del CPP). Ello, en la práctica, en los casos de detención policial por presunto delito flagrante, debe cumplirse antes de las 24 horas de la detención policial de un imputado.

- b) El Requerimiento del Ministerio Público, si bien es solo una acción postulatoria, sin embargo, debe justificarse en sí mismo; exponiendo los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su pedido; para ello, debe cumplir con detallar en forma razonada y fundamentada, la forma en que concurren o confluyen los requisitos establecidos por la norma procesal y que obligan a solicitar la medida cautelar personal.
- c) El Juez de la Investigación Preparatoria, recibido el requerimiento de Prisión Preventiva, llamará a una AUDIENCIA para determinar la procedencia de la prisión preventiva solicitada (Artículo 270 del CPP). Esta audiencia debe realizarse dentro de las 48 horas siguientes a la presentación del requerimiento escrito del Fiscal. Es una audiencia de carácter obligatorio para el Juez, el Fiscal, el abogado defensor del imputado, bajo responsabilidad disciplinaria. El imputado podría no concurrir y es representado de todos modos por su defensor. La Audiencia de Prisión Preventiva, como todas las del modelo procesal, se rige y se lleva a cabo con sujeción a los Principios de Oralidad, Contradicción, Publicidad, Inmediación, Igualdad de Armas entre las partes, Derecho a la Prueba y Debido Proceso en general.

- d) El auto que resuelva el pedido de PRISION PREVENTIVA, debe ser especialmente motivado, (Artículo 271 del CPP). Esto significa que la resolución del Juez debe estar a la altura de un tema tan trascendental, que atañe: no solo a la eventual limitación o restricción de un derecho fundamental como es la libertad personal del imputado, sino que alude a la misma seguridad y al desarrollo del proceso; pero que igualmente concierne a la necesidad de garantizar la legítima potestad jurisdiccional y punitiva del Estado, y la debida tutela jurisdiccional y el derecho de la víctima a obtener un justo amparo y resarcimiento.
- e) En caso de que el Juez no considerara fundado el pedido de Prisión Preventiva deberá optar por la medida de Comparecencia Restrictiva o Comparecencia Simple, según corresponda; motivando esta decisión debidamente, se entiende.
- f) Duración: Conforme al Artículo 272 del Código Procesal Penal, la PRISION PREVENTIVA que se establezca, no durará más de 9 meses. Ello ha llevado, a que se entienda que la ley establece un máximo, pero no un mínimo de tiempo en meses, lo que ha generado no pocas controversias. Prevalciendo en todo caso, el argumento del llamado PLAZO RAZONABLE, es decir que la prisión preventiva se debe extender solamente por el término necesario para poder realizar los actos de investigación y el juzgamiento del procesado, sin excederlo y con la debida actuación y cuidado de los órganos procesales en no propiciar o generar un alargamiento indebido del proceso que afecte el imputado privado de su libertad. Debiendo anotarse, que asegurar el proceso no solo puede significar asegurar la investigación, sino también

la debida culminación del proceso, esto es: el desarrollo exitoso del juicio oral respectivo. En los casos denominados COMPLEJOS, con pluralidad de delitos, diversidad de actos de investigación, múltiples agraviados, o procesos que importen la revisión de la gestión de entidades del Estado, etc, la ley señala un plazo de hasta 36 meses.

- g) Apelación: El auto que resuelve el Requerimiento de Prisión Preventiva, es apelable, dentro del término de 3 días de emitido en audiencia. (ARTS. 278 y 413 numeral 2, 414 numeral 1 literal C y 416 numeral 1 literal E del CPP).
- h) Tramite de la Apelación en la Sala: La Sala debe pronunciarse sobre la apelación formulada, previa vista de la causa, dentro del término de 72 horas de elevado el expediente respectivo. A la audiencia asisten: el Fiscal Superior y el Defensor del imputado. La decisión debidamente motivada se expide el mismo día de la audiencia o en el plazo de 48 horas, bajo responsabilidad. Si la Sala Superior declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo Juez u otro, dicte la resolución que corresponda, conforme a lo previsto por el Artículo 271, es decir previa nueva audiencia.

## 1.5. EL PROCESO PENAL PERUANO

### 1.5.1. El Proceso

#### a) Definiciones

Del latín Procesius, deriva de Procedente que significa “avanzar, trayectoria, es el conjunto de actos coordinados y sistemáticamente regulados por la ley procesal estableciendo un orden preclusivo y

ligados entre sí, deriva de las voces latinas "procederé" o "processus" que entre otras acepciones equivalen a camino o trayectoria que debe seguirse para Negar a un fin determinado.

Carnelutti (1994) por ejemplo, nos decía que: “el proceso es la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio” (p.101).

#### **b) Funciones del proceso**

El proceso penal está al servicio de la aplicación del Derecho penal. El Derecho penal es un conjunto de normas jurídico-positivas que definen determinadas conductas como máximamente ilícitas en el plano, jurídico, establecen las circunstancias, positivas y negativas, relativas a la responsabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, asignan sanciones (penas) para cada una de esas conductas, y establecen, para ciertos casos, medidas sustitutivas de las penas. Para que se impongan penas (siempre que estén legalmente previstas: nulla poena sine previa lege penale), han de darse unos comportamientos que se estimen criminales (esto es, que se consideren infracciones penales, tipificadas como delitos o faltas) y que puedan ser fáctica y jurídicamente atribuidos a persona o personas concretas que aparezcan como protagonistas en distinto grado de esos comportamientos. Pero es necesario, además, que concurran (o que no concurran) ciertos elementos y circunstancias de los que se hace depender la efectiva imposición de penas, su mayor o menor gravedad o la sustitución de esas penas por otro tipo de respuesta a la conducta criminal (P. García, 2005).

#### **1.5.2. El proceso como garantía Constitucional**

Según Mellado (citado por Talavera, 2009), expresa que es deber primordial

del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y, de otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; así reza el artículo 44° de la Constitución. Tal disposición no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, que a decir de Asencio Mellado se presenta con mayor intensidad en el proceso penal (Talavera, 2009).

### **1.5.3. El Debido Proceso**

#### **a) Definiciones**

(García Rada, 1984) Menciona que esta institución es de vital importancia, encontrándose dentro del texto constitucional como una garantía de igualdad de los justiciables y de idoneidad de los magistrados en una correcta aplicación y administración de justicia. El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Ésta garantía fue introducida formalmente en esos términos en la Constitución de Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad -como simple reserva de ley-pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción del Estado de Derecho exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad.<sup>48</sup>

## b) Elementos

Martínez Sánchez,( 1995), Menciona que los elementos que se pueden deducir del debido proceso son ; a) el acceso a la justicia, comprende no solo la posibilidad formal de recurrir a los órganos instituidos para administrarla sino sobre todo su contenido sustancial para lograr durante todo el proceso y hasta su culminación “la posibilidad real de ser escuchado, evaluados sus argumentos y alegatos y tramitados de acuerdo con la ley de sus peticiones de manera que las resoluciones judiciales sean reflejo y realización de los valores jurídicos fundamentales”; b) eficacia, consiste en la garantía de la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución y en el obligatorio acatamiento por parte de quienes ejercen la función administrativa; c) eficiencia, significa que los aplicadores de la justicia deben lograr el máximo rendimiento con los menores costos posibles; o sea, con una adecuada gestión de los asuntos encargados, partiendo de los recursos financieros destinados; y d) Respeto de la dignidad de la persona, entendido como el tratamiento de los procesados en su condición de persona humana con todos sus derechos inalienables para la aplicación de la ley (García, 2012).

### 1.5.4. El Proceso Penal

a) **Definiciones:** De La Oliva Santos (1997), define al proceso penal como el instrumento esencial de la jurisdicción, este autor señala: no es posible decir instantáneamente el derecho en casos concretos del ámbito civil mercantil, laboral, etc.

El proceso penal es el camino por recorrer en caso de la violación de la norma

y la aplicación de la sanción. El proceso penal es el conjunto de actos previos (Instrucción y juzgamiento) a la aplicación de una sanción, realizados exclusivamente por los órganos jurisdiccionales.

**b) Características del proceso penal:**

- Los actos del proceso son realizados por los órganos jurisdiccionales preestablecidos en la ley. Estos órganos acogen la pretensión punitiva del estado que no puede juzgar y sancionar directamente sin un proceso previo y aplican la ley penal al caso concreto.
- Tiene un carácter instrumental. A través de él se aplica la norma del derecho penal sustantivo al caso concreto.
- Tiene la naturaleza de un proceso de cognición. Puesto que el juez penal parte de la incertidumbre sobre la comisión del delito y la responsabilidad y a través de la actividad probatoria puede llegar a la certeza o convicción sobre dichos aspectos.
- El proceso penal genera derechos y obligaciones entre los sujetos procesales. Se reconocen diversos intereses y pretensiones que se enfrentan, en algunos casos, y en otros, coadyuvan (juez, ministerio público, imputado, parte civil, tercero civilmente responsable).
- La indisponibilidad del proceso penal. Este proceso no puede desaparecer ni adquirir una fisonomía distinta por la voluntad de las partes. Las partes no tienen libre disponibilidad del proceso como en el proceso civil y aunque quieren no pueden exonerar de culpa.
- El objeto principal del proceso penal, es investigar el acto cometido, el cual debe ser confrontado con los tipos penales. Pero también es importante la restitución de la cosa de la que se ha privado al agraviado o la reparación del daño causado con el delito.

### c) Clases De Proceso Penal

De acuerdo a la legislación anterior (Ordinario - Sumario)

- **El proceso penal Ordinario:** Tiene tres etapas: la etapa de instrucción, la etapa de los actos preparatorios del juicio oral y la etapa de enjuiciamiento (juicio oral) (Cubas, 2006).

El plazo de instrucción en un proceso ordinario es de 4 meses prorrogable a 60 días más. Mediante la ley N° 27553 (13/11/2001).se modificó el artículo 202° del código de procedimientos penales y se estableció la posibilidad de que el juez penal mediante un acto debidamente motivado amplié el plazo de instrucción hasta por 08 meses adicionales improrrogables bajo su responsabilidad y de la sala penal, siempre que se den los siguientes supuestos:

- Complejidad por la materia, cantidad de medios de prueba por actuar, necesidad de pericias documentadas exhaustivas, revisión de documentos o gestiones fuera del país (extradición).
- Pluralidad de procesados y agraviados, tratándose de bandas u Organizaciones vinculadas al crimen.

La resolución motivada que dispone la ampliación de la instrucción es susceptible de ser apelada, recurso que será concedido en un solo efecto, y la sala penal resolverá previo dictamen del fiscal superior en el término de 10 días.

Concluida la etapa de instrucción los autos son remitidos al fiscal provincial, que puede tomar las siguientes determinaciones:

- Si estima que la Instrucción se encuentra incompleta o

defectuosa expide su dictamen solicitando que se prorrogue el plazo, a fin de que se practiquen las diligencias que faltan o se subsanen los defectos.

- Emite su dictamen final. Este dictamen contenía una opinión sobre si se encontraba acreditado el delito y la responsabilidad del presunto autor., sin embargo, a partir de la modificación que introdujo la ley N° 27994 (06/06/2003), el dictamen contiene un informe sobre las diligencias realizadas, los incidentes promovidos y la situación de los procesados., expresara, además, una opinión sobre el cumplimiento de los plazos. Una vez devuelta la instrucción al juzgado penal con el dictamen final del fiscal provincial, el juez penal emite su informe final. En este informe el juez penal pronunciaba una opinión sobre si se encontraba acreditado el delito y la responsabilidad del presunto autor.

Mediante la ley N° 27994, se establecido que el informe final el juez penal debe pronunciarse sobre las diligencias realizadas, los incidentes promovidos y la situación de los procesados además debe expresar opinión sobre el cumplimiento de los plazos procesales. El plazo en que se pone de manifiesto la instrucción es de 03 días después de emitido el informe final. Luego, los autos se elevan a la sala penal competente que, con previa acusación del fiscal superior dictara sentencia. Contra la sentencia expedida por la sala penal en un proceso penal ordinario solo procede recurso de nulidad. Concedido el recurso, se elevan los autos a la sala penal de la corte suprema.

### 1.5.5. Principios procesales relacionados con el proceso

- a) **El principio de legalidad:** En el proceso penal el poder judicial, el ministerio público y la policía nacional deben actuar con sujeción a las normas constitucionales y demás leyes. La ley penal solo puede ser aplicada por los órganos instituidos para esa función y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal (*nullum crimen nulla poena sine iudicio*).

El código procesal penal en su artículo vi del título preliminar prescribe que, las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y el derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad (Rosas, 2005).

El principio de legalidad expresa tres cuestiones esenciales: 1) como garantías legales que inciden en el contenido de las leyes penales que deben ser claras, precisas e irretroactivas, excepto las benignas; 2) comporta garantías procesales en cuanto se precisan los órganos encargados de aplicar las leyes penales; 3) garantías en la ejecución de las penas.

Las características del principio de legalidad son: 1) constituyen el soporte de la seguridad jurídica, propia de un estado social y democrático de derecho, en cuanto permite al ciudadano conocer lo que

está proscrito y que está prescrito, es decir que puede y que no puede hacer; 2) limita el poder omnímoto del juez al sujetarlo exclusivamente al imperio de la ley escrita; 3) obliga al legislador a evitar, con leyes claras, un margen hermenéutico amplísimo y desmesurado en manos del órgano judicial.

Bramont (1994) señala las consecuencias del principio de legalidad: 1) la exclusividad de la ley penal, esto es, solo la ley penal es fuente creadora de delitos y penas, por lo que se excluyen la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la analogía; 2) la prohibición de delegarla facultad legislativa penal; sin embargo el poder legislativo puede delegar en el poder ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa (artículo 104, constitución de 1993); 3) las leyes en blanco, empleado por vez primera por Carlos Binding para referirse a aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción, pero el precepto será definido por un reglamento o ley presente o futura.

Según Velásquez V., la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan; igualmente, este postulado implica —por eso se le conoce también como principio de reserva—, que sólo la ley expedida por el órgano legislativo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad, pues el poder legislativo es el único

legitimado para restringir los más elementales derechos humanos. Así mismo, se conoce como de intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del Estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del derecho penal mismo.

- b) El principio de lesividad:** Este principio señala que para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe de existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido. Por tanto, para que un interés personal y/o social se pueda considerar como bien jurídico protegido, este debe de estar reconocido como tal por la ley y asimismo debe de estar protegido por ésta.

Siendo, el bien jurídico como aquellos intereses sociales que por su notable importancia para el desarrollo personal y para el desenvolvimiento de la sociedad en general son merecedores de resguardo y protección a través de las normas jurídicas que componen el Derecho penal. Por ejemplo: la vida, la libertad, entre otros.

A través de este principio controlamos la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. Partiendo de esto, su importancia radica en que la protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal.

Por otra parte, no se podrá decir que un acto es ilícito si no se encuentra fundamentado en la lesión de un bien jurídico. Entonces, se entiende

por lesión al bien jurídico, a toda aquella acción que el agente cometa para causar un determinado daño a un bien que está protegido por el ordenamiento jurídico (Velásquez, 2012).

- c) **El principio de culpabilidad penal:** Otra directiva básica en esta materia es la de la responsabilidad subjetiva, según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle "reprochado" o "exigido" al agente, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad.

Como producto de ello, la sanción debe ser individual o estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

Naturalmente, se transgrede este axioma si se agrava o fundamenta la pena por el mero resultado, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; o si se da vía libre al *versari in re ilícita* haciendo responder al autor de todas las consecuencias de su acto — aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito.

Así mismo, cuando se condena a penas a un inimputable, o no se le reconoce al agente una causal de inculpabilidad; si se asigna mayor pena a reincidentes, delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de culpabilidad respectivo.

Esto sin olvidar, claro está, eventos en los cuales se deduce responsabilidad penal al agente por el hecho de otro.

Y, para terminar, en la que constituye la consecuencia más importante de cara al tema examinado, se vulnera este axioma cuando no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de determinación o tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para su medida (61). Este apotegma tiene amplia consagración en los Arts. 2 núm. 24 d y 139 Inc. 1 tercer párrafo de la Const.; y Vil, 12 y 46 del C. P.

#### **d) El principio de la proporcionalidad de la pena**

Para Maurach, citado en Villavicencio (2006), también llamada prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio respecto a toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho.

#### **e) El principio acusatorio**

Caro (2007), refiere que es evidente que se trata de 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 y bajo qué condiciones se realiza el enjuiciamiento del objeto procesal penal (...); que entre las notas esenciales de dicho

principio en lo que es relevante el presente caso, se encuentra, en primer lugar, 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 debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción, que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el Fiscal-, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites tácticos; y, en segundo lugar, que la función de la 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 sólo compete a la Fiscalía: el supuesto de juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial 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- es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad por la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del superior jerárquico y si este coincide con lo decidido por el Fiscal Interior concreta y consolida la posición no inculpativa del Ministerio Público- no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación (Caro, 2007).

**f) El principio de correlación entre acusación y sentencia**

Según Aroca, citado por Burga (2010), la delimitación del objeto del debate en un proceso penal se va desarrollando en forma progresiva durante la investigación. El principio de correlación entre acusación y sentencia, tiene que ver fundamentalmente con el objeto del debate en un proceso penal.

El primer momento de la delimitación se produce al emitirse la disposición de investigación por parte del Fiscal, la cual puede cambiar -sin ser alterado sustancialmente- conforme el avance de la investigación para lo cual se requiere emitir una disposición ampliatoria si surgen nuevos hechos que merecen ser investigados y posiblemente llevados a juicio, hasta el momento de la acusación donde el ente acusador tiene que tener claro los hechos para poder fijar su imputación, que es la que tendrá que respetarse tanto para los efectos de la admisión

de los medios de prueba, como para la decisión final, porque es la acusación la que marca la delimitación más fuerte de los hechos y su calificación jurídica, sobre todo en un sistema oral donde las partes deben en este estado del proceso, tienen que tener clara su teoría del caso o punto de vista sobre los hechos materia de juzgamiento, toda vez que éstos serán defendidos a través de las técnicas de litigación oral en el juicio. Es justamente la acusación la que determina el objeto del juicio, siendo sus características principales la inmutabilidad y la indivisibilidad.

#### **1.5.6. Los medios de prueba en el proceso penal**

- a) **La prueba en sentido común:** Es según Cubas (2006), la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento. Díaz De León nos dice que la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en un proceso.
- b) **La prueba en sentido jurídico procesal:** Caferatta, (1997), sostiene que la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.

