

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**INFORME JURÍDICO EN MATERIA CIVIL Y PROCESAL CIVIL EXPEDIENTE  
N°01022-2021-0-1001-JR-CI-06 SOBRE: NULIDAD DE ACTO JURÍDICO Y EN  
MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL EXPEDIENTE N°01656-2015-0-1001-JR-PE-01  
SOBRE: ROBO AGRAVADO**

**INFORME PRESENTADO POR:**

BACH. LUIS SANDRO SALAS SANI

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

ABOGADO

**MODALIDAD:**

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

**DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN:**

DR. ERICSON DELGADO OTAZÚ

**CUSCO – PERÚ**

**2024**

# INFORME DE ORIGINALIDAD

(Aprobado por Resolución Nro.CU-303-2020-UNSAAC)

El que suscribe, **Asesor** del trabajo de investigación/tesis titulada: INFORME JURIDICO EN MATERIA CIVIL y PROCESAL CIVIL EXPEDIENTE N° 01022-2021-0-1001-JR-CI-06 SOBRE AUTENTICIDAD DE ACTO JURIDICO y EN MATERIA PENAL y PROCESAL PENAL EXPEDIENTE N° 01656-2015-0-1003-JR-PE-03 SOBRE: ROBO AGRAVADO

presentado por: LUIS SANDRO SALAS SANS con DNI Nro.: 73642467 presentado por: ..... con DNI Nro.: ..... para optar el título profesional/grado académico de ABOGADO

Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por 2º veces, mediante el Software Antiplagio, conforme al Art. 6º del **Reglamento para Uso de Sistema Antiplagio de la UNSAAC** y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de 9%.

Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No se considera plagio.	<input checked="" type="checkbox"/>
Del 11 al 30 %	Devolver al usuario para las correcciones.	<input type="checkbox"/>
Mayor a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	<input type="checkbox"/>

Por tanto, en mi condición de asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y **adjunto** la primera página del reporte del Sistema Antiplagio.

Cusco, 22 de NOVIEMBRE de 2024



Firma

Post firma ERICSON DELGADO OTAZO

Nro. de DNI 43523532

ORCID del Asesor 0000-0002-9359-6860

Se adjunta:

1. Reporte generado por el Sistema Antiplagio.
2. Enlace del Reporte Generado por el Sistema Antiplagio: oid: 272598430220468 ✓

# Luis Sandro Salas Sani

## INFORME EXP. CIVIL Y EXP. PENAL.docx

 Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco

### Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::27259:410280468

Fecha de entrega

28 nov 2024, 10:21 a.m. GMT-5

Fecha de descarga

28 nov 2024, 10:25 a.m. GMT-5

Nombre de archivo

INFORME EXP. CIVIL Y EXP. PENAL.docx

Tamaño de archivo

300.5 KB

112 Páginas

40,525 Palabras

211,181 Caracteres

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

  
Dr. Ericson Delgado Otazu  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN DE LA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

## 9% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

### Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado
- ▶ Texto mencionado
- ▶ Coincidencias menores (menos de 12 palabras)

### Exclusiones

- ▶ N.º de coincidencias excluidas

### Fuentes principales

- 6%  Fuentes de Internet
- 0%  Publicaciones
- 7%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

### Marcas de integridad

#### N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

  
Dr. Ericson Delgado Otazu  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN DE LA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

## **PRESENTACIÓN**

El presente trabajo de suficiencia profesional en materia civil y procesal civil, expediente N°01022-2021-0-1001-JR-CI-06, sobre nulidad de acto jurídico y en materia penal y procesal penal, expediente N°01656-2015-0-1001-JR-PE-01, sobre robo agravado para optar el título de abogado; ha sido formulado con objetivo de realizar un análisis detallado sobre la defensa técnica de las partes del proceso, sobre los actos procesales del Órgano Jurisdiccional y del Ministerio Público en el caso correspondiente, durante las etapas del proceso; todo ello, desde el ámbito doctrinario, jurisprudencial y legal.

Por lo que, se presentaran las opciones pertinentes para solucionar el conflicto de intereses en materia civil y respecto al ámbito penal la debida aplicación de la ley penal al caso en concreto, con fines de coadyubar en la correcta administración de justicia en nuestro país.

## INDICE

TITULO I: ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE CIVIL .....	1
ANÁLISIS, DOCTRINARIO, JURISPRUDENCIAL Y CRÍTICO DE LA PRETENSIÓN MATERIA DEL PROCESO .....	1
El acto jurídico.....	1
1.- Génesis y Evolución del Acto Jurídico y Negocio Jurídico .....	1
2.- El Acto Jurídico en la Legislación Peruana.....	2
3.- Diferencias entre el Acto Jurídico y Negocio Jurídico .....	5
4.- Estructura del Negocio Jurídico .....	6
4.1.-Elementos .....	6
4.2.- Presupuestos .....	6
4.3.-Requisitos .....	6
5.- Ineficacia del Negocio Jurídico .....	7
5.1.-Ineficacia Estructural .....	7
5.2.- Ineficacia Funcional.....	8
DEL PROCESO CIVIL .....	8
1. Demanda.....	8
1.1. Análisis de la Demanda.....	14
1.2. Análisis del Auto Admisorio de la Demanda.....	18
1.3. Emplazamiento de la Demanda.....	19
2. Contestación de la Demanda.....	21
Análisis de la contestación de la demanda.....	23
3. De la demanda Reconvencional.....	23
Análisis de la Reconvención .....	24
4. Auto que admite la Contestación de la Demanda y resuelve declarar inadmisibile la Reconvención .....	25
5. Audiencia Preliminar .....	26
5.1. Teoría del caso de la parte demandante .....	27
5.2. Teoría del caso de la parte de demandada .....	27
5.3. Invitación a Conciliar.....	27
5.4. Saneamiento Procesal .....	28
5.5. Invitación a proponer hechos controvertidos y no controvertidos.....	29

5.6.	Fijación de puntos controvertidos.....	29
5.7.	Saneamiento Probatorio.....	30
6.	Audiencia de Pruebas .....	33
8.	Sentencia de Primera Instancia .....	36
9.	Análisis de la Sentencia.....	41
10.	Recurso de Apelación contra la Sentencia de Primera Instancia y análisis del mismo 42	
11.	Análisis de la Sentencia de Vista .....	45
12.	De la Medida Cautelar .....	47
	CONCLUSIONES .....	49
	BIBLIOGRAFIA.....	51
	TITULO II: ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE PENAL .....	52
	ANALISIS DEL DELITO CONTRA EL PATRIMONIO, EN SU MODALIDAD ROBO, SUB TIPO ROBO AGRAVADO.....	53
1.	Hechos que fueron materia del Proceso Penal.....	53
2.	Delitos Contra el Patrimonio.....	54
2.1.	Tipo Penal de Robo.....	54
2.2.	Robo Agravado.....	60
	DEL PROCESO PENAL- ETAPA DE INVESTIGACION PREPARATORIA .....	62
1.	Análisis de la Formalización de la Investigación Preparatoria .....	63
2.	Análisis de la Resolución Judicial que recepciona la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. ....	64
3.	De la Solicitud de Anulación de Historial de Ingreso y Egreso de Establecimiento Penitenciario .....	65
4.	De la Prórroga de la Investigación Preparatoria .....	67
5.	Conclusión de la Etapa de Investigación.....	68
6.	Prisión Preventiva.....	69
6.1.	Análisis del Requerimiento de Prisión preventiva .....	69
6.2.	Audiencia de Prisión Preventiva .....	70
6.3.	De la Apelación de mandato de Prisión Preventiva .....	72
7.	De la Solicitud de Tutela de Derechos .....	76
	ETAPA INTERMEDIA.....	77
1.	Requerimiento de Acusación Fiscal .....	77
2.	Análisis del Requerimiento Acusatorio .....	79

3. Notificación del Requerimiento Acusatorio.....	80
4. Audiencia de Control de Acusación .....	84
5. Auto de Enjuiciamiento.....	85
ETAPA DE JUZGAMIENTO.....	86
1. Auto de Citación a Juicio Oral.....	86
2. Audiencia de Juicio Oral.....	87
3. Sentencia .....	91
4. Voto en Discordia de la Magistrada Marina Inés Supanta Condor.....	94
5. Apelación de la Sentencia .....	96
6. Audiencia de Apelación de Sentencia Absolutoria.....	97
7. Sentencia de Segunda Instancia.....	98
8. Citación a Nuevo Juicio Oral.....	99
9. Audiencia de Juicio Oral.....	99
10. Sentencia de Conformidad .....	100
EJECUCIÓN DE SENTENCIA.....	102
CONCLUSIONES .....	104
BIBLIOGRAFÍA.....	106

## **Resumen**

El presente trabajo de suficiencia profesional, tiene como finalidad realizar el análisis doctrinario, jurisprudencial y crítico del expediente signado con el Nro. 01022-2021-0-1001-JR-CI-06, tramitado en el Sexto Juzgado Civil- sede Central, seguido por la demandante, Alicia Quispitupa Ramos, sobre Nulidad de Acto Jurídico y cancelación de asiento registral en la vía del proceso de conocimiento y bajo el sistema de la oralidad, en mérito de la resolución administrativa Nro. 000101-2020-P-CE-PJ de fecha 24 de Agosto del 2020 emitida por el Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder judicial.

En el presente trabajo se realizará el análisis de los actos procesales, iniciará con el análisis de la demanda y su contestación y reconvención, para luego analizar el desarrollo de la audiencia preliminar y la audiencia de pruebas, las cuestiones probatorias interpuesto por la demandada y el recurso de apelación de auto interpuesto por la demandante, para luego pasar a analizar el pronunciamiento respecto a las cuestiones probatorias y luego analizar la sentencia de que declaró infundada la demanda. Sentencia que fue materia de apelación y se tramitó ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco que confirmó la misma y dejando sin efecto la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

**Palabras Clave:** Demanda, nulidad de acto jurídico, anulabilidad de acto jurídico, simulación del acto jurídico, copropiedad, requisito de procedibilidad, excepciones, cuestiones probatorias.

## **TITULO I: ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE CIVIL**

### **ANÁLISIS, DOCTRINARIO, JURISPRUDENCIAL Y CRÍTICO DE LA PRETENSIÓN MATERIA DEL PROCESO**

#### **El acto jurídico**

##### **1.- Génesis y Evolución del Acto Jurídico y Negocio Jurídico**

La dogmática del acto jurídico fue producto de la elaboración de la doctrina francesa, posterior a la implementación del Código Civil francés de 1804; puesto que, este código no reguló la figura del acto jurídico, solamente se limitó a desarrollar el concepto genérico de la convención y como especie el contrato, los cuales fueron sometidas al imperio de la autonomía de la voluntad privada en la medida en que no colisionara con el orden público. Por ello, la teoría del acto jurídico, ante la insuficiencia normativa del código francés de 1804, que no pudo explicar actos de la voluntad privada como los unilaterales, toda vez que la convención o contrato solo podía ser explicada en su bilateralidad; de ello que, la teoría del acto jurídico, fue recién elaborado por los primeros comentaristas de dicho Código, quienes se basaron en las ideas expuestas por Domat y Pothier, dos grandes civilistas del antiguo Derecho francés, los cuales fueron influenciados por el Iusnaturalismo, corriente que consideró como valor fundamental la libertad de las personas, considerando a las personas como el centro de la sociedad y por tanto, el centro del ordenamiento jurídico.

A partir de ello, elaboraron el “dogma de la voluntad”, en base a las aspiraciones de las personas, que originaron el principio de la “autonomía de la voluntad”, principio que resalta el valor de la voluntad como origen de derechos y obligaciones en el ordenamiento jurídico. Por tanto, esta teoría definió el acto jurídico, como la manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos; de ello, vemos que la noción de acto jurídico en esta teoría, depende exclusivamente de la persona y su voluntad a ultranza, dejando en un plano secundario al ordenamiento jurídico, en atención que lo manifestado por los sujetos no atenten contra el orden público y las buenas costumbres. Teoría que fue arduamente criticado en nuestro medio local, por el doctrinario, Taboada (2002) quien afirmó lo siguiente:

Estamos, pues, frente a una concepción completamente individualista y artificial de los comportamientos del hombre que producen consecuencias legales.  
"Individualista, porque se deja de lado toda valoración social y normativa y artificial"

porque se pretende hacer creer que es en la voluntad del individuo donde reposa la esencia del concepto mismo de acto jurídico. (pág. 22)

Por tanto, esta teoría elaboró una noción completamente individualista y subjetivista; individualista, porque se ha prescindido de toda valoración social y normativa y subjetiva, porque la voluntad de las personas es la base de la concepción del acto jurídico.

Mientras que, la teoría del negocio jurídico fue elaborado por la doctrina alemana, específicamente por los juristas alemanes del siglo XIX, que formaron el movimiento Pandectista, quienes hurgaron en las fuentes del Derecho Romano, ante la necesidad de justificar y conceptualizar los actos del hombre, crearon y elaboraron el concepto de “negocio jurídico”, que en un primer momento tenía similitudes con la concepción de la teoría francesa, postulando aquella como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos seguidos por las personas. Empero, esta similitud no duraría mucho; puesto que, los mismos teóricos alemanes comenzaron a entender el negocio jurídico ya no como una simple manifestación de voluntad, sino como un supuesto de hecho “tatbestand” en alemán, es decir, como una hipótesis prevista en abstracto por las normas jurídicas de una o más declaraciones de voluntad destinada a una finalidad práctica con reconocimiento y tutela en el ordenamiento jurídico. De este modo, se dio lugar a la formulación de la Teoría del Negocio Jurídico.

## **2.- El Acto Jurídico en la Legislación Peruana**

En nuestra legislación la figura jurídica de acto jurídico, fue incorporado en el Código Civil de 1936 dentro del Derecho de las Obligaciones, bajo la influencia del Código Civil Argentino de 1852, conocido como la obra de Vélez Sarfield, quien tomó como referencia la obra de romanistas como Savigny, impulsor de la pandectística alemana, y de Pothier, precursor del Código francés; además nuestro código civil de 1936 estuvo bajo la influencia del código brasileño de 1916, esto a razón de que el código de 1936, reprodujo lo establecido en el código brasileño, sin incorporar una noción de acto jurídico, solamente se limitó a enumerar los requisitos de validez.

De igual manera, nuestro vigente Código Civil de 1984. ha venido regulando con el mismo nomen iuris de acto jurídico, es así que; que el artículo 140 regula lo siguiente:

*“Artículo 140. -El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

- 1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.*
- 2. Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3. Fin lícito.*
- 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.*

A nivel de la doctrina nacional, ha existido el debate jurídico sobre, qué es lo que realmente regula el artículo 140, si el acto jurídico o negocio jurídico; al respecto, doctrinarios como (Vidal Ramírez, 1984) menciona que, “para nuestro sistema de Derecho Privado, llegan a tener una relación de sinonimia conceptual”; en esa misma línea (Torres Vásquez, 1998), plantea que, “las expresiones acto jurídico y negocio jurídico son sinónimas, en el sentido de que son la manifestación de voluntad destinada que tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos consistentes en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas”.