- c) **El objeto de la prueba:** Como dice Cubas (2006), el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado, la prueba puede o debe recaer en hechos o situaciones sobre la existencia del hecho delictuoso y su calificación, a la individualización de los autores, las circunstancias de la comisión del delito, su responsabilidad penal y su responsabilidad civil en el daño causado (cuando el agraviado se constituye en parte civil).

#### 1.5.7. Principios de la valoración probatoria

- a) **Principio de legitimidad de la prueba:** Un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal, procesal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir a la certeza; cuando no es contrario a la ética ni a la dignidad e integridad a las personas (Cubas, 2006).
- b) **Principio de la unidad de la prueba:** Mixán, citado por Rosas, (2005), refiere que durante la actividad probatoria se incorporan al proceso una pluralidad y diversidad de medios probatorios, lo que, para los fines de valoración (“apreciación”), deben ser consideradas como una totalidad, como un solo conjunto de lo diverso y múltiple. O sea, no se puede prescindir arbitrariamente de apreciar alguno de los componentes de ese conjunto unitario y complejo.

- c) **Principio de la comunidad de la prueba:** Según Cubas (2006), este principio también es llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia. Puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció.
- d) **Principio de la autonomía de la voluntad:** La jurisprudencia establece que si bien es cierto que se reconoce a los fiscales el ejercicio independiente de sus funciones, de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustadas a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, también lo es que el específico mandato del artículo 159° de la Constitución debe ser realizado de conformidad con los criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario.
- e) **Principio de la carga de la prueba:** Rosas (2005) concluye que el principio de la carga de la prueba nos conlleva, por tanto, a diferencias sustanciales entre la prueba civil y la prueba penal, no solo porque su fundamento es el mismo en ambos tipos de proceso, consistente en la prohibición del non liquet, sino, también, porque en ambos casos la carga de la prueba actúa como regla del juicio dirigida al juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba.

### 1.5.8. Actos procesales de los participantes en el proceso.

#### **Del Ministerio Público**

- a) **Definición:** Según San Martín Castro (2003), institución concebida en el Art 158 de la Constitución nacional como un órgano autónomo, cuya principal misión es la de pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de legalidad, se trata de una función postulante o requirente, pero en ningún caso decisoria.
- b) **Funciones del Ministerio Público:** Conforme lo indica San Martín Castro (2003), La Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público confieren a esta institución pública un conjunto de funciones específicas radicadas en la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. Desde esta perspectiva se entiende que el Ministerio Público es un órgano a través del cual se reconduce el interés en general en mantener o restablecer, en su caso, el orden jurídico, se le ha impuesto la titularidad del ejercicio de la acción penal pública, persecución del delito, y, sobre todo la conducción de la investigación del delito desde su inicio, asumiendo al efecto la dirección jurídico funcional de la actividad policial. Sin embargo, si bien es cierto el delito afecta a toda la sociedad, estando esta interesada en su persecución, siendo que su actuación ha de basarse en la legalidad (De la Rúa, 1996).

Calderón (2008), define que el Fiscal es el órgano público del proceso penal y tiene su función requiriente más no jurisdiccional. Entre sus funciones encontramos:

- El ejercicio de la acción penal, que se plasma en el acto de acusación y culmina con la sentencia. El Fiscal no ejercita un derecho propio, sino un derecho del estado.
- Intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial hasta su culminación en la Sala penal de la Corte Suprema.
- Es el titular de la carga de la prueba. En la investigación policial, el Fiscal debe orientar las pruebas que se actúen apenas producido el hecho. Si existe mérito suficiente para formalizar denuncia e inicia instrucción y debe estar enterado de las diligencias judiciales por realizar.
- Garantizar el derecho de defensa y demás derechos del detenido. El Ministerio Público interviene desde la etapa policial. Apenas detenida una persona a quien se sindicca como autor de un delito, el Fiscal provincial o su adjunto se constituyen al lugar de detención para vigilar que el detenido goce de todos sus derechos y tenga defensor.
- Cautelar la legalidad. Es el llamado a observar la tipicidad de los hechos, garantizar el respeto de los derechos humanos y atender los legítimos intereses de las víctimas y del estado.

- Representar a la sociedad en juicio, para efectos de defender a la familia, a los menores incapaces y priorizar el interés social. Debe velar por la moral pública.
- Velar por la independencia del Poder Judicial y la recta administración de justicia.

## 1.6. EL PROCESO PENAL PERUANO

### 1.6.1. El Proceso

#### a) Definiciones

Del latín Procesius, deriva de Procedente que significa “avanzar, trayectoria, es el conjunto de actos coordinados y sistemáticamente regulados por la ley procesal estableciendo un orden preclusivo y ligados entre sí, deriva de las voces latinas "procederé" o "processus" que entre otras acepciones equivalen a camino o trayectoria que debe seguirse para Negar a un fin determinado.

Carnelutti (1996) por ejemplo, nos decía que: “el proceso es la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio” (p. 101).

#### b) Funciones del proceso

El proceso penal está al servicio de la aplicación del Derecho penal. El Derecho penal es un conjunto de normas jurídico-positivas que definen determinadas conductas como máximamente ilícitas en el plano, jurídico, establecen las circunstancias, positivas y negativas, relativas a la responsabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, asignan sanciones (penas) para cada una de esas conductas, y establecen, para ciertos

casos, medidas sustitutivas de las penas. Para que se impongan penas (siempre que estén legalmente previstas: nulla poena sine previa lege penale), han de darse unos comportamientos que se estimen criminales (esto es, que se consideren infracciones penales, tipificadas como delitos o faltas) y que puedan ser fáctica y jurídicamente atribuidos a persona o personas concretas que aparezcan como protagonistas en distinto grado de esos comportamientos. Pero es necesario, además, que concurren (o que no concurren) ciertos elementos y circunstancias de los que se hace depender la efectiva imposición de penas, su mayor o menor gravedad o la sustitución de esas penas por otro tipo de respuesta a la conducta criminal (García, 2005).

#### **1.6.2. El proceso como garantía constitucional**

Según Mellado (citado por Talavera, 2009), expresa que es deber primordial del Estado garantizar, de un lado, la plena vigencia de los derechos humanos y, de otro, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; así reza el artículo 44° de la Constitución. Tal disposición no hace sino reflejar la permanente tensión que existe en el Estado entre los intereses de la seguridad colectiva y los derechos fundamentales y libertades individuales, que a decir de Asencio Mellado se presenta con mayor intensidad en el proceso penal.

### 1.6.3. El Debido Proceso

#### a) Definiciones

(García Rada, 1984) Menciona que esta institución es de vital importancia, encontrándose dentro del texto constitucional como una garantía de igualdad de los justiciables y de idoneidad de los magistrados en una correcta aplicación y administración de justicia. El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Ésta garantía fue introducida formalmente en esos términos en la Constitución de Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad -como simple reserva de ley-pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción del Estado de Derecho exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad (García, 2012).

#### b) Elementos

Martínez (1995) menciona que los elementos que se pueden deducir del debido proceso son; a) el acceso a la justicia, comprende no solo la posibilidad formal de recurrir a los órganos instituidos para administrarla sino sobre todo su contenido sustancial para lograr durante todo el proceso y hasta su culminación “la posibilidad real de

ser escuchado, evaluados sus argumentos y alegatos y tramitados de acuerdo con la ley de sus peticiones de manera que las resoluciones judiciales sean reflejo y realización de los valores jurídicos fundamentales”; b) eficacia, consiste en la garantía de la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución y en el obligatorio acatamiento por parte de quienes ejercen la función administrativa; c) eficiencia, significa que los aplicadores de la justicia deben lograr el máximo rendimiento con los menores costos posibles; o sea, con una adecuada gestión de los asuntos encargados, partiendo de los recursos financieros destinados; y d) Respeto de la dignidad de la persona, entendido como el tratamiento de los procesados en su condición de persona humana con todos sus derechos inalienables para la aplicación de la ley.

#### 1.6.4. El proceso penal

- a) **Definiciones:** De La Oliva Santos (1997), define al proceso penal como el instrumento esencial de la jurisdicción, este autor señala: no es posible decir instantáneamente el derecho en casos concretos del ámbito civil mercantil, laboral, etc.

El proceso penal es el camino por recorrer entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción. El proceso penal es el conjunto de actos previos (Instrucción y juzgamiento) a la aplicación de una sanción, realizados exclusivamente por los órganos jurisdiccionales.

b) **Características del proceso penal:**

- Los actos del proceso son realizados por los órganos jurisdiccionales preestablecidos en la ley. Estos órganos acogen la

pretensión punitiva del estado que no puede juzgar y sancionar directamente sin un proceso previo y aplican la ley penal al caso concreto.

- Tiene un carácter instrumental. A través de él se aplica la norma del derecho penal sustantivo al caso concreto.
- Tiene la naturaleza de un proceso de cognición. Puesto que el juez penal parte de la incertidumbre sobre la comisión del delito y la responsabilidad y a través de la actividad probatoria puede llegar a la certeza o convicción sobre dichos aspectos.
- El proceso penal genera derechos y obligaciones entre los sujetos procesales. Se reconocen diversos intereses y pretensiones que se enfrentan, en algunos casos, y en otros, coadyuvan (juez, ministerio público, imputado, parte civil, tercero civilmente responsable).
- La indisponibilidad del proceso penal. Este proceso no puede desaparecer ni adquirir una fisonomía distinta por la voluntad de las partes. Las partes no tienen libre disponibilidad del proceso como en el proceso civil y aunque quieren no pueden exonerar de culpa.
- El objeto principal del proceso penal, es investigar el acto cometido, el cual debe ser confrontado con los tipos penales. Pero

también es importante la restitución de la cosa de la que se ha privado al agraviado o la reparación del daño causado con el delito.

### c) Clases de proceso penal

De acuerdo a la legislación anterior (Ordinario - Sumario)

- **El proceso penal ordinario:** Tiene tres etapas: la etapa de instrucción, la etapa de los actos preparatorios del juicio oral y la etapa de enjuiciamiento (juicio oral).

El plazo de instrucción en un proceso ordinario es de 4 meses prorrogable a 60 días más. Mediante la ley N° 27553 (13/11/2001), se modificó el artículo 202° del código de procedimientos penales y se estableció la posibilidad de que el juez penal mediante un acto debidamente motivado amplié el plazo de instrucción hasta por 08 meses adicionales improrrogables bajo su responsabilidad y de la sala penal, siempre que se den los siguientes supuestos:

- Complejidad por la materia, cantidad de medios de prueba por actuar, necesidad de pericias documentadas exhaustivas, revisión de documentos o gestiones fuera del país (extradición).
- Pluralidad de procesados y agraviados, tratándose de bandas u Organizaciones vinculadas al crimen.

La resolución motivada que dispone la ampliación de la instrucción es susceptible de ser apelada, recurso que será concedido en un solo efecto, y la sala penal resolverá previo dictamen del fiscal superior en el término de 10 días.

Concluida la etapa de instrucción los autos son remitidos al fiscal provincial, que puede tomar las siguientes determinaciones:

- Si estima que la Instrucción se encuentra incompleta o defectuosa expide su dictamen solicitando que se prorrogue el plazo, a fin de que se practiquen las diligencias que faltan o se subsanen los defectos.
- Emite su dictamen final. Este dictamen contenía una opinión sobre si se encontraba acreditado el delito y la responsabilidad del presunto autor., sin embargo, a partir de la modificación que introdujo la ley N° 27994 (06/06/2003), el dictamen contiene un informe sobre las diligencias realizadas, los incidentes promovidos y la situación de los procesados., expresara, además, una opinión sobre el cumplimiento de los plazos. Una vez devuelta la instrucción al juzgado penal con el dictamen final del fiscal provincial, el juez penal emite su informe final. En este informe el juez penal pronunciaba una opinión sobre si se encontraba acreditado el delito y la responsabilidad del presunto autor.

Mediante la ley N° 27994, se establecido que el informe final el juez penal debe pronunciarse sobre las diligencias realizadas, los

incidentes promovidos y la situación de los procesados además debe expresar opinión sobre el cumplimiento de los plazos procesales. El plazo en que se pone de manifiesto la instrucción es de 03 días después de emitido el informe final. Luego, los autos se elevan a la sala penal competente que, con previa acusación del fiscal superior dictara sentencia. Contra la sentencia expedida por la sala penal en un proceso penal ordinario solo procede recurso de nulidad. Concedido el recurso, se elevan los autos a la sala penal de la corte suprema.

#### 1.6.5. Principios procesales relacionados con el proceso

- a) **El principio de legalidad:** En el proceso penal el poder judicial, el ministerio público y la policía nacional deben actuar con sujeción a las normas constitucionales y demás leyes. La ley penal solo puede ser aplicada por los órganos instituidos para esa función y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal (nullum crimen nulla poena sine iudicio).

El Código Procesal Penal en su artículo vi del título preliminar prescribe que, "las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada.

La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y el derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el

principio de proporcionalidad (Rosas, 2005).

El principio de legalidad expresa tres cuestiones esenciales: 1) como garantías legales que inciden en el contenido de las leyes penales que deben ser claras, precisas e irretroactivas, excepto las benignas; 2) comporta garantías procesales en cuanto se precisan los órganos encargados de aplicar las leyes penales; 3) garantías en la ejecución de las penas.

Las características del principio de legalidad son: 1) constituyen el soporte de la seguridad jurídica, propia de un estado social y democrático de derecho, en cuanto permite al ciudadano conocer lo que está proscrito y que está prescrito, es decir que puede y que no puede hacer; 2) limita el poder omnímodo del juez al sujetarlo exclusivamente al imperio de la ley escrita; 3) obliga al legislador a evitar, con leyes claras, un margen hermenéutico amplísimo y desmesurado en manos del órgano judicial.

Bramont (1994) señala las consecuencias del principio de legalidad: 1) la exclusividad de la ley penal, esto es, solo la ley penal es fuente creadora de delitos y penas, por lo que se excluyen la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la analogía; 2) la prohibición de delegarla facultad legislativa penal; sin embargo, el poder legislativo puede delegar en el poder ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos

legislativos sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa (artículo 104, constitución de 1993); 3) las leyes en blanco, empleado por vez primera por Carlos Binding para referirse a aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción, pero el precepto será definido por un reglamento o ley presente o futura.

Según Velásquez (2012) la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan; igualmente, este postulado implica —por eso se le conoce también como principio de reserva—, que sólo la ley expedida por el órgano legislativo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad, pues el poder legislativo es el único legitimado para restringir los más elementales derechos humanos. Así mismo, se conoce como de intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del Estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del derecho penal mismo.

- 
- b) **El principio de lesividad:** Este principio señala que para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe de existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido. Por tanto, para que un interés personal y/o social se pueda considerar como bien jurídico protegido, este debe de estar reconocido como tal por la ley y asimismo debe de estar protegido por ésta.

Siendo, el bien jurídico como aquellos intereses sociales que por su notable importancia para el desarrollo personal y para el desenvolvimiento de la sociedad en general son merecedores de resguardo y protección a través de las normas jurídicas que componen el Derecho penal. Por ejemplo: la vida, la libertad, entre otros.

A través de este principio controlamos la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. Partiendo de esto, su importancia radica en que la protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal.

Por otra parte, no se podrá decir que un acto es ilícito si no se encuentra fundamentado en la lesión de un bien jurídico. Entonces, se entiende por lesión al bien jurídico, a toda aquella acción que el agente cometa para causar un determinado daño a un bien que está protegido por el ordenamiento jurídico.

- c) **El principio de culpabilidad penal:** Otra directiva básica en esta materia es la de la responsabilidad subjetiva, según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle "reprochado" o "exigido" al agente, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión

de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad.

Como producto de ello, la sanción debe ser individual o estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

Naturalmente, se transgrede este axioma si se agrava o fundamenta la pena por el mero resultado, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; o si se da vía libre al *versari in re ilícita* haciendo responder al autor de todas las consecuencias de su acto — aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Así mismo, cuando se condena a penas a un inimputable, o no se le reconoce al agente una causal de inculpabilidad; si se asigna mayor pena a reincidentes, delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de culpabilidad respectivo.

Esto sin olvidar, claro está, eventos en los cuales se deduce responsabilidad penal al agente por el hecho de otro.

Y, para terminar, en la que constituye la consecuencia más importante de cara al tema examinado, se vulnera este axioma cuando no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de determinación o tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para su medida (61). Este apotegma tiene amplia

consagración en los Arts. 2 núm. 24 d y 139 Inc. 1 tercer párrafo de la Const.; y Vil, 12 y 46 del C. P.

**d) El principio de la proporcionalidad de la pena**

Para Maurach, citado por Villavicencio (2006), también llamada prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio respecto a toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho.

**e) El principio acusatorio**

Caro (2007), refiere que es evidente que se trata de 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 y bajo qué condiciones se realiza el enjuiciamiento del objeto procesal penal (...); que entre las nota esenciales de dicho principio en lo que es relevante el presente caso, se encuentra, en primer lugar, 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 debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto apertorio de instrucción, que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el Fiscal-, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites tácticos; y, en segundo lugar, que la función de la 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 sólo compete a la Fiscalía.

El supuesto de juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; que, por tanto, si el órgano judicial 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- es de recordar al respecto que el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad por la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del superior jerárquico y si este coincide con lo decidido por el Fiscal Interior concreta y consolida la posición no inculpativa del Ministerio Público- no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación (Caro, 2007).

**f) El principio de correlación entre acusación y sentencia**

Según Aroca, citado por Burga (2010), la delimitación del objeto del debate en un proceso penal se va desarrollando en forma progresiva durante la investigación. El principio de correlación entre acusación y sentencia, tiene que ver fundamentalmente con el objeto del debate en

un procesopenal.

El primer momento de la delimitación se produce al emitirse la disposición de investigación por parte del Fiscal, la cual puede cambiar -sin ser alterado sustancialmente- conforme el avance de la investigación para lo cual se requiere emitir una disposición ampliatoria si surgen nuevos hechos que merecen ser investigados y posiblemente llevados a juicio, hasta el momento de la acusación donde el ente acusador tiene que tener claro los hechos para poder fijar su imputación, que es la que tendrá que respetarse tanto para los efectos de la admisión de los medios de prueba, como para la decisión final, porque es la acusación la que marca la delimitación más fuerte de los hechos y su calificación jurídica, sobre todo en un sistema oral donde las partes deben en este estado del proceso, tienen que tener clara su teoría del caso o punto de vista sobre los hechos materia de juzgamiento, toda vez que éstos serán defendidos a través de las técnicas de litigación oral en el juicio. Es justamente la acusación la que determina el objeto del juicio, siendo sus características principales la inmutabilidad y la indivisibilidad.