Por otra parte, a diferencia de estos autores, existen otros que son férreos críticos del concepto incorporado al artículo 140, quienes plantean la necesidad de abandonar la concepción clásica del acto jurídico, por estar inspirada directamente por la doctrina de la teoría francesa; tal es el caso de (Taboada Córdova, 2002), quien sin lugar a dudas menciona lo siguiente: “parece totalmente fuera de sentido el afirmar que existe una relación de sinonimia conceptual entre el concepto de acto jurídico y negocio jurídico”, siendo categorías jurídicas muy distintas, posición con el cual estamos de acuerdo; puesto que, al minimizar a ambas figuras jurídicas como sinonimia conceptual, se estaría negando la evolución, los postulados de ambas doctrinas, que en lo más cercano que coincidirían sería como afirma el citado autor, en el objetivo que persiguen, que es establecer una teoría general sobre los actos humanos jurídicamente relevantes.

En esa misma posición encontramos la definición que realiza Guillermo Lohman Luca de Tena, quien citado por (Vidal Ramirez, 1984), define el negocio jurídico como: “la declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado que, por sí o en unión de otros

hechos. están encaminadas a la obtención de un fin práctico, lícito y amparado por el ordenamiento jurídico”. En esta misma línea (Espinoza, 2008) menciona que el negocio jurídico “se configura cuando uno o varios sujetos declaran su voluntad, a efectos de autorregular sus propios intereses, creando un precepto (entendido como regla de conducta), que normará las relaciones o situaciones jurídicas que se han creado, modificado o extinguido”.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema ha seguido la línea de los defensores de la teoría del negocio jurídico, (V Pleno Casatoria, 2012), que en su fundamento 138 define lo siguiente:

Lo que ocurre finalmente con el negocio jurídico es la autorregulación de intereses privados de los sujetos de derecho, y con ello no nos estamos refiriendo a una regulación del sistema de fuentes legales de nuestro ordenamiento, sino que se establece este estatuto negocial a partir del ejercicio de la autonomía privada de los sujetos de derecho, a efectos de obtener una finalidad práctica que éstos buscan en base a la normativa vigente a fin de satisfacer sus intereses y será en último término el ordenamiento jurídico el que establecerá si este propósito o finalidad perseguida se adecua o no a éste. (pág. 45).

Por tanto, como hemos visto tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia nacional, optan por diferenciar el negocio jurídico del acto jurídico, premisa con el cual estamos de acuerdo, con la precisión de que, en el negocio jurídico, la persona no decide cuándo un hecho es o no un acto jurídico, sino que ello depende exclusivamente de la valoración del ordenamiento jurídico. Los efectos jurídicos son siempre tutelados por el derecho objetivo, no son nunca fuente de la voluntad de los sujetos, entonces a través del negocio jurídico son los sujetos los que proponen una finalidad que quieren alcanzar; empero esa finalidad debe adecuarse al supuesto de hecho, que este amparado por el ordenamiento jurídico, supuesto de hecho que no contiene simples declaraciones de voluntad, sino contiene realidades de índole social, por el cual se autorregulan los intereses privados socialmente útiles dirigidas a satisfacer necesidades personales de los sujetos.

### **3.- Diferencias entre el Acto Jurídico y Negocio Jurídico**

Como hemos visto anteriormente, es necesario diferenciar el negocio jurídico del acto jurídico, para efectos prácticos y de un mejor manejo de las instituciones jurídicas que prevé nuestro código civil; para establecer las diferencias es necesario, tener en cuenta los conceptos de hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico; puesto que, una norma jurídica está compuesto de un presupuesto de hecho y las consecuencias que prevé el Derecho objetivo; por tanto, ese supuesto de hecho de la norma es siempre un hecho jurídico.

#### **Hecho Jurídico**

El hecho jurídico es aquel acontecimiento, circunstancia o suceso generado por la naturaleza o actividad humana que tiene relevancia en el ámbito jurídico, por cuanto el Derecho así lo ha regulado previamente. Es por ello, que es importante diferenciar el acto jurídico y el hecho jurídico en sentido estricto, siendo este una circunstancia que no necesariamente tiene que ser voluntario ni controlable por el sujeto, en cambio en el acto jurídico, la voluntad de la persona es trascendental; por lo que, la diferencia entre ambas figuras es de genero a especie, concluyendo que todos los actos jurídicos son hechos jurídicos, pero no todos los hechos jurídicos son actos jurídicos.

#### **Acto Jurídico**

Desde la concepción de la doctrina tradicional, el acto jurídico fue definido como el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos jurídicos; así como hemos visto anteriormente el acto jurídico en estricto es aquella especie dentro del hecho jurídico; puesto que, en el acto jurídico se descarta la involuntariedad y la ilicitud conforme a lo regulado por el artículo 140 del código civil.

#### **Negocio Jurídico**

Desde el planteamiento de la doctrina moderna, el negocio jurídico es el supuesto de hecho constituido por una o más declaraciones de voluntad destinadas a una finalidad, a un propósito, el cual es alcanzar un resultado práctico, para satisfacer necesidades y que ese resultado tenga tutela en el ordenamiento jurídico; por tanto, las diferencias sustanciales entre el acto y negocio jurídico son las siguientes:

- La primera diferencia encontramos en el origen y evolución de ambas figuras jurídicas, el acto jurídico fue elaborada por la doctrina francesa después de la promulgación del código civil francés de 1804; mientras que, el negocio jurídico fue elaborado por la doctrina alemana en el código civil de 1900.
- Otra diferencia que encontramos es de genero a especie, resultando el acto jurídico como género y el negocio jurídico como especie; por lo que, todo negocio es un acto jurídico, pero no todo acto es un negocio jurídico.
- El acto jurídico regula intereses de connotación publica, mientras que en el negocio jurídico se regulan intereses eminentemente privados.
- En el acto jurídico, no existe espacio para la libertad de configuración; puesto que, los derechos, deberes que son objetos de una relación o situación jurídica se encuentran predeterminados por el ordenamiento jurídico, en cambio en el negocio jurídico existe libertad de actuación para poder configurar, para autorregular los intereses privados.

#### **4.- Estructura del Negocio Jurídico**

Desde el enfoque tradicional la estructura del negocio jurídico fue compuesta de elementos esenciales, naturales y accidentales; mientras que la doctrina moderna propuesta por Lizardo Taboada Córdoba, el negocio jurídico está conformado por elementos, presupuestos y requisitos.

##### **4.1.-Elementos**

Los elementos son componentes consustanciales al momento de la celebración del negocio jurídico, los cuales son los siguientes: la declaración o manifestación de voluntad y la causa o finalidad.

##### **4.2.- Presupuestos**

Son los factores que debe presentarse antes de la celebración del negocio jurídico, denominados también como términos de referencia, estos presupuestos son el objeto y el sujeto.

##### **4.3.-Requisitos**

Son los rasgos o caracteres que deben reunir los elementos y presupuestos para dar lugar al negocio jurídico, los cuales son la Licitud, Posibilidad física y jurídica del objeto, la

determinación en especie y cantidad del objeto, ausencia de vicios en la voluntad, observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, conformidad con las normas de orden público y de las buenas costumbres.

### **5.- Ineficacia del Negocio Jurídico**

Para que un acto o negocio jurídico sea válido, necesariamente tiene que existir la concurrencia de los elementos, presupuestos y requisitos propios de la estructura negocial anteriormente descritos, los cuales de no producirse conllevan a la ineficacia del negocio jurídico, que es una sanción que prevé el ordenamiento jurídico ante el surgimiento de actos o negocios con vicios que se presenten durante la celebración de los mismos o ante vicios sobrevinientes, los cuales se distinguen entre ineficacia estructural e ineficacia funcional.

#### **5.1.-Ineficacia Estructural**

La ineficacia estructural se entiende como la ausencia de efectos del negocio jurídico, que sanciona el ordenamiento jurídico, ante la inconcurrencia de los elementos, presupuestos y requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico al momento de su celebración, por lo que, esta ineficacia responde a su carácter originario, a razón de que desde la celebración del negocio jurídico, se encuentra contaminado por vicios en su celebración originaria que tiene como consecuencia su ineficacia o invalidez, que serán causales de nulidad y anulabilidad según el caso en concreto.

##### **5.1.1.-Nulidad del negocio jurídico**

Denominada también como nulidad absoluta, que en buena cuenta viene a ser, una sanción legal, la más grave sanción civil, ante la celebración del acto o negocio jurídico, sin la presencia de sus requisitos de validez; por lo que, son nulos los actos o negocios que carecen de eficacia y no pueden ser validados, estamos ante la presencia de vicios que son insubsanables; puesto que, el acto o negocio jurídico carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o cuando el acto o negocio cuyo contenido es ilícito por contravenir contra las normas de orden público, las buenas costumbres o contra normas imperativas. Por tanto, dentro de las causales de la nulidad tenemos por una parte la nulidad textual y por otra la nulidad virtual.

### **5.1.2.-Anulabilidad del Negocio Jurídico**

Denominada también como nulidad relativa; puesto que, a diferencia del acto o negocio nulo, en esta institución jurídica, estamos cuando se verifica que el acto o negocio se ha celebrado con la concurrencia de sus elementos, presupuestos y requisitos, que inicialmente dotan de eficacia al negocio jurídico; sin embargo, posteriormente puede ser declarado nulo, a solicitud solamente de las partes, por incurrir en vicio estructural, el cual a diferencia del acto nulo, debe estar expresamente regulado.

### **5.2.- Ineficacia Funcional**

A diferencia de la ineficacia estructural, esta se refiere a los actos o negocios perfectamente estructurados al momento de su celebración, pero que posteriormente se torna en ineficaz por vicios sobrevinientes que son ajenos a su estructura como sería el caso de la resolución y revocación de negocios jurídicos.

## **DEL PROCESO CIVIL**

El presente proceso civil materia de análisis, fue tramitada bajo el sistema de la oralidad, en mérito de la resolución administrativa Nro. 000101-2020-P-CE-PJ de fecha 24 de Agosto del 2020 emitida por el Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder judicial, mediante el cual se dispuso implementar, a partir del 04 de septiembre del 2020, en la Corte Superior de Justicia de Cusco la oralidad en los procesos civiles en los órganos jurisdiccionales conformados por la Sala Superior de Cusco, 2° y 6° Juzgados Civil de Cusco y el Juzgado Civil del distrito de Santiago del distrito judicial de Cusco. Por lo que, el presente caso se tramitó en el Sexto Juzgado Civil, dando inicio al proceso con la siguiente demanda:

### **1. Demanda**

Mediante escrito que obra a folios veintiséis al treinta y ocho, Alicia Quispitupa Ramos en representación de José Quispitupa Huamán interpone demanda de Nulidad de Acto Jurídico consistente en la escritura pública de fecha 12 de julio del 2019, por ser contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, fin ilícito y falta de manifestación de voluntad en forma acumulativa accesoria la cancelación del asiento registral 163 de la partida registral 02018945, demanda que la dirige contra Tania Romoacca Quispitupa, bajo los siguientes fundamentos de hecho y Derecho:

1. El poderdante y progenitor José Quispetupa Huamán es propietario de derechos y acciones en una proporción del 0.0144% del inmueble denominado Hacienda Miraflores, ubicado en el Distrito de San Jerónimo, provincia y departamento del Cusco, el cual, equivale a un área de 132.68 M2, derecho que se encuentra inscrito en el asiento 141 de la Partida Registral Nro. 02018945 del Registro de Predios de los Registros Públicos del Cusco, transferencia que fue realizada por la Asociación Pro vivienda Los Maizales en fecha 13 de diciembre el año 2016. En esta área del inmueble el poderdante tiene construido una vivienda de material de adobe en donde actualmente domicilia y realiza sus actividades cotidianas en forma diaria, constituyendo hasta la fecha su domicilio real, el cual nunca ha estado ofertado en venta.
2. Que les ha causado mucha sorpresa la supuesta compra e inscripción registral realizada por la demandada, respecto del Inmueble antes mencionado, acto en el cual habría estado Involucrada su hermana de nombre Julia Quispetupa Ramos y su hija que viene a ser la supuesta compradora Tanía Romoacca Quispetupa, quienes se abrían confabulado para sorprender a su progenitor y poderdante para pretender despojarlo de su propiedad aprovechando el vínculo de familiaridad esto es de hija y nieta respectivamente, compra que abrían realizado en una suma ínfima de 64,000.00 soles, suma de dinero que nunca recibió su progenitor, ya que consultado este menciona que nunca se le entrego suma alguna y que su hija Julia Quispetupa Ramos hizo todo, habiéndolo llevado a distintos lugares y sin mediar explicación alguna hacer firmas papeles, no recordando más de estos hechos y que él nunca vendió el inmueble
3. Que todo fue realizado por estas dos personas Julia Quispetupa Ramos y Tania Romoacca Quispetupa, situación que es absolutamente ilegal ya que se aprovecharon del estado de ancianidad del poderdante y progenitor para despojarlo de su propiedad. Agrega también que el poderdante tiene a la fecha más de 80 años edad y padece de deterioro cognitivo, sin embargo, nunca ha ofertado en venta el inmueble, por lo tanto, su progenitor desconoce la escritura de transferencia realizada a favor de la demandada.
4. **Respecto de la causal de falta de manifestación del agente.**

De la escritura de fecha 12 de julio del año 2019 se tiene que supuestamente el poderdante vendía el Inmueble descrito por la suma de Sesenta y Cuatro Mil con 00/100 Soles, y que la compradora tomaba posesión del inmueble. Este contenido sería absolutamente falso, ya que, si bien la parte demandada y su progenitora Julia Quispetupa Ramos sorprendieron a al poderdante para hacer firmar la minuta y escritura pública, esta nunca fue su voluntad y tampoco se ejecutó, es decir nunca existió como voluntad o intención y manifestación de voluntad para vender el inmueble ni entregar el mismo, y son la demandada con su progenitora Julia Quispetupa Ramos quienes aprovechando la confianza, el vínculo de familiaridad y del deterioro cognitivo que padecía por tener más de 80 años, quienes hicieron todo para que el poderdante firmara la supuesta compra-venta.

Es esta la razón por la que no existe manifestación de voluntad a lo que se agrega que la demandada para darle apariencia de legalidad realiza depósitos de dinero en una cuenta habilitada en la Caja Municipal, respecto del cual su progenitor no pudo realizar transacción alguna por su estado de ancianidad, el cual ha sido inducido y ejecutado por la persona de Julia Quispetupa Ramos, así como el de haber aperturado una cuenta de depósito a plazo fijo por 60,000 soles y luego retirarlo ella misma apropiándose de dicho dinero sin entregar suma alguna a su progenitor.