#### **1.6.6. Los medios de prueba en el proceso penal**

- a) **La prueba en sentido común:** Es según Cubas<sup>88</sup>, la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento. Díaz De León nos dice que la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en un proceso.
- b) **La prueba en sentido jurídico procesal:** Cafferata (1998), sostiene

que la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Esta noción llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.

- c) **El objeto de la prueba:** Como dice Cubas (2006), el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado, la prueba puede o debe recaer en hechos o situaciones sobre la existencia del hecho delictuoso y su calificación, a la individualización de los autores, las circunstancias de la comisión del delito, su responsabilidad penal y su responsabilidad civil en el daño causado (cuando el agraviado se constituye en parte civil).

#### 1.6.7. Principios de la valoración probatoria

- a) **Principio de legitimidad de la prueba:** Un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal, procesal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir a la certeza; cuando no es contrario a la ética ni a la dignidad e integridad a las personas.
- b) **Principio de la unidad de la prueba:** Rosas (2005), refiere que durante la actividad probatoria se incorporan al proceso una pluralidad y diversidad de medios probatorios, lo que, para los fines de valoración (“apreciación”), deben ser consideradas como una totalidad, como un solo conjunto de lo diverso y múltiple. O sea, no se puede prescindir

arbitrariamente de apreciar alguno de los componentes de ese conjunto unitario y complejo.

- c) **Principio de la comunidad de la prueba:** Según Cubas (2006), este principio también es llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia. Puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció.
- d) **Principio de la autonomía de la voluntad:** La jurisprudencia establece que, si bien es cierto que se reconoce a los fiscales el ejercicio independiente de sus funciones, de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustadas a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, también lo es que el específico mandato del artículo 159° de la Constitución debe ser realizado de conformidad con los criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario.
- e) **Principio de la carga de la prueba:** Rosas (2005), concluye que el principio de la carga de la prueba nos conlleva, por tanto, a diferencias sustanciales entre la prueba civil y la prueba penal, no solo porque su fundamento es el mismo en ambos tipos de proceso, consistente en la prohibición del non liquet, sino, también, porque en ambos casos la carga de la prueba actúa como regla del juicio dirigida al juez que determina el contenido de fondo de la sentencia en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba.

#### 1.6.8. Actos procesales de los participantes en el proceso.

## Del Ministerio Público

a) **Definición:** Según San Martín Castro (2003), institución concebida en el Art 158 de la Constitución nacional como un órgano autónomo, cuya principal misión es la de pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de legalidad, se trata de una función postulante o requirente, pero en ningún caso decisoria.

b) **Funciones del Ministerio Público:** Conforme lo indica San Martín Castro (2003), La Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público confieren a esta institución pública un conjunto de funciones específicas radicadas en la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. Desde esta perspectiva se entiende que el Ministerio Público es un órgano a través del cual se reconduce el interés en general en mantener o restablecer, en su caso, el orden jurídico, se le ha impuesto la titularidad del ejercicio de la acción penal pública, persecución del delito, y, sobre todo la conducción de la investigación del delito desde su inicio, asumiendo al efecto la dirección jurídico funcional de la actividad policial. Sin embargo, si bien es cierto el delito afecta a toda la sociedad, estando esta interesada en su persecución, siendo que su actuación ha de basarse en la legalidad.

Calderón Sumarriva (2008), define que el Fiscal es el órgano público del proceso penal y tiene su función requirente más no jurisdiccional.

Entre sus funciones encontramos:

- El ejercicio de la acción penal, que se plasma en el acto de acusación y culmina con la sentencia. El Fiscal no ejercita un

- derecho propio, sino un derecho del estado.
- Intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial hasta su culminación en la Sala penal de la Corte Suprema.
  - Es el titular de la carga de la prueba. En la investigación policial, el Fiscal debe orientar las pruebas que se actúen apenas producido el hecho. Si existe mérito suficiente para formalizar denuncia e inicia instrucción y debe estar enterado de las diligencias judiciales por realizar.
  - Garantizar el derecho de defensa y demás derechos del detenido. El Ministerio Público interviene desde la etapa policial. Apenas detenida una persona a quien se sindicaba como autor de un delito, el Fiscal provincial o su adjunto se constituyen al lugar de detención para vigilar que el detenido goce de todos sus derechos y tenga defensor.
  - Cautelar la legalidad. Es el llamado a observar la tipicidad de los hechos, garantizar el respeto de los derechos humanos y atender los legítimos intereses de las víctimas y del estado.
  - Representar a la sociedad en juicio, para efectos de defender a la familia, a los menores incapaces y priorizar el interés social. Debe velar por la moral pública.
  - Velar por la independencia del Poder Judicial y la recta administración de justicia.

## II. JURISPRUDENCIAS SOBRE EL TEMA

- ❖ En el delito de violación sexual de menor de catorce años de edad el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: En el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico en el futuro; de allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de incapacidad de los menores para consentir válidamente (R.N. N° 63-2004-LA LIBERTAD).
- ❖ De las pruebas aportadas y merituadas en el proceso, se advierte que con su conducta el sujeto activo ha lesionado el bien jurídico tutelado que es la indemnidad sexual de la menor agraviada, teniendo en cuenta que lo que la norma protege en los impúberes en su libre desarrollo sexual y psicológico en relación con los mayores, debido a su incapacidad de discernir y el estado de indefensión dada por su minoría de edad; de allí que el legislador sancione con penas severas al sujeto activo de este delito (R.N. N° 2593- 2003-ICA).
- ❖ Procede la absolución del acusado por delito de violación sexual, si la agraviada lo exculpa en la etapa de instrucción, rectificando su manifestación policial, coincidiendo con la negativa reiterada del imputado sobre su responsabilidad. (Exp. N° 401-90-ICA).
- ❖ Las menores agraviadas al deponer policial y judicialmente si bien mantienen una versión similar se contradicen con hechos relevantes y puntuales; por otro lado, obran diversos instrumentales que acreditan la tesis de defensa del procesado en el

sentido que la incriminación en su contra se debe a las diversas denuncias que ha realizado en contra de algunos de los progenitores de las menores agraviadas y personas vinculadas a estas, cuando ostentaba el cargo de teniente alcalde (R.N. N° 2891-2001- LAMBAYEQUE).

- ❖ El derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2,24,e, de la Constitución, obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones (Exp. N° 8811-2005-HC,29/11/05, S1, FJ.3).
- ❖ La presunción de inocencia es un elemento conformante del debido proceso. Por ello disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso, es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente - tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por tanto, el debido proceso exigido por la Constitución. (Exp. N° 0005-2001-AI, 15/11/01, P.FJ.2).
- ❖ La determinación de la responsabilidad penal conlleva la evaluación de los medios probatorios en conjunto, y exige que las conclusiones a las que se llegue sean producto de un análisis razonado. En este orden de ideas, no es exacto afirmar que “se dictó sentencia condenatoria contra los favorecidos porque durante el juicio oral de descartaron las declaraciones testimoniales ofrecidas y admitidas”, toda vez que ningún medio probatorio tiene la calidad de prueba plena capaz de producir en el juzgador una total convicción respecto del delito instruido, así como la culpabilidad atribuida al agente, que lo obligue a emitir un fallo. (Exp. N° 2101-2005-HC, 18/05/05).

### III. ANALISIS DEL EXPEDIENTE

A manera de análisis del presente expediente, resaltaré las siguientes observaciones:

#### 1.1. Etapa de la Investigación Preparatoria.

##### 1.1.1. Investigación Preliminar

###### Denuncia De Parte

El presente proceso se instaura contra la persona de Sergio Marín Cuevas, por la comisión del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales Y.L.P.M. de 09 años de edad, denuncia realizada por la madre de la menor la señora Luz Margarita Milla Villanueva ante la Comisaría de Distrital de Huaraz (Departamento de Investigación Criminal de Huaraz), con fecha 18 de mayo del 2013, siendo los hechos que: el día 16 de mayo del año 2013, aproximadamente entre las 18:00 horas en circunstancias que la menor que corresponde a las iniciales de Y.L.P.M. de 09 años de edad, procedente del colegio Peruano Canadiense se dirigía a la casa de su tía Nelly Milla Villanueva ubicada en la última cuadra de la prolongación del Jr. José Olaya N° 630-Huaraz, a una esquina de dicha casa, fue interceptada por la persona del acusado Sergio Marín Cuevas, que le abordó preguntándole si conocía el colegio Luzuriaga, a lo que la menor respondió que si conocía, por lo que el Imputado le Invitó un caramelo y ofreciéndole entregarle una suma de dinero, le pidió que lo lleve, para luego hacerla caminar por el Jr. Italia bajando por unas gradas hasta la última cuadra de la Alameda Grau hasta llegar a la Av. Gamarra y luego doblar hacia el norte por la Av. Gamarra, con dirección al distrito de Independencia, cruzar el puente Gamarra, que cruza el río Quilcay, interceptando parte del Boulevard Pastorita Huaracina e ingresar hasta la primera cuadra del Jr.

Augusto B. Leguía hasta la esquina de la I.E. “Jorge Basadre Grohman” y posteriormente retornar por la misma ruta hacia el sur, por la Av. Gamarra hasta la intersección con el Jr. 28 de Julio, volteando a la izquierda hasta la esquina del Jr. Buena Ventura Mendoza y voltear a la derecha por dicho jirón hasta interceptar el Jr. Carlos Valenzuela , volteando hacia la derecha hasta llegar nuevamente a la Av. Gamarra, siguiendo hasta la altura de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNASAM., doblando hacia la izquierda por el Jr. Gonzalo Salazar hasta una vivienda ubicada en el referido jirón con el número 994, haciéndola ingresar a la vivienda, y aprovechando que su conviviente no estaba, la condujo hacia su habitación alquilado ubicada en el tercer piso.

Una vez en su habitación el acusado, salió a lavarse las manos, trajo agua en un balde, y aprovechando la vulnerabilidad de la menor le ordenó que se lavara la vagina, le hizo quitar el pantalón y la trusa, para luego el imputado quitarse el pantalón luego le comenzó a tocar la vagina, primero con la mano, luego a lamerle la vagina, después sobarle con el pene y finalmente empezar a introducir su pene en la vagina de la menor, con amenazas de que no cuente a nadie ya que de hacerlo su familia iba a morir, señalándole además que no llore ni grite que nadie le iba a hacer caso; sin embargo ante el inminente llanto de la menor que podría haber alertado a su vecina, no pudo consumar la violación, saliendo de la habitación y condiciendo a la menor cerca de su vivienda.

### **Diligencias A Nivel Policial.**

A nivel policial las investigaciones lo realizaron los efectivos policiales del Departamento de Investigación Criminal, quienes emitieron el

Informe Policial N° 128-REGPOLNOR-CH/XIII-DTP- A/DIVINCRI-Hz, quienes practicaron las siguientes diligencias:

- Recorrido del reconocimiento del lugar de los hechos.
- Registro personal a la persona de Sergio Marín Cuevas. Intervención Policial realizada en el inmueble donde vive el investigado, lectura de derechos y su posterior detención.
- Reconocimiento físico en ruedo.

### **1.1.2. Formalización de la denuncia penal - Investigación Preparatoria.**

El representante del Ministerio Público de conformidad a lo previsto en el artículo 159° inciso 4o de la Constitución Política del Perú, los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 336 y siguientes del Código Procesal Penal, mediante resolución N° 01 de fecha 18 de mayo del 2013 emite Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, por el plazo de 120 días, contra Sergio Marín Cuevas, por la presunta comisión del delito contra la Libertad Sexual - Actos contra el Pudor de menores en agravio de la menor de Iniciales Y.L.P.M. (09 años). Es menester señalar que con Disposición N° 03 de fecha 16 de setiembre del 2013, el Representante del Ministerio Público, dispone: Integrar la Disposición N° 01 de fecha 18 de mayo del 2013, comprendiendo la presente investigación contra Sergio Marín Cuevas, en agravio de la menor de iniciales Y.L.P.M., teniendo como TIPIFICACIÓN PRINCIPAL: El delito contra la Libertad Sexual, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173 inciso 1 del Código Penal, en grado de TENTATIVA y como TIPIFICACIÓN ALTERNATIVA por el

delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Actos contra el Pudor en menores, tipificado en el Art. 176-A inciso 2 del Código Penal.

### **1.1.3. Conclusión de investigación preparatoria.**

Con fecha 23 de octubre del 2013 el Representante del Ministerio Público requiere acusación contra el imputado Sergio Marín Cuevas, por la comisión del delito contra la Libertad Sexual en la Modalidad de Violación Sexual de menor de edad (tipificación principal) solicitando un pena privativa de libertad de 35 años, y en su caso como tipificación alternativa por la comisión del delito Contra la Libertad Sexual en la Modalidad de Actos contra el Pudor solicitando una pena privativa de libertad de 6 años y 6 meses y una reparación civil de S/5,000.00 (cinco mil nuevos soles).

Así mismo la abogada del Imputado observa la acusación, pero el escrito es rechazado por extemporáneo.

#### **❖ Análisis de la etapa de Investigación preparatoria:**

Si bien es cierto que esta etapa busca preparar las bases para el juicio oral, en caso de que el Fiscal decida en base a los elementos de convicción encontrados, acusar al presunto autor del ilícito cometido, se debería cumplir todas las diligencias establecidas en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, puesto que no se necesita PRORROGAR la Investigación Preparatoria, para requerir los antecedentes penales del investigado, o para solicitar la declaración de la Perito Psicóloga, toda vez que en el primer caso es un mero trámite y en el segundo la perito es un trabajador del Ministerio Público, lo cual no traería problemas, hechos que se evidencian en el presente expediente.

#### **1.1.4. Requerimiento de prisión preventiva.**

Por su parte, tras declararse fundado el requerimiento de Prisión Preventiva por parte del Ministerio Público, se dispuso el internamiento preventivo del imputado por el plazo de cinco meses, resolución judicial que data de fecha 18 de mayo del 2013, dicha medida coercitiva se contabilizó desde el momento de la detención que se produjo el 17 de mayo del 2013, terminando según la resolución dictada el 17 de octubre del 2013.

Posteriormente el representante del Ministerio Público - 5° Fiscalía Provincial Corporativa de Ancash - solicitó la prórroga de la Prisión Preventiva el día 18 de setiembre del 2013, por faltar algunas diligencias indispensables para la investigación. Siendo ello así el Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Huaraz, emitió resolución declarando fundada el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, por un plazo de cuatro meses, contra el investigado Sergio Marín Cuevas.

#### **❖ Análisis de la prisión preventiva:**

A fin de realizar un análisis ordenado, corresponde en esta etapa respecto de la medida de coerción personal impuesta al procesado el mismo que es sustentado, bajo los alcances del artículo 268° del CPP, el cual inicia con los fundados y graves elementos de convicción que permitan acreditar la realización de los hechos delictivos y la vinculación con los procesados; continuando con el segundo presupuesto, que es la prognosis de pena, sea mayor a la de cuatro años, lo que ampliamente queda vencido por cuanto se trata del delito de violación sexual a menor de edad, el cual tiene una pena conminado no menor de ocho años y el tercer

requisito, de que el imputado a razón de sus antecedentes y otras circunstancias permita colegir que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la verdad.

## **1.2. Etapa intermedia.**

### **1.2.1. Audiencia de control de Requerimiento de Control Acusatorio.**

Luego de la acreditación de las partes y producido el debate, mediante resolución N° 4 de fecha 14 de febrero del 2014, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Sede - Huaraz, resuelve declarar el Saneamiento Sustancial del Requerimiento Acusatorio, dictar Auto de Enjuiciamiento y admitir los medios probatorios ofrecidos por la representante del Ministerio Público.

#### **❖ Análisis de la etapa intermedia:**

En la presente etapa, no se encontró dificultades toda vez que, todos los medios probatorios ofrecidos por el representante del Ministerio Público, fueron admitidos, aunado a ello no hubo ningún protagonismo por parte del abogado defensor.

## **1.3. Etapa de Juicio Oral.**

- a) Instalación e inicio de audiencia de juicio oral:** Se llevó a cabo la acreditación de las partes del proceso, estando presentes todos los sujetos procesales, asimismo, se realizó la verificación de los testigos y psicólogos ofrecidos, sin encontrarse presente los peritos.

- b) Alegatos de apertura:** El representante del Ministerio Público, solicita 35 años de pena privativa de libertad contra el acusado Sergio Marín Cuevas y un monto de reparación civil por la suma de S/ 5,000.00 nuevos soles a favor de la agraviada. Por su parte el abogado defensor del acusado, refiere que va a probar todo a través del interrogatorio y contrainterrogatorio.
- c) Información de derechos al acusado:** El director de debates, informa al acusado los derechos con que cuenta previstos y plasmados expresamente en el art. 371, numeral 3; donde el acusado manifiesta que si ha entendido sus derechos.
- d) Admisión o no de responsabilidad del acusado:** El director de debates le pregunta al acusado si se considera autor del delito materia de acusación y responsable del delito que se le imputa, así como si está conforme con el monto por concepto de reparación civil, a lo que el acusado manifiesta que no está de acuerdo con el delito que se le imputa.
- e) Etapa Probatoria:** Se actuaron los medios probatorios del representante del Ministerio Público, como las testimoniales, peritos y documentales. De la misma forma, se actuaron los medios probatorios de la defensa técnica del acusado, cabe señalar que durante el desarrollo de la audiencia de Control de Acusación el Juez de la Investigación Preparatoria deja constancia que la defensa técnica del acusado no ha ofrecido ningún medio probatorio. Durante la audiencia de Juicio Oral el colegiado emite la resolución N° 03 de fecha 05-02-2014, mediante el cual se declara inadmisibles los nuevos medios de prueba ofrecidos por la defensa técnica del acusado, sustentándose en el artículo 373° inciso 1 del Código

Procesal Penal, que prescribe “que sólo se admitirán aquellos que las partes hayan tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación”.