Asimismo, refiere que en la escritura pública materia de nulidad, se ha omitido la existencia de edificaciones, así como la simulación del valor del predio que es ínfimo ante el valor comercial de los derechos y acciones, dichas edificaciones según tasación realizada por el perito Herbert Zeballos Guzmán, en donde se establece que el valor comercial del inmueble asciende a la suma de 217, 494.24 soles y no a la suma ínfima anotada en dicha escritura, suma que no ha sido entregado a su poderdante.

Precisa que, en el acto jurídico materia de nulidad, no se encuentra expresada la voluntad de su poderdante, de ahí que el negocio jurídico adolece de nulidad absoluta, ya que la voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, conforme al artículo 140 del Código Civil.

##### **5. Respeto de la causal de finalidad ilícita.**

Que, el negocio jurídico cuestionado que contiene la transferencia de los derechos y acciones del poderdante, tampoco se encontraría revestido del requisito de validez consistente en fin lícito, pues dichos actos jurídicos no reflejan la voluntad real de su poderdante, sino que la mismas han sido alteradas para poder apropiarse indebidamente de los derechos y acciones, sin haber la contraprestación a su cargo, que viene a ser el pago del precio de venta.

Existiría una disconformidad entre el documento y la realidad, por cuanto la manifestación de voluntad de su poderdante en dichos contratos han sido alteradas ya que se ha obtenido la firma de documentos sorprendiendo, abusando el vínculo de familiaridad y no para celebrar negocio jurídico alguno como una compraventa, de ahí que existe la ausencia del requisito del fin lícito en dicho negocio jurídico, más aún que lo que se evidencia objetivamente es el aprovechamiento de parte de la demandada Tania Romuacca con el apoderamiento de la propiedad y de la persona de Julia Quíspetupa con el apoderamiento del dinero entregado, hija y madre respectivamente que confabularon para aparentar legalidad al acto jurídico y beneficiarse en perjuicio de su poderdante por lo que no existiría equilibrio ni causa alguna para la celebración del acto jurídico y menos aún la consecución de sus efectos. Esto se acreditaría con la inexistencia del pago, ya que el dinero depositado nunca llegó a poder o disposición de su poderdante, sino que este se apoderó Julia Quíspetupa, por lo que en dicho negocio jurídico no existe el equilibrio económico, el cual es la naturaleza del contrato, desde que el mismo es encuentro de voluntades, de intereses contrapuestos.

##### **6. Respeto a la causal de ser contrarios a las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres.**

Las normas de orden público y buenas costumbres son normas en su mayoría no escritas, y se hacen patentes en conflictos específicos o ante la falta de una norma aplicable al caso concreto, en estos casos solo en apariencia la actividad del juez consiste en crear una regla aplicable al caso específico, porque la regla preexiste a pesar de no ser una regla jurídica. En el caso específico de autos, se tiene que no obstante la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, es de usar, disfrutar del bien,

ello se ha postergado de manera indefinida, pese a que el comprador cumplió supuestamente con el supuesto sacrificio del desprendimiento de su patrimonio, que lo constituye el valor del precio venta del bien inmueble, ello amparado en el acuerdo de voluntades, pero existen las normas sin bien no son prohibitivas, pero si tiene el carácter de imperativas y de orden público relacionados a la entrega del bien, que han sido trasgredidas ello con el fin ilícito de apropiarse de la propiedad del poderdante. En el contrato materia de nulidad, se ha trasgredido normas Imperativas relacionados a la entrega del bien y la constancia del medio de pago del precio venta, ya que estos en el presente caso no son reales, y existe un evidente detrimento patrimonial del demandante en beneficio de la demandada y su progenitora Julia Quispetupa ya que se apoderan no solo de la propiedad, sino también del dinero de la supuesta venta.

**7. Respetto de la pretensión accesoria, la cancelación del asiento registral.**

Refiere que, el registro busca publicar la realidad jurídica a efectos de lograr seguridad jurídica en los actos de trasmisión y adquisición de bienes, pero nunca puede contraponerse a dicha realidad, bajo pena de limitarse a vivir en una ficción ya que el registro es un medio, y no un fin por sí mismo. En tal sentido, la mecánica de Inscripción y publicidad solo se justifica dentro del contexto de un sistema patrimonial sano, honesto, justo y seguro; en donde la información registral de publicidad de los hechos, se dé sin crearlos o sin deformar la realidad. Como ha ocurrido en el caso sub examen, ya que su poderdante nunca tuvo la intención de transferir el bien inmueble (derechos y acciones), tal es así que conforme a lo expuesto la demandada no ha realizado ningún desprendimiento patrimonial, sino que está siempre ha estado en poder de su progenitora y no de su poderdante, utilizando solo para darle apariencia de legalidad a la escritura, la cual reitera no tiene la voluntad de su poderdante, de ahí que al declararse la inexistencia del acto jurídico debe seguir la misma suerte la pretensión accesoria de anularse el asiento registral donde corren inscrito el acto jurídico cuestionado, como consta en el asiento 163 de la partida registral 02018945 del Registro de Predios de los Registros Públicos del Cusco.

**El marco jurídico en que basa su pretensión son las siguientes:**

1.- Artículo 2 inciso 14 y artículo 70 de la Constitución Política del Estado.

2.- Artículos V del Título Preliminar y los artículos 219 incisos 1, 4 y 8, artículos 220, 949, 1354, 1549, 1550, 1552, 1556, 1565 todos del Código Civil.

3.- Artículos 424, 425 y 475 inciso 1 del Código Procesal Civil.

En el presente proceso podemos verificar que existe una acumulación objetiva originaria accesoria; puesto que, la demandante propone dos pretensiones, una principal y accesoria, en el escrito de la demanda, proponiendo si es que se ampara la pretensión principal, lo accesorio sigue la suerte del principal y en esa misma línea si no se ampara la pretensión de nulidad de acto jurídico, no será posible la cancelación del asiento registral.

La demandante para fundamentar su pretensión cumple con presentar lo siguiente:

- Escritura de pública de fecha 12 de julio del año 2019, otorgada ante notario público de Cusco Luis Alberto Lira Apaza, denominado compra venta de derechos y acciones de bien inmueble que otorga el poderdante a favor de la demandada.
- Copia literal certificada del asiento Nro. 141 y 163 de la partida registral Nro. 02018945 del registro de predios de los Registros Públicos de Cusco.
- Certificado domiciliario otorgado por la Municipalidad distrital de San Jerónimo, que acredita que el poderdante tiene por domicilio en la APV. Los Maizales Mz. B1 Lt. D.
- Certificado de Posesión otorgado por la Asociación Pro Vivienda Los Maizales otorgado en fecha 24 de febrero de año 2021, que acredita que el poderdante continuó en posesión de dicho bien.
- Informe de valorización del inmueble realizado por el Ing. Hebert H. Zeballos Guzmán de fecha 18 de marzo del año 2021, donde se precisa como valor de la propiedad en la suma de 217, 494.24 soles.
- Informe médico emitido por el Hospital Regional del Cusco de fecha 22 de febrero del año 2021, donde se establece como diagnóstico Deterioro Cognitivo del poderdante.

- Dos cartas notariales cursadas a la demandada Tania Romoacca Quispetupa y a su progenitora Julia Quispetupa Ramos en donde se les requiere la restitución del inmueble.
- Copia de extracto de movimientos de las cuentas aperturadas en la Caja Municipal de Cusco.
- Acta de nacimiento de Tania Romoacca Quispetupa el cual acredita su condición de hija de Julia Quispetupa Ramos y demuestra el vínculo de consanguinidad y familiaridad aprovechado para realizar el acto materia de nulidad en contubernio con su progenitora.
- Inspección judicial en dicho inmueble a efectos de verificar la posesión del poderdante y la existencia de edificaciones.
- Declaración de parte de la demandada y del poderdante
- Declaración testimonial de Julia Quispetupa Ramos, quien declarará respecto a su participación en la celebración del contrato materia de nulidad, así como el retiro y deposito del dinero supuestamente pagado y ubicación del mismo
- La declaración testimonial de Eduardo Romulo Quispitupa Ramos y Doris Isabel Quispetupa Ramos quienes declararán sobre el hecho controvertido de la posesión que ejerce el poderdante.

### **1.1. Análisis de la Demanda**

#### **Requisitos de la demanda y su calificación**

Los requisitos de la demanda se encuentran regulados en los artículos 424°, 425° y 130° y siguientes del Código Procesal Civil, por ello en el escrito de la demanda, se advierte que se ha cumplido con señalar la designación del Juez, los datos de identidad y domicilio del demandante, así como de la demandada.

Conforme al artículo 424 inciso 5, el petitorio debe comprender la determinación clara y concreto de lo que se solicita, siguiendo el orden establecido por dicha normativa, en el escrito de la demanda el petitorio ha sido consignado después de la fundamentación jurídica en los siguientes términos: que se declare la nulidad del acto jurídico, del documento que lo contiene, de su inscripción registral y las costas y costos que se generen en el proceso; para ello consigna los datos de la escritura pública materia de nulidad, empero no precisa respecto

de la inscripción registral, ni mucho menos establece la acumulación de pretensiones; sin embargo, posterior a la presentación de la demanda, mediante escrito de fecha 20 de mayo del 2021, realiza precisiones en relación al petitorio, solicitando que se declare la nulidad de acto jurídico consistente en la escritura pública de fecha 12 de julio del 2019 de compraventa de derechos y acciones y accesoriamente precisa la cancelación del asiento registral Nro. 163 de la partida registral Nro. 02018945. Modificando la demanda en este extremo, antes de que sea notificada, conforme al artículo 428 del Código adjetivo.

Respecto a los hechos en que se funde el petitorio, se advierte que no ha sido motivada de forma precisa, con orden y claridad, muy por el contrario, los hechos de la demanda son redundantes para sustentar las causales de nulidad de acto jurídico que pretende la demandante, defectos que ha generado que, entre los hechos y el petitorio de la demanda, no existe una conexión lógica debido a las siguientes observaciones:

El abogado de la demandante, formula nulidad de acto jurídico por tres causales; alega la falta de manifestación de voluntad del agente y simultáneamente invoca las causales de fin ilícito y cuando el acto es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Conforme al artículo 219 del Código Civil, cada causal se configura de un modo particular, los hechos que sustentan cada causal son distintos, el mismo marco factico no puede ser base para sustentar las demás causales y en su mayoría la configuración de una causal excluye la concurrencia de otras causales, como es el caso de la falta de manifestación de voluntad, pues si se configura esta causal es innecesario pronunciarse por las demás causales, pues al alegar que un acto jurídico tiene un fin ilícito o cuando el acto es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, implícitamente se reconoce que previamente ha existido manifestación de voluntad, situación que es contradictorio mucho más cuando el abogado sustenta las tres causales con los mismos hechos.

Respecto a la primera causal, la demandante no precisa en qué situación o supuesto se habría configurado la ausencia de manifestación de voluntad de su poderdante; conforme se ha establecido en la Casación Nro. 3254-2012 Lima, las circunstancias en las que no existe realmente manifestación de voluntad son las siguientes:

- i) Cuando el sujeto al que se le imputa la declaración carece de existencia jurídica;
- ii) Cuando la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto;
- iii) Cuando la manifestación de voluntad materialmente efectuada carece de relevancia negocial, esto es: a) Cuando no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses, b) En caso de que la misma no demuestre la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado además, c) En caso que exista disenso entre las partes (pág. 03).

Muy por el contrario, la demandante refiere que su poderdante es una persona de la tercera edad que padece de deterioro cognitivo, situación que habría sido aprovechada por la demandada y su progenitora, quienes en contubernio mediante engaño le hicieron firmar la minuta y escritura pública de compra venta de derechos y acciones, respecto al precio se realizó el depósito de dinero en cuenta bancaria a nombre del poderdante, para luego ser retirada por la madre de la demandada, todo ello habría sido planificado por la demandada y su progenitora con “dolo” en su proceder, esto conforme al último párrafo del punto 1 de la demanda; argumento que se repite a lo largo de los hechos formulados, del cual vemos que los mismos constituyen causal de anulabilidad de acto jurídico; puesto que, el dolo es un vicio de la voluntad, conforme al artículo 221 inciso 2 del Código Civil, que expresamente regula que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación, supuesto que de ninguna manera genera la ausencia de manifestación de voluntad, sino consiste en maniobras engañosas para lograr la celebración del acto jurídico.

Por otra parte, en el punto 3 de la demanda refiere que en la escritura pública de compraventa se ha omitido la existencia de las edificaciones y que el valor del predio es ínfimo ante el valor comercial, argumento que es contradictorio con el acto jurídico materia de nulidad; puesto que, este trata de una compraventa de derechos y acciones de inmueble y no de un predio determinado, si bien en el testimonio que adjunta, en la cláusula sexta se realiza la descripción de las características físicas de un inmueble, empero en la misma clausula se precisa que es para fines de una futura sub división y/o liquidación de la copropiedad; asimismo, refiere que el valor comercial del inmueble asciende a la suma de 217, 494.24 soles y no a la ínfima suma de 64 000.00 soles, lo que habría generado el desequilibrio económico, argumento que se refiere a la causal de rescisión de contrato por lesión en el

precio y no de falta de manifestación de voluntad, mismos argumentos que utiliza para fundamentar la causal de fin ilícito.

Respecto a la pretensión accesoria de la nulidad del asiento registral, conforme a la precisión que realiza la demandante refiere expresamente que, *“mi poderdante nunca tuvo la intención de transferir el bien inmueble (derechos y acciones), tal es así que conforme a lo expuesto la demandada no ha realizado ningún desprendimiento patrimonial, sino que esta siempre ha estado en poder de su progenitora y no de mi poderdante, utilizando solo para darle apariencia de legalidad a la escritura, la cual reitero no tiene la voluntad de mi poderdante”*, argumento que se refiere a una simulación del acto jurídico; pues como refiere, el acto jurídico solo se habría celebrado en apariencia y no en la realidad, porque el vendedor no habría realizado la transferencia del bien inmueble y la compradora no habría realizado pago alguno.

Como hemos visto, existe incongruencia entre el petitorio y los hechos que motivaron la demanda y dentro de los mismos existen serias contradicciones, la constante que se aprecia en ellos es el estado de vulnerabilidad debido a la edad y el deterioro cognitivo del vendedor, situación que habría determinado la transferencia indebida de su bien; sin embargo, este argumento se debilita con la presentación del testimonio de escritura pública de otorgamiento de poder especial, pues esta se otorgó dos años después de la escritura pública materia de nulidad; de ello se concluye que ambas fueron otorgadas en las mismas condiciones, sin ninguna observación por parte de los notarios que hayan podido visualizar algún defecto que impida la manifestación de voluntad del poderdante. Debido al deterioro cognitivo que aquejaba al poderdante, debieron solicitar previamente la designación de apoyos y salvaguardias para no generar contradicciones.