- f) **Alegatos Finales:** Se llevó a cabo los alegatos de clausura tanto de la parte acusada como del representante del Ministerio Público.
- g) **Sentencia:** De conformidad con lo expuesto por los artículos once, doce, veintitrés, veintiocho, veintinueve, treinta y seis, cuarenta y cinco, cuarenta y cinco A, y cuarenta y seis (modificado e incorporado por la Ley N° 30076), así como los artículos noventa y dos, noventa y tres, ciento setenta y tres inciso uno en concordancia con el artículo dieciséis del Código Penal, trescientos noventa y tres al trescientos noventa y siete y trescientos noventa y nueve del Código Procesal Penal, con criterio de conciencia e impartiendo justicia a nombre de la Nación el Juzgado Penal Colegiado en lo Penal de Emergencia de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Ancash, resolvieron: **PRIMERO: DECLARAR a SERGIO MARIN CUEVAS, AUTOR** del Delito contra la Libertad Sexual - Violación Sexual de menor de edad en grado de tentativa, previsto en el numeral 1° del artículo 173° en concordancia con el artículo 16° del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales Y.L.P.M., a quien le **IMPONEN VEINTE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA**, cuyo plazo se computará desde el 17 de mayo del 2013 y vencerá el 16 de mayo de 2033. **SEGUNDO:** Deberá someterse a examen médico y psicológico con fines de tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social, de conformidad con el artículo 178°-A del Código Penal. **TERCERO:** Fijan el monto de la

reparación civil en la suma de **CINCO MIL NUEVOS SOLES**, que abonara el sentenciado a favor de la menor agraviada de las iniciales Y.L.P.M., en ejecución de sentencia.

**CUARTO: CONSENTIDA O EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia Comuníquese: al registro correspondiente para su inscripción, y cumplido que sea, remítase los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponda, para su ejecución.

❖ **Análisis de la etapa de juicio oral:**

En la presente etapa, se advierte, el desarrollo normal de cada una de las sesiones del juicio oral conforme se advierte del registro de audiencias del juicio oral. Advirtiéndose si dos hechos importantes: primero que, en la declaración de la madre de la menor agraviada, ésta señala haber tocado las partes íntimas de su hija al enterarse de la agresión sufrida, y segundo, es la inconcurrencia del médico legista que emite el certificado Médico Legal N° 003085-EIS, a fin de ser examinado por la defensa del acusado, dos hechos que van a servir de base para la apelación presentada por la defensa.

**1.4. Recurso de apelación de sentencia.**

Por intermedio de su abogado defensor el sentenciado interpone recurso de apelación, con la finalidad de que la sentencia sea revocada, sustentando su recurso bajo los siguientes fundamentos: a) Que la sentencia no se encuentra debidamente motivada, b) Que los medios de prueba que se han actuado en Juicio Oral en vez de generar certeza han generado duda sobre la conducta delictiva del sentenciado en

tanto que: i) la madre de la menor agraviada en Juicio habría referido que ella “toco” la vagina y “la parte interna” antes de llevar a su hija al Médico Legista, por lo que conforme al argumento de la defensa del sentenciado no está descartado que sea la propia madre la que haya producido las lesiones descritas en el certificado médico legal, ii) que no se habría identificado plenamente a la menor agraviada, siendo que Incluso en el certificado médico legal se habrían descrito solo las iniciales de la menor agraviada mas no se habrían consignado el número de su documento de Identidad o los datos del padre o de la madre que habrían acompañado a dicha diligencia a la menor agraviada, iii) que el emitente del certificado médico legal no habría concurrido a Juicio Oral a efectos de ser examinado razón por la cual no se habría dado la oportunidad a la defensa de cuestionarlo y permitir al médico explique las razones por las que habría llegado a sus conclusiones, c) Que la coherencia y persistencia no sería tal en tanto que, esta habría referido que "el sentenciado le habría introducido su pene a su vagina" lo cual no se condice con el certificado médico legal en el que no se da cuenta de signos de desfloración alguna, d) Que la declaración de la menor agraviada debió de ofrecerse como prueba anticipada o prueba pre constituida a fin de evitar la re victimización por lo que al no haberse realizado de ese modo la prueba no ha sido introducida conforme a ley y como tal no debe ser valorada en la sentencia, e) Que la acusación Fiscal versa por dos delitos el primero por el delito de Violación Sexual y como tipo alternativo por el delito de actos contra el pudor, habiendo omitido el colegiado emitir pronunciamiento en la sentencia por este último delito por lo que debería declararse la nulidad de la sentencia, máxime si al realizar una tipificación alternativa, a punto de vista de la defensa del sentenciado, el representante del Ministerio Público pone de manifiesto que no tiene certeza de los hechos expuestos en su acusación, f) Que

la sentencia condenatoria no se debió basar en la oralización de pruebas documentales sino que debió de haberse prescindido de dichas documentales por no haberse actuado en juicio oral como es el acta de entrevista de la menor, y el contenido del audio de la entrevista de la menor, g) Que no existen suficientes medios de prueba que sirvan de base a la imputación del representante del Ministerio Público, h) Que no existe el registro de Protocolo del informe psicológico en la División de Medicina Legal, i) Que se habría fijado una pena y reparación civil sin justificación debida.

#### ❖ **Análisis del recurso de apelación de sentencia.**

Teniendo en consideración los términos de la sentencia, en el sentido de condenar al acusado a 20 años de pena privativa de libertad y al pago de una reparación civil ascendente a la suma de SI. 5,000.00 Nuevos Soles; no conforme la defensa del sentenciado, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria y/o nulidad de la apelada, invocando indebida valoración de las pruebas actuadas, así como la declaración de la madre de la menor agraviada, al referir que ella habría tocado la vagina de su hija para revisarla, y la ausencia del Médico Legista para ser interrogado por la defensa.

#### **1.5. Sentencia de vista o sentencia de segunda instancia.**

La Sala Penal de Apelaciones - Ancash, emite la sentencia de vista, contenida en la Resolución N° 11 de fecha 19 de junio del año dos mil catorce, sosteniendo que se advierte que, si se cuenta con las suficientes pruebas que nos permiten desbaratar la presunción de inocencia, dado que con lo actuado se ha acreditado

indubitablemente la existencia del hecho y de su vinculación al procesado. **DECLARANDO: FUNDADA** en parte la Apelación presentada por el abogado defensor del sentenciado Sergio Marín Cuevas. **CONFIRMARON** la sentencia expedida por el Juzgado Penal Colegiado Supra-provincial de Emergencia de Huaraz en el extremo del delito materia de condena, en cuanto dispone que el sentenciado se someta a examen médico y psicológico con fines de tratamiento terapéutico y sobre el extremo de la reparación civil. **REVOCARON** la sentencia expedida por el Juzgado Penal Colegiado Supra-provincial de Emergencia de Huaraz, de fecha trece de febrero del año dos mil catorce, en la cual se resuelve declarar a Sergio Marín Cuevas como autor del delito contra la Libertad Sexual de menor de edad en grado de tentativa, en agravio de la menor de iniciales Y.L.P.M., en el extremo de la pena, y **REFORMÁNDOLA** impusieron **TRECE AÑOS Y NUEVE MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** cuyo plazo se computará desde el 17 de mayo del 2013 y vencerá el 16 de febrero del 2027.

❖ **Análisis de la sentencia de vista:**

En esta etapa, el colegiado de la Sala Superior, resolvió declarando en parte la apelación presentada, y reformándola impusieron trece años y nueve meses de pena privativa de libertad. Frente a ello es preciso señalar que, para fijar la pena, las atenuantes invocadas por el Juzgador de Primera Instancia, no han sido debidamente motivadas ni corroboradas con la realidad de los hechos, y aplicando la teoría de los tercios se llegó a establecer la pena impuesta.

#### IV. CONCLUSIONES

- ❖ Del análisis del presente expediente penal podemos anotar como primera conclusión, que de forma correcta se llegó a condenar al sentenciado, dado que existen suficientes medios de prueba que acreditan la responsabilidad que habría tenido este sobre los hechos denunciados por la madre de la menor agraviada.
- ❖ Se concluye que la defensa del sentenciado, tuvo una vaga participación durante todo el desarrollo del proceso, toda vez que los escritos presentados como: el recurso de apelación de la prisión preventiva, la apelación presentada ante la Corte Suprema, fueron declaradas improcedentes por no haber sido presentados en el plazo previsto por ley, creando de esta manera indefensión en el sentenciado.
- ❖ Se concluye que el representante del Ministerio Público, ha realizado una labor poco comprometida con la investigación del presente caso, toda vez que emitía Disposiciones en el momento preciso en que vencería el plazo, es el caso de la Disposición de Prorroga de la Investigación Preparatoria N° 02 de fecha 12 de setiembre del 2013, al faltarle recabar los antecedentes penales del sentenciado y las declaraciones de peritos que trabajan para el Ministerio Público, hecho que hace ver la falta de compromiso por parte del representante del Ministerio Público.
- ❖ Considero que, la labor de un defensor es perseguir la verdad y hacer valer todos los derechos que amparan a su patrocinado, y de tener conocimiento que se defendido es autor de un hecho ilícito, buscar disminuir prudencialmente la pena, hechos que no se han dado en el presente proceso.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benavente, H. (2011). *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. Bosch Editor, S.A.
- Bramont, L. (1994). *Principio de Legalidad de la Represión y la Nueva Constitución Política del Perú*.  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_34.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_34.pdf)
- Burga, Ó. (2010). *Comentarios en Materia Penal y Procesal Penal*.  
<http://oscarburga.blogspot.com/2010/06/la-consumacion-del-delito-de-robo.html>.
- Caferatta, I. (1997). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto S.R.L.
- Calderón, Á., & Choclán, J. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*. Bosch Editor, S.A.
- Carmona, A. (2002). *Delitos contra la libertad sexual*. Perrot.
- Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. El Foro.
- Carnelutti, F. (1996). *Instituciones del Proceso Civil*. El Foro.
- Caro, J. (2007). *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Grijley.
- Catacora, M. (1990). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Cultural Cuzco.
- Claría, J. (1960). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. EDIAR.
- Cubas, V. (1997). *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Palestra Editores.
- Cubas, V. (2006). *El proceso penal: Teoría y Jurisprudencia Constitucional*. Palestra Editores.
- De La Oliva Santos, A. (1997). *El Derecho a los Recursos. Los Problemas de la Única Instancia en Tribunales de Justicia N° 10*. VIAF.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=101133>

- De la Rúa, F. (1996). *Teoría General del Proceso*. Depalma.
- García, D. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal* (9th ed.). IDEMSA.  
[http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/Manual\\_Derecho\\_Procesal\\_Penal\\_TomoIV.pdf](http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/Manual_Derecho_Procesal_Penal_TomoIV.pdf)
- García, P. (2005). *Precedente Vinculante: Naturaleza y Alcance de la Reparación Civil*. [http://www.italusesto.com/revista/5\\_0506 - Garcla Cavero.pdf](http://www.italusesto.com/revista/5_0506-GarclaCavero.pdf)
- Jiménez, J. (2012). *El aspecto jurídico de la teoría del caso. Teoría de la imputación penal*. México. Grijley.
- Londoño, H. (1993). *Tratado de Derecho Procesal Penal. De la Captura y Excarcelación*. Temis.
- Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Hammurabi.
- Martínez, M. (1995). *Estado de Derecho y Política Criminal*.
- Mixán Mass, F. (2003). *Derecho Procesal Penal. Juicio oral*. Ediciones BGL.
- Ore, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- Ortiz, M. (2016). *LA PRISIÓN PREVENTIVA*. PUCP.
- Oxman, N. (2008). *¿Qué es la Integridad sexual?* Revista de Justicia Penal.
- Peña, A. (2008). *Derecho Penal Parte Especial I*. IDEMSA.
- Rosas, J. (2005). *Principios que Orientan El Nuevo Código Procesal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2014). *Delito de acceso carnal sexual*. Grijley.
- San Martín Castro, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley.
- Sánchez, P. (1994). *Comentarios al Código Procesal Penal*. IDEMSA.
- EXP. N° 1091-2002- HC/TC, (2002).
- Exp. N° 2005-2006-HC, (2006).
- EXP. N°00915-2009-PHC/TC, (2009).
- Talavera, P. (2009). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal*. AMAG.

- Tello, J. (2016). *LAS CATEGORIAS JURIDICAS DEL INDUBIO PRO REO Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: ALGUNAS PRECISIONES*. Instituto de ciencia procesal penal.
- Vega, J. (1993). *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. La Ley.
- Velásquez, F. (2012). *Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991*.  
[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_30.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_30.pdf)
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Grijley.

# EXPEDIENTE

# CIVIL



## INDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
I. MARCO TEÓRICO.....	1
1. DERECHOS REALES.....	1
1.1. Disposiciones Generales.....	1
1.2. La Posesión .....	2
2. PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA.....	24
2.1. Proceso Sumarísimo.....	24
3. PROCESO DE DESALOJO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	29
3.1. Demandante Y Demandado.....	29
3.2. Objeto Del Desalojo .....	29
3.3. Causales De Desalojo.....	30
3.4. Competencia Del Juez.....	30
3.5. Acumulación De Pretensiones.....	31
3.6. Intervención De Terceros .....	32
3.7. Ejecución De La Sentencia.....	33
3.8. Pago De Mejoras .....	35
II. JURISPRUDENCIA .....	37

III. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....	40
1. ETAPA POSTULATORIA.....	40
1.1. Demanda.....	40
1.2. Auto Admisorio de la Demanda.....	45
1.5. Audiencia Única.....	50
2. ETAPA PROBATORIA.....	51
3. ETAPA DECISORIA.....	53
3.1. Sentencia.....	53
4. ETAPA IMPUGNATORIA.....	56
4.1. Recurso de Apelación.....	56
4.2. Sentencia De Segunda Instancia.....	57
IV. CONCLUSIONES.....	63
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

## RESUMEN

El presente informe contiene el estudio detallado del expediente civil número 08828-2012-0-1801-JR-CI-08 seguido por Ormaeche Flores De Rivera Rosa contra Cossio Hernandez Gloria sobre desalojo por ocupación precaria, en donde a través de una crítica rigurosa se trata de establecer aciertos como desatinos de los Magistrados del Distrito Judicial de Lima, esto con la finalidad de brindar un aporte académico de carácter sustantivo y procesal.

Comprende a su vez, el resumen respectivo del expediente aludido, teniendo en consideración las etapas procesales correspondientes, el marco teórico en el que se desarrollará cada una de las instituciones referentes a la materia discutida, el análisis tanto formal como de fondo del proceso, la jurisprudencia sobre el tema, centrada en los Plenos Casatorios Civiles existentes sobre la materia y las conclusiones arribadas.

Asimismo, con la realización del presente trabajo se pretende como principal objetivo optar el Título Profesional de Abogada, anhelo que espero alcanzar, poniendo a disposición del Jurado la calificación pertinente.

**PALABRAS CLAVES:** Posesión, Propiedad, Desalojo, Ocupante precario.

## ABSTRACT

This report contains the detailed study of the file number 08828-2012-0-1801- JR-CI-08 by Ormaeche Flores De Rivera Rosa against Cossio Hernández Gloria on eviction for precarious occupation, where through a rigorous criticism it is about establishing successes as blunders of the Judges of the Judicial District of Lima, this with the purpose of providing a substantive and procedural academic contribution.

It includes, in turn, the respective summary of the aforementioned file, taking into account the corresponding procedural stages, the theoretical framework in which each of the institutions related to the subject matter will be developed, both the formal and background analysis of the process, the jurisprudence on the subject, centered on the existing Civil Casting Plenary sessions on the matter and the conclusions reached.

Likewise, with the completion of this work, the main objective is to opt for the Professional Lawyer's Title, which I hope to achieve, making the relevant qualification available to the Jury.

**KEY WORDS:** Possession, Property, Eviction, Precarious occupant.

## I. MARCO TEÓRICO.

### 1. DERECHOS REALES.

#### 1.1. Disposiciones Generales.

La noción de los derechos reales se encuentra regulada en el artículo 881° del Libro V del Código Civil vigente, en los siguientes términos “Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes”.

Es así que conforme se desprende de la citada norma, ésta mantiene el criterio de *numerus clausus* en cuanto remite la regulación de los derechos reales al mismo Código y a otras leyes.

El criterio de *numerus clausus* de los derechos reales, conforme a lo señalado por Vidal (2009):

Se remonta al Derecho Romano pues en él, además de la propiedad, no se reconocía sino un limitado número de derechos sobre las cosas y siempre que fueran de existencia actual. El sentido patrimonialista del Derecho Romano determinó que los derechos reales fueran conceptuados como los beneficios que podían obtenerse de las cosas, pero en número limitado, ya que, partiendo del derecho real por excelencia como fue conceptuada la propiedad, fueron surgiendo las servidumbres, la superficie, el usufructo, el uso, que mantienen su vigencia, y otros. (p. 11)

La noción del *numerus clausus* se originó, pues, en Roma y de ella se proyectó a los ordenamientos legales que receptaron el Derecho Romano. De este modo, los derechos reales que han llegado a la codificación civil de nuestros días, siempre limitados, son

los que han sobrevivido a la evolución, pero sin desvincularse de su raigambre romanista”. Es así que la recepción del Derecho Romano llevó implícita la noción de *numerus clausus*, más aún si los derechos reales mantuvieron su vinculación con el derecho de propiedad.

Los derechos reales, como bien lo refiere Vidal (2009):

Están, pues, regidos por un principio de legalidad, lo que supone que el sistema cerrado de creación o *numerus clausus* es, en nuestro sistema jurídico, de orden público y, que aun cuando el artículo 881 no reitere de manera explícita la prohibición de darles creación por acto jurídico, es obvio inferir que solo por ley pueden crearse, siendo esta la posición asumida mayoritariamente por la doctrina nacional, señalándose el riesgo que implica la libre creación de derechos reales si se piensa que todos ellos derivan del derecho real por excelencia, como es el derecho de propiedad y al que constitucionalmente se le otorga especial protección. (p. 56)

## **1.2. La Posesión.**

### **1.2.1. Disposiciones Generales.**

El Derecho tiene especial interés en regular las relaciones de la vida que surgen respecto de la distribución de la riqueza en una sociedad, según los valores que inspiran el reparto, tales como el premio por el esfuerzo, trabajo y mérito. En tal sentido, el sistema jurídico escoge un sujeto titular por efecto de ciertos elementos de racionalidad y conveniencia social o económica. A él se le atribuye una prerrogativa especialmente protegida. La situación jurídica, así creada, es objeto de tutela a través de diversos remedios o instrumentos destinados a

reconocer, mantener o remover los obstáculos producidos por terceros respecto del goce y disfrute de la cosa.

Así, conforme lo señala Gonzales (2013):

La individualización puede seguir dos criterios. El primero, toma en cuenta la situación de hecho de la persona, respecto de un bien, en sus relaciones con los terceros, esta es la regla de la posesión. Un segundo criterio es del todo diverso, la individualización del sujeto favorito pasa por una serie de circunstancias que le exigen un título solemne, en este caso el sujeto no está limitado a mantener permanentemente una relación de hecho con el bien, pues solo le basta contar con el título... Esta es la regla de la propiedad. (pp. 387-388)

El reparto de los bienes, por tanto, se basa en dos criterios jurídicos fundamentales, la regla de la propiedad y posesión. Para este efecto, conforme lo señala Gonzales (1979):

El ordenamiento jurídico consagra la asignación de los bienes en dos planos. En un primer nivel, el ordenamiento atribuye los bienes en forma provisional y esta es la misión que cumple la posesión considerada en sí misma, pues ella mantiene el orden de atribución tal como se encuentra en un momento dado. En un segundo nivel, el ordenamiento atribuye los bienes de manera definitiva, mediante la adquisición de la propiedad y demás derechos reales. En este nivel, el solo poseedor siempre será vencido por el titular. (pp. 413-414)

La contraposición entre ambos planos es clara: la posesión es el ejercicio de

hecho sobre un bien, mientras la propiedad o cualquier otro derecho real es una prerrogativa reconocida por la ley.

La posesión es protegida, no por ser un derecho, sino por tratarse de un hecho susceptible de tutela jurídica. Así tal como lo afirma Gonzales (2013):

Constituye, pues, un hecho cierto y visible, comprobable en forma inmediata, de fácil y reducida prueba; razón por la que se otorga una protección interina a través de mecanismos rápidos y simples, en los que el juez decide una controversia sumaria, pues el ámbito del conflicto (cognición) es limitado y las pruebas que abonaría los hechos también se encuentran reducidos al exclusivo fin que pretenden. (p.407)

La defensa del estado posesorio exige que las cuestiones posesorias sean nítidamente separadas de las cuestiones relativas a la titularidad del derecho real, pues de esta forma se impide la mezcla o acumulación de unas y otras. Así, las lesiones a la posesión, sea el despojo o perturbación son objeto de mecanismos de protección que se circunscriben a la comprobación de la posesión, su única finalidad es resguardar el estado posesorio actual. Por el contrario, el derecho subjetivo, en tanto prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico requiere de la existencia de una garantía externa que asegure su reconocimiento y actuación, por lo que el mecanismo de tutela del mismo, tiene como función

eliminar el ejercicio que causa la referida lesión, como es el caso de la llamada acción reivindicatoria regulada en el artículo 927° del Código Civil<sup>1</sup>, cuya función es dotar al propietario de la herramienta que le permita la recuperación del bien que se encuentra en posesión de cualquier tercero<sup>2</sup>.

### 1.2.2. Definición.

La definición de la posesión se encuentra regulada en el artículo 896° del Código Civil en los siguientes términos: “La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”.

Gonzáles (2016), define a la posesión, señalando que la “sola posesión es el control voluntario de un bien, con relativa permanencia o estabilidad, destinado al beneficio propio (autónomo), cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento” (p.33).

Asimismo, al desarrollar la definición que plantea, agrega que en primer lugar, el control implica que el sujeto tiene injerencia efectiva sobre el bien, esto es, la posibilidad de interferirlo físicamente, en cualquier momento, a su sola voluntad. El control que se ejerce sobre la cosa permite deducir que la posesión

---

<sup>1</sup> Artículo 927° CC: “La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción”.

<sup>2</sup> Sin embargo, cuando la transgresión del deber por parte del tercero poseedor lesiona el interés hasta el punto de hacerlo desaparecer, entonces el mecanismo de tutela ya no será la acción reivindicatoria pues el bien no existe más. En tal caso, el ordenamiento prevé un mecanismo distinto de tutela, en cuanto ya no es posible recomponer las cosas al estado anterior mediante la eliminación del hecho obstativo. En este caso, la función de este mecanismo de protección es sustituir el bien por el valor económico que representa. Así ocurre con el resarcimiento por daños. (artículo 1969° CC)

necesita de una situación de relativa permanencia o estabilidad, porque los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión. En segundo lugar, la autonomía del control significa que el poseedor no recibe las instrucciones, las órdenes ni las indicaciones de tercero para el disfrute del bien; por tal razón, la posesión se ejerce en interés o beneficio propio. En tercer lugar, la posesión se constituye mediante un acto voluntario. En cuarto lugar, la posesión no implica uso y disfrute actual e ininterrumpido del bien, sino solo potencial. En quinto lugar, la posesión es una situación de hecho, por lo que la existencia de un título jurídico es irrelevante.

Por su parte, Avendaño (2011) señala que:

La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, dice el Código... para los efectos del concepto o noción de la posesión, debemos considerar que los poderes de la propiedad (o del propietario) son el uso, el disfrute y la disposición. Por consiguiente, todo el que usa es poseedor. También lo es quien disfruta. Estos dos son en realidad los poderes que configuran la posesión. (pp. 62-64)

La posesión tiene una enorme importancia porque es el contenido de muchos derechos reales. Volviendo a la definición contenida en el artículo bajo comentario, la posesión supone un ejercicio de hecho. Lo que deseo destacar de la frase final: el ejercicio de los poderes del propietario ha de ser de hecho, en oposición a lo que sería "de derecho". Para que haya posesión no es necesaria ni es suficiente la posesión de derecho, esto es, la que haya sido atribuida por un

contrato o una resolución judicial. Por consiguiente, posee tanto el propietario (poseedor legítimo) como el usurpador (poseedor ilegítimo).

### 1.2.3. Requisitos De La Posesión.

- a) **Control sobre el bien:** El artículo 896° del Código Civil se refiere al ejercicio del poder de hecho sobre un bien como elemento característico de la posesión.

Así, Gonzáles (2016) comentando dicho artículo señala que el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa:

Constituye el elemento base de la posesión, su constituyente material, exteriorizado, llamado por los romanos *possessio corpore*, o más brevemente *corpus*. En tal sentido, la persona que tiene la decisión sobre un asunto, negocio o cosa es el que ejerce el control (...) Este control no requiere de una relación espacial determinada (...); sin embargo, si se necesita de una vinculación mínima, que denote que el sujeto mantiene el control, o sea, que todavía puede decidir el destino de la cosa. (p. 38)

La posesión se muestra a través de diversos cánones de intensidad. Así, cierto sector de la doctrina nacional, siguiendo a Von Ihering (2004), señala que ésta se identifica con la utilización del bien de acuerdo con su normal destino económico, mientras que otro sector mayoritario considera que el poder de hecho implica un control sobre el bien, pero no requiere que este sea especialmente “cualificado” a través de la explotación del bien.

El control implica que el sujeto pueda realizar actos de injerencia sobre el

bien, esto es, la posibilidad de interferir físicamente en cualquier momento de forma libre y voluntaria. Sin embargo, en ciertos casos, la posesión como tal requiere de algún elemento adicional, como bien puede ser la explotación económica o efectiva de la cosa, y para ciertos fines. En tal caso, se exige una posesión de alta intensidad.

La situación posesoria debe contar con una relativa permanencia o estabilidad, pues los contactos fugaces o esporádicos no tipifican como posesión, tal es el caso del sujeto que pide un lapicero a préstamo, solo para estampar su firma, no es poseedor. Otro caso análogo sucede cuando alguien entra en el jardín del vecino para guarecerse bajo un árbol de los efectos del sol abrasador, pues no cualquier contacto físico sobre el bien puede considerarse como poder de hecho (González, 2016).

Estos contactos físicos, no tipifican como poder de hecho relevante y, por tanto, se encuentran en una escala inferior al del servidor de la posesión<sup>3</sup>. No son poseedores ni servidores; tal vez podríamos calificarlos como simples tenedores esporádicos o tolerados<sup>4</sup>, sin ninguna tutela posesoria.

**b) Autonomía:** El poseedor es el que resuelve por sí el destino de la cosa,

---

<sup>3</sup> Otros autores han destacado también el carácter transitorio de los actos meramente tolerados. En atención a esta nota distingue entre posesión precaria y actos tolerados, pues la concesión precaria, aunque puede ser revocada en razón del contrato en que se base, goza de mayor estabilidad. Por su parte, Wolff señala que los contactos fugaces con las cosas no se valoran socialmente como posesorios: Al hablar del corpus llama la atención sobre la estabilidad de la relación material: un contacto con la cosa que tenga desde el primer momento un carácter fugaz y pasajero no es un señorío sobre la cosa (por ejemplo, el amigo visitante respecto de la silla que ocupa). Y se puede añadir con mayor motivo que un contacto de tal naturaleza no puede ser idóneo para potenciar la usucapión.

<sup>4</sup> Los ejemplos se pueden multiplicar. Es el caso del cliente de un hotel, cuya detención es meramente provisoria, pues además carece del control exclusivo sobre la habitación. Lo mismo ocurre con el abonado a los espectáculos teatrales frente al empresario, o el asistente regular a un estadio de fútbol.

lo que obviamente implica que no se encuentra sujeto a instrucciones de otro.

Así, el artículo 897° del Código Civil establece que “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”.

- c) **Voluntariedad:** El ejercicio de la posesión se constituye en un acto voluntario del poseedor. La voluntad posesoria se manifiesta mediante comportamientos, por lo que se trata de una manifestación tácita, en cuya virtud, los actos externos permiten deducir o inferir la intención del sujeto<sup>5</sup>.

Dicha voluntad, tal como lo señala Gonzáles (2016):

Puede expandirse por medio de la representación. De esta forma se evitan los abusos en perjuicio de las personas jurídicas, que constituye un instituto técnico – jurídico (ficción) para un fin, pero cuya falta de voluntad directa haría que sus bienes queden en situación de vacancia posesoria. (p. 64)

La posesión es un hecho jurídico voluntario, pues requiere que el sujeto tenga la intención de sujetar la cosa para sí, en forma autónoma.

---

<sup>5</sup> La voluntad posesoria puede ser deducida de hechos, de constancias; no es necesario que el poseedor exprese en forma directa la voluntad de adquirir la posesión de cada cosa de las que adquiere, ni menos que en cada momento tenga conciencia plena de todas y cada una de las cosas que se encuentran bajo su control o influencia.

- d) Potencialidad de uso y disfrute:** La posesión no implica uso y disfrute actual e ininterrumpida del bien, sino solo potencial o hipotético. Es por ello que quien se va de viaje por un año y asegura las puertas de su casa, mantiene la posesión debido a que el bien se encuentra bajo su control y retiene la vinculación, pero no lo usa ni disfruta. Por tanto, el poseedor cuenta con la potencialidad de usar y disfrutar el bien en cualquier momento, cuando lo considere conveniente, pero no requiere que el disfrute sea efectivo en todo instante (Planiol & Ripert, 1942).
- e) Irrelevancia del título jurídico:** La posesión implica una situación fáctica de sujeción que se manifiesta sobre un objeto de la realidad externa. No es relevante la existencia de un título jurídico que la sustente. Por tanto, son tan poseedores el propietario, el arrendatario, el usurpador o el ladrón, siempre que compartan una sola característica: mantengan la cosa bajo su alcance y voluntad. Por ello, el Código Civil, en su artículo 896°, habla del ejercicio de un poder de hecho; en consecuencia, debe descartarse la necesidad de contar con un acto originario fundado en derecho (Fuenteseca, 2013).

#### **1.2.4. Sujetos De La Posesión.**

La necesaria existencia de un sujeto como protagonista de todo hecho jurídico voluntario, como es el caso de la posesión, no es una cuestión de índole dogmática. Simplemente es el reconocimiento de que el hombre y su libertad ontológica son el centro del ordenamiento jurídico (Avendaño, 2011). La persona es un concepto meta jurídico, un concepto que el derecho no ha elaborado ni puede elaborar; es anterior al derecho y este simplemente lo recoge y valora

jurídicamente (Chiovenda, 2005).

En nuestro código, la calidad de poseedor no se encuentra ligada a ningún condicionamiento; por tanto, pueden ser poseedores las personas naturales y las jurídicas.

### 1.2.5. Nacimiento, Conservación Y Pérdida De La Posesión.

- a) **Nacimiento de la posesión:** El nacimiento de la posesión requiere de un acto de injerencia o interferencia decisiva, que permite el control o dominio de un sujeto sobre alguna parte concreta del mundo externo. En este acto de injerencia puede ser unilateral o bilateral.

Diez (1995), al comentar dichos tipos de injerencia, refiere que:

La adquisición unilateral se funda en el solo acto de voluntad del adquirente de la posesión, si es que lo hubiese. En cambio, la adquisición será bilateral cuando se produzca una doble actuación: la del presente poseedor, quien voluntariamente traslada el poder de hecho al nuevo poseedor, y la del nuevo poseedor, quien recibe el control sobre el bien. (p. 551)

- **Nacimiento unilateral de la posesión:** El nacimiento unilateral se realiza mediante un acto de aprehensión material del bien, en la que solo interviene la voluntad y acción del nuevo poseedor. Se requiere el acto externo, tangible, observable por los sentidos que denota el ánimo de apropiarse de la cosa y de ingresarla al círculo de influencia del poseedor.

Salvatierra (2003), define la misma en los siguientes términos:

Es aquella que tiene lugar como consecuencia de un hecho propio y exclusivo del sujeto (poseedor), por lo que se le conoce también como posesión unilateral; surge sin la intervención de otro sujeto, y da lugar a una nueva posesión. En el caso de los bienes muebles, se produce con la aprehensión o apropiación del bien; el sujeto aprehende el bien mueble y origina un estado posesorio sobre él. Los bienes muebles para ser factibles de aprehensión o apropiación deben ser bienes abandonados, sustraídos contra la voluntad del anterior poseedor. (p.81)

- **Nacimiento bilateral de la posesión (la tradición):** La tradición, a decir de Gonzales (2013), es el acto bilateral mediante el cual el poseedor precedente (transferente) pone en control del bien al poseedor sucesivo (adquirente).

No existe tradición que no concluya con la puesta en posesión, por lo que el resultado exige que el accipiens cuente con el corpus y animus possidendi. Sin control del bien, ni voluntad destinada a ese efecto, no se produce la tradición. La entrega viene a ser el modo natural para la circulación de la posesión.

Por su parte, Salvatierra (2003) señala que es aquella que se obtiene por la transmisión de la posesión de un sujeto a otro, de allí que se le llame también posesión bilateral; requiere de un intermediario (poseedor), del que deriva la posesión a transmitirse ya la que se une la siguiente posesión, surge por tanto una sucesión o secuencia de

posesiones.

La posesión derivativa puede ser por acto inter vivos o mortis causa. La posesión derivativa mortis causa es la que proviene de la sucesión hereditaria a título universal. La posesión derivativa por acto inter vivos surge como consecuencia de la tradición, pudiendo ser la causa una cesión a título oneroso o gratuito; en ambos casos se requiere la entrega de la cosa (ya sea entrega material o simbólica), dicha entrega se produce en mérito de un título (entendiéndose por tal a la causa de la transferencia), que puede ser compraventa, arrendamiento, usufructo, prenda, etcétera, en cualquiera de los supuestos debe existir en el sujeto transferente el ánimo de transmitir la posesión y en el adquirente el ánimo de recibirla (Pothier, 1880).

- **Nacimiento de la posesión mediata:** La adquisición de la posesión mediata se constituye al crearse una relación jurídica en donde una de las partes recibe en forma temporal un bien, con la respectiva obligación de restitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 905° del Código Civil<sup>6</sup>. Igual sucede cuando, ya constituida la relación jurídica, la parte activa de la relación es objeto de transmisión a un tercero.

**b) Conservación de la posesión:** Luego de la adquisición de la posesión, esta se conserva mediante la sola posibilidad de injerencia sobre el bien. En el derecho romano ya se decía que la posesión se adquiere con el

---

<sup>6</sup> Artículo 905° CC: “Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título”.

corpus et ánimo, pero puede conservarse solo con el ánimo.

El artículo 904° del Código Civil, es la única norma del código prevista para regular la conservación de la posesión. Según este precepto, si el poseedor pierde el contacto físico con el bien por circunstancias pasajeras, igual mantiene la posesión.

Dicho artículo se encuentra referido a todo caso en el cual haya impedimento en el ejercicio de la posesión, lo que supone que el poseedor no pueda controlar físicamente el bien, sea por cuestiones simplemente materiales o por intromisiones ajenas. Por tanto, como bien lo señala Gonzales (2013):

Sirve para excluir del ámbito posesorio las situaciones con impedimento objetivo (ejemplo: no puedo llegar al predio por virtud de una catástrofe) y las de impedimento subjetivo, sea por acto de voluntad del poseedor (ejemplo: salir de viaje) o por acto de voluntad de tercero (ejemplo: detenciones pasajeras o toleradas). (p.583)

- c) **Pérdida de la posesión:** En los casos de pérdida de la posesión, deben distinguirse los supuestos de pérdida voluntaria de los de pérdida involuntaria.

Así, conforme lo manifiesta Gonzáles (2016):

La pérdida voluntaria ocurre por acto bilateral, esto es, a través de la tradición (modo adquisitivo de la posesión para quien recibe, pero, al mismo tiempo, causa de pérdida de la posesión para el que entrega), o mediante acto unilateral, también llamado abandono. (p. 583)

En el abandono faltan los dos elementos de la posesión, esto es, el sujeto

no quiere ser poseedor (falta de voluntariedad) y, además, deja de ejercitar del poder de hecho.

Por su parte, la pérdida involuntaria, como refiere el citado autor se produce cuando el bien queda fuera del ámbito de poder fáctico del poseedor sin voluntad del poseedor. Aquí se incluyen los bienes extraviados, los animales escapados, los bienes robados, etc.

La distinción entre pérdida voluntaria e involuntaria tiene importantes efectos prácticos. En primer lugar, la pérdida involuntaria impide que se verifique la transmisión de propiedad a non domino, prevista en el artículo 948° del Código Civil<sup>7</sup>; y, en segundo lugar, los bienes extraviados obligan al hallador a ponerlos a disposición de la autoridad, conforme lo ha previsto el artículo 932° del Código Civil<sup>8</sup>.