Debido a estas situaciones contradictorias, el abogado al tomar los servicios de sus clientes, primero debió solicitar la sinceridad de los mismos y luego elaborar su teoría del caso y recabar los medios de prueba pertinentes. Otra constante en los hechos es el desequilibrio económico en el precio pactado, pareciera que en el fondo este fue el motivo que habría generado el conflicto de intereses, tomando en cuenta el vínculo de familiaridad de ambas partes, se infiere que el abogado habría evaluado la acción rescisoria por lesión en el precio; sin embargo, a la fecha de la presentación de la demanda, esta pretensión ya habría caducado

conforme al artículo 1454 del Código sustantivo, que expresamente regula que la acción por lesión caduca a los seis meses de cumplida la prestación a cargo del lesionante, pues la escritura pública materia de nulidad es de fecha 12 de julio del 2019 y ante ello habría intentado forzar la solución del conflicto alegando causales de nulidad de acto jurídico.

Asimismo, De los medios de prueba ofrecidos por la parte demandante, no existe ni uno que pueda acreditar la falta de manifestación de la voluntad o las demás causales que alega, ofrece medios de prueba que son impertinentes al caso como es el Certificado domiciliario otorgado por la entidad municipal, Certificado de Posesión otorgado por la Asociación Pro Vivienda Los Maizales, Informe de valorización del inmueble, mediante los cuales la demandante pretende acreditar que su poderdante nunca transfirió el inmueble, seguiría viviendo en ella y acreditaría el ínfimo precio que se habría estipulado; sin embargo, el acto jurídico materia de nulidad tiene como objeto la compraventa de derechos y acciones y no de un bien inmueble determinado. siendo la única opción incoar la demanda y dirigirla con la pretensión correcta, que en este caso debió solicitarse la anulabilidad del acto jurídico por simulación relativa y así obtener un pronunciamiento de fondo y no iniciar un proceso en con deficiencias sustanciales en la demanda, ocasionando una carga procesal innecesaria al sistema judicial y un menoscabo económico a la parte demandante.

## **1.2. Análisis del Auto Admisorio de la Demanda**

Mmediante resolución Nro. 01 de fecha 24 de mayo del 2021, se resolvió admitir a trámite la demanda interpuesta por Alicia Quispitupa Ramos en representación de José Quispitupa Huamán sobre Nulidad de Acto Jurídico consistente en la escritura pública de fecha 12 de julio del 2019 y accesoriamente la cancelación del asiento registral 163 de la partida registral 02018945, contra Tania Romoacca Quispitupa, en la vía del proceso de Conocimiento y bajo el sistema de la oralidad civil, dicha resolución fue debidamente notificada, junto a la demanda y anexos de la demandada en fecha 04 de junio del 2021.

El Juez al admitir la demanda, tras haber realizado la calificación de la misma, considera que que cumple con los requisitos de admisibilidad contenidos en los artículos 130, 424 y 425 del Código Procesal Civil, verificándose que no incurre en ninguna de las causales de inadmisibilidad e improcedencia previstas en los artículos 426 y 427 del mismo cuerpo legal; concurriendo en consecuencia, los presupuestos procesales y los presupuestos materiales

necesarios para su viabilidad; pese a las observaciones anteriormente detalladas el juez no debió admitir a trámite la demanda, sino debió declarar improcedente porque no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio, conforme al artículo 427 inciso 4 del Código adjetivo, pues como hemos visto existe manifiesta incongruencia entre el petitum y la causa petendi.

### **1.3. Emplazamiento de la Demanda**

L demandada fue válidamente notificada mediante Cédula de Notificación N°44414-2021-JR-CI, con la resolución N°01 (auto admisorio), la demanda y sus anexos, en su domicilio real ubicado en APV Los Maizales Lote B1-D-Cusco/Cusco/San Jerónimo en fecha 04 de junio del 2021, en cuya cédula consta su firma de la demandada. Se advierte que en el auto admisorio de la demanda se resolvió notificar a la demandada, en el domicilio proporcionado en la demanda como en la ficha RENIEC. - (CALLE SAN AGUSTIN GAMARRA Nro. 126- SAN JERONIMO - CUSCO), empero en la demanda se precisó que tiene como domicilio ubicado en APV Los Maizales Lote B1-D-Cusco/Cusco/San Jerónimo, sin perjuicio de ello también se notificó en el otro domicilio.

#### **A. Sobre la formulación de tacha de documentos y testigos**

En fecha 11 de junio del 2021, la demandada formula tacha contra documentos adjuntados y testigos ofrecidos por el pate demandante.

#### **Respecto a los documentos**

Formula tacha contra el Certificado de domicilio Nro. 088-2021-GAT-MDSJ de fecha 05 de marzo del 2021, Certificado de posesión emitido por la asociación los Maizales de fecha 24 de febrero del 2021, informe médico de fecha 22 de febrero el 2021, Cartas notariales Nro. 01-2021 y 02-2021 de fecha 19 de abril del 2021, Extracto de la cuenta Nro. G106142331000090352 donde figuran como clientes Julia Quispitupa Ramos y el Sr. José Quispitupa Huamán, Acta de Nacimiento de Tania Romoacca Quispitupa; tomando en cuenta que la tacha de documentos es una cuestión probatoria tiene objetivo disminuir la eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él; sin embargo, de los fundamentos que presenta la demandada, no cuestiona si dichos documentos son falsos o adolecen de una formalidad esencial que resten su eficacia, mucho menos presenta medios de prueba para dicha cuestión probatoria, muy por el contrario fundamenta

que los documentos materia de tacha son impertinentes, alegaciones que son propios durante la fijación de puntos controvertidos y no mediante las cuestiones probatorias.

### **Respecto a la declaración de testigos**

Formula tacha contra la declaración Testimonial del Sr. Eduardo Rómulo Quispitupa Ramos y Doris Isabel Quispitupa Ramos, *precisando que son hijos del demandante*, error material que se cometió, pues son hijos del poderdante, que por tener filiación existente entre ellos determinaría su inclinación para favorecer a la demandante, alegación que es correcta, empero el abogado no alega la norma aplicable; por lo que, el abogado de la parte demandante comete un error al ofrecer los hermanos de la demandante, siendo prohibidos para este tipo de casos, conforme al artículo 229 inciso 1, de Código adjetivo. Debió ofrecer como testigo a otras personas por ejemplo a los vecinos.

### **B. Sobre la Absolución de Tachas**

Mediante escrito de fecha 16 de junio del año 2021, la demandante absuelve las tachas formuladas por la demandada, frente a las documentales refiere que la demandada no ha cuestionado la nulidad o falsedad de dichos documentos y ante las testimoniales refiere que por tratarse de un círculo familiar, los hijos del poderdante han constatado sobre el aprovechamiento económico de la transferencia del inmueble, además del maltrato familiar al que es sometido el padre de la demandante, por ello solicita declarar infundada la tacha, fundamentos que no tienen sustento, si bien alega que el vendedor fue sometido a maltrato familiar, empero la materia que se pretende en el presente caso es muy diferente a lo que alega.

### **Análisis**

El abogado de la demandada ha cometido errores al formular tacha contra los documentos ofrecidos por la demandante y ha tenido acierto frente a los testigos, empero además de formular cuestiones probatorias, debió proponer medios de defensa, como una excepción, en este caso hubiera sido pertinente proponer la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, esto debido a las inconsistencias anteriormente precisadas.