La posesión se pierde, en palabras de Gonzales (2016):

En el mismo momento de ausencia de vinculación del sujeto con el bien (elemento objetivo de la relación posesoria), lo que se produce cuando el contacto físico ya no existe, o cuando la injerencia potencial queda descartada por la injerencia de un tercero. (p. 594)

---

<sup>7</sup> Artículo 948° CC: “Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”.

<sup>8</sup> Artículo 932° CC: “Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos”.

### 1.2.6. Clases De Posesión.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 896° del Código Civil, son poseedores, el propietario, el arrendatario legítimo o ilegítimo, el usurpador, el ladrón, etcétera. Todos ellos se encuentran dentro de la frontera de la posesión; no obstante, es fácil advertir que los casos son diferentes y exigen que el derecho los trate de acuerdo con esa diversidad.

- a) **Posesión mediata e inmediata:** En el derecho alemán se discute si los poseedores mediato e inmediato constituyen dos posesiones distintas, cada una con sus peculiaridades; o si se trata de una sola posesión cuyas funciones se dividen entre varios sujetos (Fuenteseca, 2013).

El camino más simple para explicar este fenómeno, a decir de Gonzales (2013), se halla en el ejemplo del arrendador (poseedor mediato) y el arrendatario (poseedor inmediato). Aquí aparece claramente la división de la posesión en funciones, es decir, el arrendador, pese a no ostentar la tenencia material del bien, sigue desempeñando un papel posesorio en cuanto no se desvincula del bien; por tanto, el poseedor mediato es un auténtico poseedor, pero dentro de un concreto ámbito.

- b) **Posesión legítima e ilegítima:** La posesión legítima es aquella que se funda en un derecho o en un título, el mismo que debe ser válido, eficaz y otorgado por el titular del derecho. Este tipo de posesión constituye el simple ejercicio de un derecho subjetivo, tal es el caso del propietario o el arrendatario (Hinostroza, 2012).

La posesión legítima es sinónimo de posesión conforme a derecho, es decir, una posesión que se sustenta en una causa o razón justificante, que ha sido valorada y es admitida por el sistema jurídico. Esta causa o razón justificante, que le otorga legitimidad a la posesión, se conoce como “título”, el cual puede ser de dos tipos: negocial o legal. En el caso del título negocial existe (en la mayoría de los casos) un acuerdo<sup>34</sup> entre las partes interesadas, en virtud del cual quien tiene el derecho a poseer transfiere o cede este derecho a favor de su contraparte. En el título legal, por el contrario, el derecho que respalda a la posesión deriva directamente de la ley, sin necesidad de un acuerdo (Hernández, 1980).

Por el contrario, la posesión ilegítima es aquella que se tiene sin título, con título nulo o cuando fue otorgado por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien o que no lo tenía para transmitirlo (Mariani, 2004).

A decir de Gonzales (2013), “en el caso de invalidez del título, debe diferenciarse el régimen aplicable a la nulidad con relación a la anulabilidad” (p.485).

En el primer caso, el negocio jurídico no produce efecto alguno, y la nulidad es meramente declarativa, por tanto, si el título es nulo, el poseedor será ilegítimo. En cambio, como la anulabilidad produce efectos provisionales, los cuales pueden consolidarse con el transcurso del tiempo (prescripción extintiva de la pretensión anulatoria) o por confirmación, entonces el poseedor será considerado legítimo, para todo efecto, salvo que se declare judicialmente la nulidad, en cuyo caso si devendrá en ilegítimo.

c) **Posesión de buena fe y mala fe:** El ordenamiento jurídico tiene especialmente en cuenta el estado subjetivo del poseedor, pues al margen de la ilegitimidad se considera que el sujeto que actúa en forma honesta, aunque se haya equivocado sin culpa, debe merecer un tratamiento favorable. Por el contrario, la mala fe desacredita la situación jurídica y le pone a su cargo severas consecuencias.

El distinto estado subjetivo con que actúa cada poseedor ilegítimo ha llevado a la ley a distinguir entre el poseedor (ilegítimo) de buena y mala fe, asignándosele a cada uno diversas consecuencias<sup>9</sup>. El poseedor de buena fe es aquel que cree equivocadamente en su legitimidad. El ilegítimo de mala fe, en cambio, es consciente que no tiene un derecho que respalde su posesión (Álvarez, 1986).

La posesión ilegítima admite la sub clasificación de posesión de buena fe y mala fe. Así, si el poseedor ilegítimo confía de modo honesto en el título que aparentemente le ha permitido adquirir el derecho, entonces su actuación será de buena fe. Por ejemplo, cuando el comprador de un bien que no advierte la falta de titularidad del transmitente.

En cambio, si el poseedor ilegítimo conoce su falta de derecho o debió conocerlo con unadiligencia media, entonces su condición es de mala fe. Por ejemplo, “Si el poseedor ha comprado una vivienda a una persona que todas las circunstancias indican como propietario, aunque luego se prueba que no lo era, entonces se trata de un poseedor de buena fe, pues la

---

<sup>9</sup> Estas consecuencias se ven gratificadas en 4 rubros: i) Apropiación de frutos, ii) -responsabilidad por pérdida del bien, iii) Plazo para adquirir por prescripción adquisitiva y iv) Posibilidad de concretar una adquisición a non domino.

situación se origina en una creencia honesta motivada por un error común o generalizada. Por otro lado, si en el mismo caso, el vendedor no tenía forma alguna de demostrar la propiedad que aduce, pero aun así el comprador insiste negligentemente en la adquisición, entonces se tratara de un poseedor de mala fe, pues la creencia subjetiva se origina en un error no excusable, del cual el poseedor debe responder (González, 2016).

Según nuestro código existe buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.

Es así que el poseedor de buena fe es aquel que cuenta con un título de adquisición socialmente reconocible que, bajo los parámetros normales de diligencia, había permitido que cualquier ciudadano confiase en la legalidad de la adquisición (Hernández, 1980).

La mala fe está definida en contraposición a la buena fe, como la posesión ejercida por quien conoce o pudo conocer con una diligencia media, la ilegitimidad de su título, lo que haría el error inexcusable, o el que simplemente no tenga título.

- d) Servidor de la posesión:** La definición del servidor de la posesión se encuentra regulada en el artículo 897° del Código Civil, en los siguientes términos: “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.

Gonzales (2013a), al comentar dicho artículo, señala:

El servidor de la posesión ejerce el control del bien, pero no es poseedor porque le falta autonomía, en consecuencia, no le corresponde la tutela posesoria. Por tanto, el servidor de la posesión y el poseedor inmediato coinciden en que ambos detentan físicamente el bien, pero se diferencian en las diversas funciones atribuidas a cada uno. (p. 453)

Por su parte, Mejorada (2018) refiere que:

Este artículo recoge la figura del servidor de la posesión. No obstante mantener relación e incluso contacto con el bien, el servidor de la posesión no es poseedor porque sus conductas no satisfacen un interés propio sino el de otra persona...El servidor es un mandatario de la persona interesada en el bien (mandante), quien goza de las consecuencias jurídicas que surgen de la conducta. (pp. 65-70)

- e) **Posección precaria:** El artículo 911° del Código Civil define a la posesión precaria como aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación N° 2195-2011-Ucayali), comentando el primer supuesto que prevé dicho artículo, señala que siendo así, de la lectura del artículo en análisis queda claro que la figura del precario se va a presentar cuando se esté poseyendo sin título alguno, esto es, sin la presencia y acreditación de ningún acto o hecho que justifique el derecho al disfrute del derecho a poseer -dentro de lo cual, desde luego, se engloba al servidor de la posesión, a quien el poseedor real le encarga el cuidado de un bien, esto es por un acto de mera liberalidad

y con carácter gratuito, y que si no atiende el requerimiento del titular para la devolución del bien devendrá en precario-, es decir, en este primer caso, no necesariamente se requiere de la presencia de un acto jurídico que legitime la posesión del demandado, lo que no excluye también el caso aquel en que el uso del bien haya sido cedido a título gratuito, sin existir de por medio el pago de una renta.

Agrega, respecto al segundo supuesto, lo siguiente:

El segundo supuesto que contempla la norma es que el título de posesión que ostentaba el demandado haya fenecido, sin precisar los motivos de tal fenecimiento, por lo que resulta lógico concebir que dicha extinción se puede deber a diversas causas, tanto Intrínsecas o extrínsecas al mismo acto o hecho, ajenas o no a la voluntad de las partes involucradas; entendiéndose que el acto o el hecho existente, en el que el demandado venía sustentado su posesión, al momento de la interposición de la demanda, ha variado, debido a un acto que puede o no depender de la voluntad de las partes, variación que deja de justificar la posesión del demandado y, por ende, corresponde otorgársela al demandante, por haber acreditado su derecho a tal disfrute.

## 2. PROCESO DE DESALOJO POR OCUPACION PRECARIA.

### 2.1. Proceso Sumarísimo.

#### 2.1.1. Disposiciones Generales.

El artículo 546° del Código Procesal civil prescribe lo siguiente: “Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos: 1. Alimentos; 2. separación convencional y divorcio ulterior; 3. interdicción; 4. desalojo; 5. interdictos; 6. los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo; 7. aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de cien Unidades de Referencia Procesal; y, 8. los demás que la ley señale”. Dicho artículo fija las pautas para recurrir a esta vía procedimental, tomando como referentes a la cuantía y materia de la pretensión (Gozaini, 2001).

Mediante este procedimiento sumarísimo, conforme a lo señalado por Ledesma (2008):

Se responde a un diseño lato, de reducidos plazos y limitado debate probatorio, a fin de lograr respuestas rápidas, todo ello justificado por la urgencia de obtener tutela jurisdiccional, pero, en este caso, será el juez quien califique las circunstancias que hagan atendible dirigir el debate de la pretensión por un modelo sumarísimo. (pp. 692-693)

La competencia en el proceso sumarísimo se va a encontrar regulada en el artículo 547° del Código Procesal Civil, en los siguientes términos: “Son

competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2) y 3), del artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 5) y 6), son competentes los Jueces Civiles. Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del artículo 546. En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados”.

Dicho artículo, a decir de Marianella Ledesma (2008):

Acoge la competencia especializada, se dice que las complejidades del conocimiento jurídico ponen de relieve la necesidad de especializar a los órganos jurisdiccionales. Esta especialización consiste en la atribución de competencia atendiendo a ramas o sectores del ordenamiento jurídico, y en ese orden de ideas encontramos a los juzgados contenciosos administrativos, civiles, penales, familia y laborales.

En este tipo de proceso, al tener plazos más reducidos en comparación con el de conocimiento y abreviado, tanto las excepciones como defensas previas se interponen al contestar la demanda conforme a lo dispuesto por el artículo 552° del Código Procesal Civil<sup>10</sup>. Ledesma comenta dicho artículo señalando que “tratándose del procedimiento sumarísimo, las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda, esto significa que hay un plazo común

---

<sup>10</sup> Artículo 552° CPC: “Las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda. Solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata”.

(cinco días) para interponer, tanto las excepciones y defensas previas, como para contestarla demanda, tal como lo refiere el artículo 554 del CPC. La actividad probatoria, en las excepciones y defensas previas, es reducida, puesto que solo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata, como sería la prueba documental ordinaria. Esto se justifica porque la actividad probatoria se agota en una sola etapa, a través de una audiencia única, tal como lo describe el artículo 555 del CPC, a diferencia de los procedimientos de conocimiento y abreviado”. Lo mismo ocurre con las cuestiones probatorias, esto es, las tachas u oposiciones, pues éstas, conforme a lo prescrito por el artículo 553° del Código Procesal Civil, se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata.

Debido al carácter sumario de este proceso, el saneamiento, pruebas y sentencia se van a ver concentradas en una sola audiencia, la cual se va a encontrar regulada por las mismas reglas que la audiencia de pruebas tanto en un proceso de conocimiento como abreviado, por lo que, a la inasistencia de ambas partes a la misma, deberá procederse conforme al artículo 203° del Código Procesal Civil<sup>11</sup> y, en consecuencia, declararse concluido el proceso.

Asimismo, la forma en cómo el Juez debe desarrollar dicha audiencia se encuentra regulada en el artículo 555° del Código Procesal Civil, que al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez

---

<sup>11</sup> Artículo 203° CPC: “La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales. Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados. Salvo disposición distinta de este Código, sólo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el Juez autorizará a una parte a actuar mediante representante. Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará sólo con ella. Si no concurren ambas partes, el Juez dará por concluido el proceso”.

ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso. El Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba. A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

Finalmente, debe resaltarse que, en este tipo de proceso, el cual conforme lo refiere Marianella Ledesma (2008):

Responde a un criterio de economía procesal procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, de conformidad a lo establecido por el artículo 559° del Código Procesal Civil<sup>12</sup>, no son procedentes la reconvencción y los informes sobre los hechos. (p. 81)

### **2.1.2. Desalojo.**

Los sistemas jurídicos han diseñado procesos judiciales rápidos y simples, con el fin de solucionar los conflictos, estos procesos rápidos son nuestros antiguos “desahucio” y “aviso de despedida”, según el Código de

---

Artículo 559° CPC: “En este proceso no son procedentes: 1. La reconvencción. 2. Los informes sobre los hechos”.

Procedimientos Civiles de 1911, luego actualizados unitariamente con el nombre de “desalojo”.

En cualquier caso, el origen del proceso de desalojo es el mismo: resolver las sencillas controversias que surgen entorno a la relación jurídica del arrendamiento. Muchos ordenamientos, que obviamente sufren los mismos conflictos prácticos, comparten un tipo de proceso idéntico, incluso en cuanto al nombre.

### **3. PROCESO DE DESALOJO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

#### **3.1. Demandante Y Demandado:**

El artículo 586° del Código Procesal Civil, establece claramente tanto al sujeto activo como pasivo en el desalojo, en los siguientes términos: “Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio. Pueden ser demandados: el arrendatario, el subarrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución”.

#### **3.2. Objeto Del Desalojo:**

El objeto de la demanda de desalojo se encuentra regulado en el artículo 585° del Código Procesal Civil, en los siguientes términos “La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo. procede a decisión del demandante, el acumular la

pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza. Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código”.

Marianella Ledesma Narváez (2008) señala que:

El desalojo es una pretensión de orden personal, tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de un simple precario. (p. 41)

### **3.3. Causales De Desalojo:**

El desalojo es el proceso judicial destinado a la restitución de un predio, lo que a decir de Gonzáles (2016) , obedece a las siguientes causas:

- a) Resolución del contrato por falta de pago o por incumplimiento de alguna obligación,
- b) Conclusión del contrato por vencimiento del plazo o por venta del bien a tercero.
- c) Precario, que comprende todas las distintas hipótesis previstas en el iv Pleno de la Corte Suprema.

### **3.4. Competencia Del Juez:**

El juez de paz letrado es competente en los casos en que la renta mensual del contrato de arrendamiento no supere las cincuenta unidades de referencia procesal. La

utilización de la renta implica que la pretensión procesal se sustenta en el contrato de arrendamiento, por tanto, el desalojo se funda en las causales de falta de pago, conclusión de contrato o vencimiento de plazo. Por el contrario, el juez especializado civil es competente cuando la renta supera las cincuenta unidades de referencia procesal o se trata de precario<sup>13</sup>.

### 3.5. Acumulación De Pretensiones:

Puede acumularse el desalojo por falta de pago con la pretensión de pago de arriendos o renta<sup>14</sup>, con el fin que en un solo proceso se resuelven todas las controversias que rigen en torno al contrato de arrendamiento. En caso de optarse por la acumulación, el desalojo queda exceptuado del requisito de exigir la misma vía procedimental para ambas pretensiones, aunque esta cuestión ha quedado relativizada con una reforma procesal aprobada recientemente.

En caso de no optarse por la acumulación, entonces el demandante podrá hacer efectivo el cobro de arriendos en el proceso ejecutivo.

---

<sup>13</sup> Artículo 547° CPC: “Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2) y 3), del artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 5) y 6), son competentes los Jueces Civiles. Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1) del artículo 546. En el caso del inciso 4) del artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados. En el caso del inciso 7) del artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez Unidades de Referencia Procesal, es competente para sentenciar el Juez de Paz y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal para resolver mediante conciliación; cuando supere esos montos, es competente el Juez de Paz Letrado”.

<sup>14</sup> La restitución de un predio se tramita con arreglo a lo dispuesto para el proceso sumarísimo y las precisiones indicadas en este Subcapítulo. Procede a decisión del demandante, el acumular la pretensión de pago de arriendo cuando el desalojo se fundamenta en dicha causal. Si no opta por la acumulación, el demandante podrá hacer efectivo el cobro de los arriendos en el proceso ejecutivo de acuerdo a su naturaleza. Cuando el demandante opte por la acumulación del pago de arriendos al desalojo, queda exceptuado el requisito previsto en el inciso 3) del artículo 85 de este Código.

### 3.6. Intervención De Terceros:

Para evitar el fraude procesal, tal como lo señala Gunther Gonzales (2013), la ley ha establecido varias medidas concretas:

- La demanda debe notificarse, no solo en el domicilio que le corresponda al demandado, sino también en el lugar del predio materia de la pretensión, si esta fuera distinta de aquella.

La justificación de esta norma consiste en que, solo de esta forma, se asegura que el poseedor del bien podrá realmente tomar conocimiento efectivo del inicio del proceso, y, de esa forma, solicitar su intervención litisconsorcial (art. 98 CPC<sup>15</sup>), en tanto la sentencia de desalojo expandirá sus efectos contra todos los ocupantes, incluyéndolo a él mismo.

- La notificación de la demanda tendrá que realizarse en el predio materia de la pretensión, lo que constituye una medida que permite conocer la presencia de terceros, por lo que el notificador deberá instruirlos del proceso iniciado, así como de su derecho a participar en él y el efecto que la sentencia le producirá.
- El demandante tiene que denunciar al tercero ocupante del predio, que sea ajeno a la relación que vincula al actor con el demandado, obviamente, siempre que conozca de su existencia. En tal caso, el denunciado será notificado con la demanda y podrá participar en el proceso. En caso que el tercero no sea poseedor, el juez podrá separarlo del proceso por medio de la extromisión.

---

<sup>15</sup> Artículo 589° CPC: “Además de la dirección domiciliaria indicada en la demanda, ésta debe ser notificada en el predio materia de la pretensión, si fuera distinta. Si el predio no tiene a la vista numeración que lo identifique, el notificador cumplirá su cometido inquiriendo a los vecinos y redactando un acta sobre lo ocurrido”.

- El demandado que no sea poseedor, sino detentador o servidor, puede denunciar al poseedor en la contestación de la demanda. Si este lo acepta, entonces reemplaza al demandado, por lo que deberá emplazarse a aquel; mientras que, si el llamado no comparece o niega ser poseedor, entonces el proceso seguirá contra el demandado, pero la sentencia surtirá efecto contra este y el llamado.
- El código procesal omite regular el caso del demandado que alega simplemente no ser poseedor, pero, en tal caso, por máxima de experiencia, si no procede a denunciar a un tercero, ni consta la intervención de persona alguna en el proceso, entonces debe suponerse que el demandado es realmente el poseedor, lo que se demuestra con su interés de apersonarse al proceso, y cuya negativa tendría normalmente como objetivo la frustración del proceso.

### **3.7. Ejecución De La Sentencia:**

Luego de que se dicte la sentencia, el juez de ejecución dictará el decreto que declara consentida la misma o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado y luego de seis días a pedido de parte, se ordenará el lanzamiento.

El lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación<sup>63</sup>, lo que se justifica en tanto los hipotéticos terceros han tenido diversos momentos para apersonarse al proceso, sea porque se notificó en el predio materia de la pretensión, porque el notificador debe instruir a los ocupantes, porque el demandante debe denunciar a los terceros, porque el demandado debe llamar a los poseedores.

El lanzamiento se entiende efectuado solo cuando se hace entrega del bien en su

integridad al demandante y totalmente desocupado. Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el demandado ha vuelto a ingresar al predio, el actor podrá solicitar un nuevo lanzamiento.

Marianella Ledesma (2008), señala:

La sentencia se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual, con intervención del personal auxiliar del juzgado y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por parte del demandado y demás ocupantes. La prestación condenada se satisface con la entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Esta ejecución puede ser gradual hasta concluir con la entrega total del bien. La norma regula un plazo de garantía computado luego de la ejecución íntegra de la prestación. Esta garantía tiene como finalidad asegurar en el tiempo la entrega del bien totalmente desocupado, pues en caso se vea está alterada por obra del propio vencido, el vencedor podrá solicitar un nuevo lanzamiento. (p. 44)

### **3.8. Pago De Mejoras:**

El régimen de reembolsos de mejoras, según señala Gonzales (2013) ,se reduce a las siguientes reglas:

- Antes de la citación judicial para devolver el bien: Todo poseedor (sea de buena o mala fe) tiene derecho al reembolso del valor actual de las mejoras necesarias y útiles<sup>66</sup> que existan al tiempo de la restitución y a retirar las mejoras de recreo<sup>67</sup> que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.
- Después de la citación judicial para devolver el bien: Todo poseedor tiene el

derecho a ser reembolsado solo de las mejoras necesarias o imprescindibles. Aquí la idea de sanción a la mala fe prima sobre la idea de evitar el enriquecimiento. La mala fe supone que la inversión en mejoras útiles o de recreo ha sido un riesgo asumido y calculado voluntariamente por el poseedor.

Marianella Ledesma Narváez (2008), señala:

La redacción del artículo 595 del C.P.C. condiciona a que el demandado por desalojo interponga en otro proceso, demanda de pago de mejoras en un plazo que vencerá el día de la contestación. Dice, además, el citado artículo 595 del C.P.C. que el proceso por mejoras no es acumulable al de desalojo. Esto implica que el proceso de desalojo y el proceso de mejoras nunca podrán reunirse para que las dos demandas se resuelvan en una única sentencia, esto es, que nunca operará la acumulación de procesos por disposición expresa de la ley. (p. 47)

Agrega que:

La redacción del artículo 595 del CPC lleva a interpretar que existiendo momentos que tiene el poseedor para demandar el pago de mejoras: antes y después de la demanda de desalojo; sin embargo, ello resulta contraproducente con el poseedor del artículo 917 del CC, pues este jamás demandaría su pago antes de ser demandado, por el simple motivo que ese "poseedor" mejora un bien que posee como propio y no como bien ajeno. (p. 48)

## II. JURISPRUDENCIA.

### 1. CASACIÓN N° 2195-2011. UCAYALI [CUARTO PLENO CASATORIO, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL]

“Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer”.

### 2. CASACIÓN N° 4538-2015 LIMA (19 DE MAYO DE 2016). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

“El concepto de ocupante precario en sede nacional debe partir del texto normativo contenido en el artículo 911 del Código Civil, el cual señala que: "La posesión precaria es que la se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido". En cuanto a la definición de precario, dispuso que una persona tendrá dicha condición cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo”.

### 3. CASACIÓN 2156-2014, AREQUIPA. LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

“Mediante la pretensión de Desalojo por Ocupación Precaria se deberá establecer si la parte demandante ha acreditado su derecho a la restitución del bien inmueble, y respecto al demandado, si tiene un título que justifica su posesión. En consecuencia, para que prospere la acción de desalojo por esta causal se requiere la concurrencia inexorable de los siguientes presupuestos:

- a) Que, el actor acredite su derecho a la restitución del bien al tener la condición de propietario de éste o encontrarse dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 586 del Código Procesal Civil que legitima a interponer la presente demanda al arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el artículo 598 del mismo código, considere tener derecho a la restitución de un predio;
- b) Que, no exista vínculo contractual alguno entre demandante y demandado;
- c) Que, haya ausencia absoluta de cualquier circunstancia que justifique el uso y disfrute del bien inmueble por la parte demandada; y,
- d) Que, ante la existencia de título que justifique la posesión del emplazado ésta resulte ineficaz, es decir, que la posesión sea ilegítima, que no se ajuste a derecho y, concretamente, que se ejerza bajo alguno de los siguientes supuestos: a) Que el título con el que se cuenta sea nulo, haya quedado resuelto o hubiese fenecido; b) Que se adquiere de aquel que no tenía derecho a poseer el bien; y, c) Que se adquiriera de aquél que teniendo derecho a la posesión, se encontraba impedido de transmitirlo”.

**4. EXPEDIENTE N° 1199-2008-LIMA, CUARTA SALA CIVIL - CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

La posesión precaria es figura jurídica prevista y definida en el artículo 911 del Código Civil, como aquella que se ejerce sin título alguno que la justifique, sea porque nunca lo tuvo o porque habiéndolo tenido este ha fenecido; por lo tanto, corresponde al demandante acreditar su derecho a la restitución del bien, en tanto que el demandado debe probar que la posesión que ejerce emana de un título justificativo.

**5. CASACIÓN N° 3417-2015, DEL SANTA. LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

“...El derecho del demandado sobre el inmueble (...) no solo se puede justificar con la exhibición de documentos que tengan la calidad de fecha cierta, sino con cualquier acto jurídico que lo autorice a ejercer la posesión del bien, lo cual constituye doctrina jurisprudencial establecida como vinculante para los Jueces de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400 del Código Procesal Civil”.

### III. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.

#### 1. ETAPA POSTULATORIA:

##### 1.1. Demanda:

a) **Petitorio:** Mediante escrito de fecha de 22 de mayo del 2012, Ormaeche Flores De Rivera Rosa interpuso demanda de desalojo por ocupación precaria contra Cossio Hernández Gloria, a fin que desocupe y restituya el bien inmueble ubicado en el Salaverry N° 1522 – interior 4, Distrito de Surquillo, Provincia y departamento de Lima, con un área de 31 mt<sup>2</sup> y que forma parte de la propiedad inscrita en la partida electrónica registral N° 12735407 de los Registros Públicos de Lima.

##### b) **Fundamentos De Hecho:**

###### **Condición de la propietaria:**

- La recurrente ha sido posecionaria desde 1957 hasta el 07 de octubre de 2011, asimismo es propietaria del bien inmueble sub litis, en atención al título de propiedad, inscrito en la Partida Registral N° 12735407, expedida por Registros Públicos de Lima.

###### **De la ocupación precaria:**

- La demandante viene ocupando en forma precaria, sin título alguno, la habitación N° 4 (31m<sup>2</sup> aprox.), que se encuentra dentro de los linderos de mi propiedad.

### **Conciliación frustrada por falta de acuerdos:**

- c) La recurrente envió una carta notarial a la demandada, con la finalidad de hacer de su conocimiento que la habitación que habita pertenece a su propiedad y que debía firmar un contrato de alquiler a fin de que pertenezca en el, propuesta que nunca respondió, cabe mencionar que el plazo para firmar y remisión del contrato fue de 15 días de notificado y en caso de continuar con su negativa y/o rebeldía, tenía el mismo plazo para desocupar la habitación, pero como ya se mencionó no se obtuvo respuesta alguna.

De igual manera se le invito a conciliar, pero no se llegó a ningún acuerdo, pues la demandada solicito que se le reconozca el monto de S/. 20,000.00 soles (veinte mil con 00/100 soles) aduciendo que había realizado mejoras dentro de la habitación, hecho que resulta ilógico considerando que dicha habitación es de material de adobe, con techo de calamina y no se visualiza ninguna mejora.

### **d) Monto del petitorio:**

Por su naturaleza no resulta establecer un monto del petitorio.

### **e) Fundamentos De Derecho:**

- Artículos 911° (posesión precaria), 923° (propiedad) del Código Civil.
- Artículos 424°, 425°, 546°, 547° (cuarto párrafo) y 586° del Código Procesal Civil.

### **f) Medios Probatorios:**

- Copia certificada de la partida electrónica N° 12735407, emitida por los Registros Públicos, el cual acredita la propiedad del bien materia de litis.

- Copias de las declaraciones juradas de autovaluo del año 2012 de la Municipalidad de Surquillo, con lo que demuestro que desde 1957 he tenido la posesión del bien inmueble, y que en la actualidad soy propietaria.
- Carta notarial cursada a la demandada.
- Original del acta de conciliación N° 06-2012 (expediente 670-2011), frustrada por falta de acuerdo.
- Copia del plano de distribución firmada por un arquitecto donde se puede apreciar que la habitación N° 04 sito en el Jr. Salaverry N° 1522, distrito de Surquillo, se encuentra dentro de los límites de mi propiedad.
- Las vistas fotográficas del bien inmueble sito en el Jr. Salaverry N° 1522, distrito de Surquillo, donde se puede apreciar el frente de mi propiedad, así como las habitaciones que se encuentran dentro de los límites de mi propiedad.

Asimismo, la demandante solicito se realice la inspección judicial del bien inmueble sub litis con la finalidad que se pueda verificar las supuestas mejoras que la demandada aduce haber realizado.

- Mediante la Resolución N° 01, se declara inadmisibile la demanda debido a que no se precisa con claridad la identificación de la demandada, siendo este defecto susceptible de subsanación, dicha subsanación se realizo mediante el escrito de fecha 11 de junio de 2012, por lo cual mediante la Resolución N° 03, de fecha veinticinco de julio de 2012, se admite a trámite la demanda de desalojo por ocupante precario.

### **Análisis:**

La demanda de autos cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 130° del Código Procesal Civil, según el cual: “El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:

- a. Es escrito en máquina de escribir u otro medio técnico;
- b. Se mantiene en blanco un espacio de no menos de tres centímetros en el margen izquierdo y dos en el derecho;
- c. Es redactado por un solo lado y a doble espacio;
- d. Cada interesado numerará correlativamente sus escritos;
- e. Se sumillará el pedido en la parte superior derecha;
- f. Si el escrito tiene anexos, éstos serán identificados con el número del escrito seguido de una letra;
- g. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el Juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara;
- h. La redacción será clara, breve, precisa y dirigida al Juez del proceso y, de ser el caso, se hará referencia al número de la resolución, escrito o anexo que se cite;  
y,
- i. Si el escrito contiene otros íes o fórmulas similares, éstos deben contener pedidos independientes del principal”, así como con la firma de la parte demandante y su abogado defensor, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 131° del mismo cuerpo normativo.

Respecto a los requisitos establecidos en el artículo 424° del Código Procesal Civil, debe señalarse que la demanda ha cumplido con señalar el Juez ante quien se

interpone la misma, esto es, el Juez del Juzgado Mixto de la provincia de Recuay; el nombre y dirección domiciliaria de la demandante; el nombre y dirección domiciliaria del demandado; los hechos en los que se funda el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad; la fundamentación jurídica del petitorio; y, el ofrecimiento de todos los medios probatorios.

No obstante, se advierte la omisión de un requisito, siendo “el nombre de la demandada, que no comprende la determinación clara y concreta para su correcta identificación”, pues en la demanda indica el nombre como “Cossio HernándezGloria”, mientras en la carta notarial y el proyecto de contrato adjudicado en calidad de anexo señala “Gloria Cossio De Valencia” y por ultimo en el acta de conciliación extrajudicial como Gloria Osvaldina Cossio Hernández, conforme se ha señalado en la resolución N° 01, que resolvió declarar inadmisibile la demanda; omisión que ha sido subsanada dentro del plazo concedido y se determinó que la identificación correcta de la demandada es de Gloria Osvaldina Cossio Hernández, mediante escrito de fecha doce de junio del año dos mil doce.

Debemos agregar que la identificación de las partes es primordial dentro de un proceso civil y de cualquier otra materia, por lo que se debía subsanar dicha observación bajo apercibimiento de ser declarada la demanda improcedente.

La demanda también ha cumplido con los requisitos previstos en el artículo 425° del Código Procesal Civil, según el cual “A la demanda debe acompañarse.

En conclusión, la demanda ha cumplido con los requisitos previstos en los artículos 130°, 424°y 425°del Código Procesal Civil.

## **1.2. Auto Admisorio de la Demanda:**

El auto admisorio contenido en la resolución N° 02, ha sido emitido correctamente por el Juzgado, ya que tal como se ha señalado precedentemente, la demanda cumple con los requisitos establecidos por los artículos 130°, 424° y 425° del Código Procesal Civil. Ésta ha sido admitida en la vía del proceso sumarísimo, conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 546° del Código Procesal Civil.

Asimismo, el Octavo Juzgado Civil de Lima resulta competente para conocer la demanda, ya que el artículo 547° del Código Procesal Civil dispone que en el caso del inciso 4 del artículo 546°, cuando no exista cuantía, como en el presente caso, al ser una demanda de desalojo por ocupación precaria, son competentes los Jueces Civiles, así también de conformidad a lo estipulado por el inciso 1 del artículo 24° del mismo cuerpo normativo, “Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante: 1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos”.

## **1.3. Escrito N° 01 por parte de la demandada:**

Mediante escrito de fecha 24 de agosto de 2012, la demandada devuelve cedula de notificación y solicita se cumpla con notificar conforme a ley a fin de ejercer el

derecho de defensa que le asiste, debido a que no se ha cumplido con adjuntar todos los medios probatorios (anexos) conforme a lo detallado en la referida demanda, amparando su fundamento con la base legal establecida en los artículos 133° y 134° del Código Procesal Civil.

Escrito resuelto mediante la Resolución N° 05, de fecha 11 de setiembre de 2012, en el cual SE DECLARA: INOFICIOSA la devolución de la notificación, debido a que se le notificó 18 folios donde se encontraba el anexo 1-f, toda vez que con dicho anexo hace el total de los 18 folios notificados, resultando no cierto lo señalado por la demandada, además en cuanto a la inadmisibilidad al que la demandada hace referencia, debe señalarse que solo estuvo referida a una precisión que no requería se adjunte folio alguno, por lo que al encontrarse fuera del plazo legal para ejercer su derecho a defensa se hace efectivo lo decretado en la Resolución N° 03, y de conformidad al artículo 458° del Código Procesal Civil SE DECLARA: REBELDE a la demandada. Asimismo, se DISPONE: FIJAR fecha para la realización de la Audiencia Única.

#### **1.4. Recurso de apelación contra la Resolución N° 05:**

Mediante escrito N° 01, de fecha 10 de mayo de 2013, Gloria Osvaldina Cossio Hernández interpuso el recurso de apelación contra la resolución N° 05, de fecha 11 de setiembre del presente año, la misma que ordena se me cumpla con notificar mediante Resolución N° 07 de fecha 22 de abril del mismo año, en el extremo que resuelve declarar INOFICIOSA la devolución de la notificación, a fin de que el superior jerárquico REVOQUE la recurrida por contener una deficiente e indebida motivación,

asimismo ordene se me notifique la demanda, todos los anexos y las resoluciones 1 y 2, conforme a ley. Bajo los siguientes fundamentos:

- Que, ante de que venciera el plazo para contestar la demanda la recurrente cumplió con devolver la cedula de notificación N° 432176-2012-JR-CI, por los fundamentos que ya se señalaron en su momento.
- Que, la recurrente devolvió la cédula y en el cargo en la parte final se indica que se devolvió los 18 folios y dentro de ellos no obraba el medio probatorio 5 y el escrito de subsanación de la demanda, resoluciones 1 y 2 previas a la resolución N° 03, sin embargo, el A quo no emite pronunciamiento alguno respecto a lo referido por la recurrente en ese extremo.
- Asimismo, el A quo contraviene los artículos 133° y 134°, y al expedirse la Resolución materia de apelación se me transgrede mi derecho a defensa por una indebida y arbitraria actuación del A quo.

➤ Mediante la Resolución N° 09 de fecha 17 de mayo de 2013, SE RESUELVE:  
CONDECER LA APELACION SIN EFECTO SUSPENSIVO Y COPN LA CALIDAD DE DIFERIDA.

### **Análisis:**

Se tiene en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la demanda cumple con los requisitos previstos en el artículo 366° y 367° del Código Procesal Civil.

“Artículo 366.- Fundamentación del agravio. - *El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de*

*derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria.”*

*“Artículo 367.- Admisibilidad e improcedencia. - La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el Juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa judicial respectiva cuando ésta fuera exigible. La apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, que no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso.*

*Para los fines a que se refiere el Artículo 357, se ordenará que el recurrente subsane en un plazo no mayor de cinco días, la omisión o defecto que se pudiera advertir en el recibo de pago de la tasa respectiva, en las cédulas de notificación, en la autorización del recurso por el Letrado Colegiado o en la firma del recurrente, si tiene domicilio en la ciudad sede del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación. De no subsanarse la omisión o defecto, se rechazará el recurso y será declarado inadmisibile.*

*Si el recurrente no tuviera domicilio procesal en la ciudad sede del órgano jurisdiccional que conoce de la apelación, tramitará la causa de manera regular y será el Juez quien ordene la correspondiente subsanación del error.*

*El superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión. En este caso, además, declarará nulo el concesorio.”*

La referida apelación se encuentra en el supuesto del artículo 365° inciso 2 del Código Procesal Civil, el cual señala literalmente lo siguiente:

Artículo 365.- Procedencia. - *Procede apelación: 1. Contra las sentencias, excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes; **2. Contra los autos, excepto los que se expidan en la tramitación de una articulación y los que este Código excluya;** y 3. En los casos expresamente establecidos en este Código.*

Respecto a la apelación diferida, se sustenta en el artículo 369° del mismo cuerpo legal:

Artículo 369.- Apelación diferida. - *Además de los casos en que este Código lo disponga, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede ordenar que se reserve el trámite de una apelación sin efecto suspensivo, a fin de que sea resuelta por el superior conjuntamente con la sentencia u otra resolución que el Juez señale. La decisión motivada del Juez es inimpugnable. La falta de apelación de la sentencia o de la resolución señalada por el Juez determina la ineficacia de la apelación diferida.*

## 1.5. Audiencia Única:

A los 21 días del mes de mayo del 2013, se realizó la Audiencia Única ante el Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Esta diligencia se realizó con la presencia de la parte demandante y se dejó constancia de la incomparecencia de la parte demandada, habiendo sido esta debidamente notificada, la presente audiencia se llevó de la siguiente manera:

a) **Saneamiento Procesal:** El juez declaró saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, tras verificar que no se dedujo excepciones ni defensas previas, asimismo, el cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

### b) Fijación De Puntos Controvertidos:

1. Determinar si la demandante es propietaria del bien materia de litis.
2. Determinar si la demandada tiene la condición de ocupante precario del bien materia de litis.
3. Determinar de ser el caso, si la demandada debe desalojar el bien materia de litis.

c) **Admisión de los medios probatorios:** Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos en el escrito de la demanda y subsanación de demanda. Pero NO SE ADMITIO la inspección judicial ofrecida.

Por parte de la demandada se dejó transcrito que su condición dentro del proceso es de REBELDE.

### **Análisis:**

En la audiencia única correspondía se declare la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes; en consecuencia, saneado el proceso, pues se verificó el cumplimiento de los presupuestos procesales como son: competencia del juzgado, capacidad procesal de las partes y requisitos de la demanda, así como las condiciones de la acción: voluntad de la ley e interés y legitimidad para obrar, no se llegó a una conciliación entre las partes debido a que la parte demandada estaba considerada como Rebelde y no asistió a la audiencia única, consecuentemente se fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante, los que fueron ofrecido dentro de la demanda como corresponde a ley.

## **2. ETAPA PROBATORIA:**

Dentro de esta etapa dentro de la audiencia única se llevo a cabo la fase de actuación de medios probatorios, pero por su propia naturaleza siendo todos los medios probatorios presentados documentales, se resuelve tenerlos presente al momento de emitir la sentencia. Esto en base a lo señalado en el artículo 188° del Código Procesal Civil:

*Artículo 188.- Finalidad. - Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.*

El A quo decidió reservar su decisión amparado en el artículo 555° del Código Procesal Civil:

*Artículo 555.- Actuación. - Al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso y propiciará la conciliación proponiendo su fórmula. De producirse ésta, será de aplicación lo dispuesto por el Artículo 470.*

*A falta de conciliación, el Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba.*

*A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.*

*Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia.*

**Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.**

### 3. ETAPA DECISORIA:

#### 3.1. Sentencia.

Mediante resolución N° 10 de fecha 05 de setiembre de 2013, el Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima expidió sentencia DECLARANDO FUNDADA la demanda; en consecuencia, dispuso que la demandada cumpla con desocupar el inmueble materia del proceso, con costas y costos del proceso. Bajo los siguientes considerandos:

- Que, la demandante ha demostrado la titularidad de su propiedad mediante la Copia Literal de la partida N° 12735407.
- Que, respecto a la demandada al ser declarada rebelde, esto mediante la Resolución N° 05, y de conformidad al artículo 461° del código Procesal Civil, hay presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda.
- Entonces, conforme a lo antes considerado se debe ordenar que la demandada desaloje el bien materia de litis.

#### **Análisis:**

La sentencia de primera instancia fue emitida dentro del plazo establecido por el artículo 555° del Código Procesal Civil (10 días), contabilizando el mismo desde la notificación de la última resolución expedida a las partes.

Dicha resolución ha sido emitida cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 121° del mismo cuerpo normativo, según el cual "... Mediante la sentencia el Juez

pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal”, pues se ha expresado de manera clara y precisa sobre cada uno de los puntos controvertidos establecidos en autos.

Asimismo, se advierte que la misma contiene los requisitos de toda resolución previstos en el artículo 122° del Código adjetivo, esto es: “Las resoluciones contienen:

- a. La indicación del lugar y fecha en que se expiden;
- b. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;
- c. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;
- d. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente;
- e. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;
- f. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y,

- g. La suscripción del Juez y del Auxiliar jurisdiccional respectivo. La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive...”.

Asimismo, sabemos que el proceso de Desalojo por ocupación precaria, es un proceso sumarísimo, porque solo se necesita que el demandante acredite su título de propiedad y se acredite que el demandado no tiene ningún título de su posesión; en este caso al demandado se le declara rebelde, es decir no acredito que no era precario, por eso la sentencia es bastante corta, sin mucho fundamento, sin embargo, considero que, si era necesario una mayor sustentación de la sentencia.

Y es que, si bien el demandado acredito que tiene título de propiedad con la copia literal de la partida, sin embargo, no se encuentra acreditado que el demandado sea precario, y aun cuando se le declaró rebelde, como el juez mismo lo señala, ello causa presunción relativa y no absoluta, por lo que no bastaba la declaración de rebelde para que dé, por cierto, el hecho que sea precario.

Es por ello que de oficio el Juez debió de haber ordenado la inspección judicial, a efectos no solo determinar el área y colindancias, sino, si es que era solo el demandado quien estaba en posesión del predio o conjuntamente con otros y si estos tenían algún título, ello para salvaguardar también derechos de terceros.

Porque cuando se produce el lanzamiento se arrasa con todo y todos, ya que la sentencia que tiene calidad de cosa juzgada no se puede ya revisar.

#### 4. ETAPA IMPUGNATORIA:

##### 4.1. Recurso de Apelación.

Con escrito de fecha 20 de setiembre de 2013, la demandada Gloria Osvaldina Cossio Hernández interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando los siguientes agravios:

- La recurrente manifiesta que el proceso se ha tramitado con irregularidades y en contravención a las reglas que sustentan el debido proceso legal, pues como ya se ha señalado la recurrente cumplió con la devolución de las cédulas de notificación debido a que no se me notificó todos los anexos que correspondían a la demanda, así como no se me notificó la inadmisibilidad de esta, por lo que actúe de acuerdo a ley y solicite se me notifique los anexos que correspondiesen legalmente con la demanda, pero el A quo resolvió declarar inoficiosa mi solicitud y se me declaró rebelde quitándome el derecho a defensa.

Por lo que pese a las irregularidades el proceso continuó y se emitió sentencia donde el A quo resolvió en mi contra, es por ello que solicito a su despacho resuelva conforme a Ley.

##### **Análisis:**

El escrito de apelación ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de procedencia establecidos por el artículo 366° del mismo cuerpo normativo. Asimismo, la apelación se ha concedido con efecto suspensivo conforme a lo previsto por el artículo 556° del Código Procesal Civil, según el cual “La resolución citada en el último

párrafo del artículo 551, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro del tercer día de notificadas...”.

#### **4.2. Sentencia De Segunda Instancia:**

Con fecha 01 de abril de 2014, la Primera Sala Civil de Lima decidió CONFIRMAR la Resolución N° 05, de fecha 11 de setiembre de 2012, que declara INOFICIOSA la devolución de la notificación y rebelde a la demandada, y REVOCAR la sentencia apelada que declaraba fundada la demanda; y reformándola declara INFUNDADA la misma. Los principales argumentos de su decisión fueron los siguientes:

##### **Respecto a la apelación contra la Resolución N° 05.**

- De lo que se refiere a la apelación con la calidad de diferida contra la resolución N° 05, la demandada cuestiona que no se le ha permitido contestar la demanda,
- sin embargo, al recibir la cédula de notificación, que luego devolvió al juzgado, tenía en folios 18 la resolución N° 03 (auto admisorio), copia del escrito de la demanda, y anexos, de modo que estuvo en la posibilidad de contestar y no lo hizo, tal como consta del cargo.
- Asimismo, no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal, por lo que corresponde confirmar el auto apelado.

### **Respecto a la apelación de sentencia:**

- Teniendo en cuenta que la titularidad de la demandante se ostenta por el procedimiento de prescripción adquisitiva de dominio en sede notarial en fecha 22 de setiembre de 2011, tenemos que tener en cuenta dos supuestos:
  - a) Que, el área poseída coincida con el área que registralmente tiene el bien.
  - b) Que el área poseída no coincida con e área que registralmente tiene el bien.
- En el caso de autos, no está probado que la actora tenga o haya tenido, hasta antes del 22 de setiembre de 2011, fecha en que es declarada propietaria por prescripción adquisitiva de dominio, la posesión de los 31 m2 que ocupa la demandada, más aun si estaría acreditado por el mérito del anexo 1-F de la demanda, que el área que ocupa la demandada forma parte del área de 400 m2 que tiene el inmueble registrado en la partida electrónica N° 12735407, sin embargo no está probado que dicha parte del terreno y su construcción existente, haya sido objeto d, también de la declaración de prescripción adquisitiva de dominio cuyo y

Titulo invoca la actora.

Asimismo, es importante precisar que cuando se adquiere por prescripción adquisitiva de dominio un inmueble no se adquiere una ficha registral o una partida electrónica, sino su objeto solo alcanza al área de dicho inmueble que materialmente se posee, con las características antes mencionadas, independientemente de que dicha área coincida o no con lo que aparece en una partida registral.

### **Sobre la precariedad de la demandada:**

Por lo que, atendiendo la manifestación de la demandada al apelar, menciona que al igual que la demandante ella también posee sus 31 m2 desde el año 1957, además dentro del predio inscrito domicilian muchas familias más, y al no haber probado la demandante su posesión dentro de toda el área inscrita, y por el contrario si la actora dice haber poseído el bien desde el año 1957, no le sería ajeno la posesión que ostentaba la demandada del área cuyo desalojo pretende, de modo que no podía haber comprendido dentro de su pretensión de prescripción aquella área que sabía que otras personas poseían, en este caso la demandada.

Debido a estas consideraciones este Colegiado considera que la calidad de precario de la demandada, respecto de la demandante, no se podría subsumir dentro de lo previsto en el artículo 911° del Código Civil.

### **Voto singular:**

El magistrado Gonzales Barrón, se adhiere a la ponencia, tanto al auto y sentencia apelada, pero en este último caso por estos fundamentos distintos:

- La prescripción adquisitiva de dominio en vía notarial es procedente, pues la ley ampara este procedimiento notarial en estos casos, sin embargo, queda la duda si dicha ley resulta compatible con la Constitución, o no, porque el notario está impedido de dilucidar los derechos cuando media un conflicto de intereses, pues en tal caso estamos ante el ejercicio de la función jurisdiccional, vedado para el notario y delegado exclusivamente al Poder Judicial.
- Es evidente también que las pretensiones jurídicas no se califican de contenciosas o no contenciosa por el hecho coyuntural, aleatorio y casual de que el demandado

se oponga, conteste o formule contradicción. Nada de eso. La contención, y con ello la exclusividad del Poder Judicial para conocer de dichos asuntos, se encuentra en la necesidad de romper o quebrar la resistencia de un sujeto pasivo individualizado que se niega a cumplir la pretensión de un sujeto activo.

- Ahora bien, no solo las acciones de condena (obligación de dar o hacer) son contenciosas, sino también las acciones declarativas, en las que solamente se exige el reconocimiento y comprobación de un derecho o de una determinada situación jurídica, como sucede en el caso típico de la acción declarativa de dominio de la demandante.
- Por lo que, nuestra posición es clara y concreta: la prescripción adquisitiva de dominio tramitada por un notario es INCONSTITUCIONAL, pues se trata de una típica pretensión contenciosa en la que siempre existirá una contraparte a quien se le perjudicará forzosamente en sus derechos. Por tanto, se trata de una imposición jurídica contra la voluntad del titular, lo que un notario obviamente no puede lograr mediante su actividad, ya que no puede ejercer *iurisdictio*, y su ámbito de actuación se circunscribe a los asuntos no contenciosos.
- En conclusión, el proceso de prescripción adquisitiva de dominio es y seguirá siendo un proceso contencioso, por lo que las actuaciones de los notarios son contrarias a la Constitución, específicamente a los artículos 138° y 139° que establecen la competencia exclusiva del Poder Judicial para la solución de conflicto de intereses.
- Por lo tanto, si el título invocado por la demandante no acredita derecho alguno, porque es ineficaz, entonces la demanda de desalojo por ocupación precaria es

infundada, pues el actor no cumple con el primer requisito, consistente en aportar título de propiedad suficiente.

### **Análisis:**

La sentencia de segunda instancia, en cuestiones de forma, al igual que la de primera instancia, ha sido emitida cumpliendo lo dispuesto por los artículos 121° y 122° del Código Procesal Civil.

Asimismo, cabe señalar que la resolución se ha pronunciado tanto por la apelación contra la sentencia, como contra la resolución N° 05 (con calidad de diferida).

Por lo que, la sentencia de segunda instancia ha sido expedida cumpliendo con los requisitos de forma establecidos por el Código Procesal Civil y que han sido señalados precedentemente.

Señalamos que el Colegiado tiene como fundamentos de su decisión, los siguientes:

- Que existe diversidad de situaciones a analizar, como es la adquisición del título de propiedad de la demandante, mediante un procedimiento vía notarial de prescripción adquisitiva de dominio, el cual, siendo valorado por el Ad quem, resulta no suficiente, pues según las consideraciones del magistrado Gonzales Barrón, dicho procedimiento deviene en inconstitucional, ante ello, debo manifestar que, si bien es cierto los notarios solo pueden ejercer acción en procesos no contenciosos, y siendo la prescripción adquisitiva un proceso

contencioso, pues se declara la el derecho de propiedad a un tercero, y se elimina el derecho de propiedad del originario propietario, ya sea por descuido o abandono de su bien, considero que si este procedimiento notarial es inconstitucional, debería de ser declarado por el órgano competente su inconstitucionalidad, pues hasta la actualidad, los procesos de prescripción adquisitiva de dominio, en los cuales no exista oposición alguna, son aun llevado en sede notarial y esta dentro de las facultades que se les otorga a los notarios según la ley del notariado. Por ende, se seguirán llevando muchos mas casos iguales o similares a este, y será cuestión de interpretación del A Quo o Ad Quem, para resolver estas controversias. Dejando muchas veces vacíos legales que no ayudaran a solucionar las controversias existentes dentro de nuestra sociedad.

- Asimismo, debo señalar que, me encuentro de acuerdo con la sentencia de vista, pues si bien es cierto la demandante cuenta con un titulo de propiedad, dejando del lado lo cuestionable de su valor, se advirtió en la demanda así como en lo expresado en la apelación de la demandada, que ambos coinciden en manifestar que la demandada poseía el bien mueble ubicado en el interior del bien inmueble inscrito a nombre de la demandante, por lo que resulta lógico que la posesión de la demandada no es precaria, pues a mi consideración la demandante obtuvo su propiedad de manera maliciosa, teniendo ella conocimiento que dentro del bien materia de prescripción en vía notarial, se encontraba la demandada ejerciendo su derecho de posesión, y ante lo cual el titulo obtenido por la demandante no es considerada como suficiente para acreditar su propiedad ante este tipo de proceso (desalojo por ocupación precaria).
-

#### IV. CONCLUSIONES.

- Consideramos a la posesión ilegítima como aquella que se ejerce sin sujeción a derecho, es evidente que en esta se encuadra perfectamente la definición de posesión precaria establecida en el actual Código Civil peruano, pues, es contrario a derecho poseer un bien sin contar con título alguno, sea porque nunca se tuvo o porque el que se tenía feneció.
- Es así que puede concluirse que los requisitos para la procedencia del desalojo por ocupación precaria son los siguientes: i) Que la ejercite el propietario, el administrador y todo aquél que considere tener derecho a la restitución de un predio; ii) Que el bien esté ocupado por otro sin título o cuando el que tenía ha fenecido; y, iii) Que el bien sea una cosa determinada. En el presente caso no se estableció el ítem i).
- El trámite del proceso, en cuestiones de forma, se ha desarrollado adecuadamente, pues los actos procesales han sido emitidos de acuerdo a las disposiciones procesales contenidas en el Código Procesal Civil, respetando, en su mayoría, los plazos establecidos por los mismos.
- La sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que resolvió declarar infundada la demanda de desalojo ha sido emitida correctamente, luego de una valoración conjunta y razonada de los medios probatorios obrantes en autos, pues el título de propiedad adquirido por prescripción adquisitiva de dominio en vía notarial no era suficiente para acreditar dicho derecho.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Álvarez, J. (1986). *Curso de Derechos Reales- Tomo I: Propiedad y Posesión*. CIVITAS.
- Avendaño, J. (2011). *Código Civil Comentado- Derechos Reales V*. Gaceta Jurídica.
- Chiovenda, G. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Valletta Ediciones.
- Diez, L. (1995). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Editorial CIVITAS.
- Fuenteseca, C. (2013). *Posesión Mediata e Inmediata*. LEGALES 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.
- Gonzáles, G. (2016). *Proceso de Desalojo y Posesión Precaria*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Gonzales, M. (1979). *La posesión de bienes muebles*. Editorial Montecorvo.
- Gozaini, O. (2001). *Principios de derecho procesal civil* (4th ed.). Grijley.
- Hernández, G. (1980). *La posesión*. Editorial CIVITAS.
- Hinostroza, A. (2012). *Derecho Procesal Civil Proceso Sumarísimo*. Jurista Editores.
- Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil – Tomo II* (1st ed.). Gaceta Jurídica.
- Mariani, M. (2004). *Derechos Reales*. Zavalía S.A.
- Mejorada, M. (2018). *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica.
- 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.

- Salvatierra, G. (2003). *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica.
- Vidal, F. (2009). *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica.
- Von Ihering, R. (2004). *Teoría de la posesión*. Editorial Reus.