## 2. Contestación de la Demanda

Mediante escrito de fecha 20 de julio del 2021, dentro del plazo correspondiente, Tania Romoacca Quispitupa, contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos en base a los siguientes fundamentos:

- Señala ser propietaria del predio B1-D, el cual cuenta con una extensión territorial de 132.68 metros cuadrados conforme se desprende de la escritura pública de compra y venta de derechos y acciones de inmueble de fecha 12 de julio del 2019, celebrado entre el señor José Quispitupa Huaman y mi persona la Sra. Tania Romoacca Quispitupa en la notaría del Dr. Luis Alberto Lira Apaza. Documento que habría sido revestido de formalidad para subsiguiente inscripción registral, porque hubo la participación de dos agentes capaces, la correspondiente manifestación de voluntades de ambas partes, se persiguió un fin lícito al celebrar un contrato regulado por el código civil, la posibilidad jurídica de transferir un inmueble y se le dio la formalidad correspondiente. se le realizó el depósito bancario en la cuenta de ahorro del vendedor, se pagó el impuesto de alcabala al municipio correspondiente, se presentó la declaración jurada del pago del impuesto a la renta, los cuales fueron insertados en la escritura pública, asimismo tomando en consideración la edad del vendedor se recabó el correspondiente certificado psicológico con el cual se acreditó la capacidad del vendedor.
- **Respecto a la causal de falta de manifestación de voluntad del agente**  
Sobre esta causal refiere que poderdante fue el que le ofreció la posibilidad de adquirir dicho bien y luego se celebró el acto jurídico firmando la minuta correspondiente con las respectivas huellas dactilares y fue el Notario, que dio fe de la formalidad de dicho documento. Asimismo, el mismo notario no habría requerido certificado psicológico pese a la edad del vendedor, examen a quien se le practicó concluyendo que se encontraba lucido en espacio y tiempo y por ende apto mentalmente para celebrar cualquier tipo de contrato, documento que se encontraría en el legajo de la escritura pública. Asimismo, respecto a la intervención de la madre de la demandada con quien se habría confabulado para aprovecharse del vendedor, resulta falso pues la demandante no tiene ningún medio de prueba para corroborar tal afirmación; por otra parte, afirma que se le realizó el depósito correspondiente a

cuenta bancaria del vendedor, conforme se desprende de la escritura pública y respecto al precio ínfimo que alegan, este habría sido convenida en base a la libertad de contratar y contratación.

- Refiere que el poderdante es una persona habitual de vender terrenos, conforme a los contratos que ofrece, de los cuales se advierte que el vendedor es propietario y posesionario de sendos terrenos privados y comunales.
- Respecto de que el poderdante sigue poseyendo el bien, la demandada refiere que es falso, que actualmente ella es la que vive en lote B1 -d y el poderdante en dicho predio solamente tendría un cuarto por el buen corazón de la demandada que por ser su familiar no ha realizado el desalojo correspondiente.

- **Respecto de la finalidad ilícita**

Refiere que las manifestaciones de voluntad se dirigieron a celebrar un contrato de compra y venta, acto que está dotado de seguridad jurídica porque no contraviene el ordenamiento jurídico. La demandante habría recaído en redundancias al afirmar que nunca se tuvo la intención de vender, el aprovechamiento por el vínculo familiar y que el depósito del dinero nunca llegó a las manos del vendedor. Aseveraciones que no estarían corroboradas con ningún medio de prueba; asimismo, precisa que dichas afirmaciones no tienen nada que ver con la causal pretendida, no explica la finalidad ilícita, solo expone criterios doctrinales y no equipara con el conflicto materia de proceso.

- **Respecto a la causal de contravención al ordenamiento público y las buenas costumbres**

Refiere que en la demanda incoada por el demandante, no se puede apreciar cual es la norma jurídica vulnerada con el acto jurídico celebrado consistente en la compra y venta de derechos y acciones de fecha 12 de julio del 2019, no sin precisar que normas conforman dicho orden, siendo así que el accionante indica que el acto jurídico de compra y venta de derechos y acciones de fecha 12 de julio del 2019 celebrado es ilícito, y que de la revisión de la presente no hay fundamento alguno que el acto jurídico sea contrario al ordenamiento jurídico que solo indica que se ha trasgredido normas imperativas relacionadas a la entrega del bien y la constancia de medio de pago del precio de venta supuesto que no serían reales.

### **Análisis de la contestación de la demanda**

Ejerciendo su derecho de contradicción que le asiste a la demandada, cumplió con los requisitos y contenido de la contestación de la demanda, conforme estipula el artículo 442 del Código Procesal Civil, se pronunció respecto de cada uno de los hechos, empero incurre en contradicción respecto al estado psicológico por la edad del vendedor, refiere que esta situación no habría sido requerida por el notario al momento de otorgar la escritura pública; sin embargo, en esa misma línea refiere que se le practicó el examen psicológico el cual determinó la lucidez del vendedor, documento que debe rezar en legajo de la escritura pública, de lo que se concluye que el notario habría requerido dicho examen y estaríamos ante un error material del abogado.

Por otra parte, ofreció medios de prueba, consistente en contratos privados de compraventa con lo cual pretende demostrar que el poderdante es una persona habitual para celebrar ese tipo de actos jurídicos; asimismo, alegando el principio de adquisición procesal ofrece los medios de prueba presentados por la demandante, consistentes en la escritura pública de compra venta de fecha 12 de julio del 2019, copia certificada del asiento Nro. 163 de la partida electrónica Nro. 02018945 y el estado de cuenta Nro. G106142321000162647 de propiedad de José Quispitupa Huaman.

### **3. De la demanda Reconvencional**

En el mismo escrito de contestación la demandada propone reconvención con la pretensión principal de reivindicación para para lograr la restitución de parte del Lote de Terreno B1-D ubicado en la Asociación de Vivienda Loa Maizales del distrito de San Jerónimo, provincia y departamento del Cusco de una extensión de 132.68 m<sup>2</sup> y perímetro de 46.98 ml, cuyo inmueble corre inscrita en el asiento 163 con P.E. Nro. 02018945, a fin de que se le restituya parte del lote de terreno B1-D por ser propietaria legítima e inscrita a nivel registral a favor de Tania Romoacca Quispitupa.

Asimismo, como pretensión accesoria el pago de frutos civiles, tomando en consideración que son casi tres años que ocupa su predio, usufructuándolo o habitándolo.

#### **- Fundamentos de Hecho**

La reconveniente precisa que es “propietaria” del predio B1-D, el cual cuenta con una extensión territorial de 132.68 m<sup>2</sup>, conforme se desprende de la escritura pública de compra venta de derechos y acciones de inmueble de fecha 12 de julio del 2019. Asimismo, refiere que en dicho documento se estableció la ubicación de bien con todas sus características, conforme a la cláusula sexta de dicho documento público y conforme a la inscripción registral; por ende, quedaría determinado el bien.

Como segundo fundamento refiere que el demandado es reacio a poder llegar a un dialogo o acuerdo, es por ello que recurre al órgano jurisdiccional con la finalidad de que se le restituya dicho bien y asimismo se determine el Mejor Derecho de Propiedad.

Respecto a la posesión del no propietario, afirma que el demandado no tiene titularidad sobre dicho bien por haberlo ya transferido, deduciéndose su posesión ilegítima; fundamentos con los cuales habría cumplido con los requisitos de la acción reivindicatoria, como es acreditar la propiedad del inmueble en su calidad de copropietaria, que el demandado posea la cosa de manera ilegítima y sin derecho a poseer y la identificación del bien materia de restitución conforme a la cláusula sexta de la escritura pública de fecha 12 de julio del 2019.

#### - **Fundamentos Jurídicos**

A lo largo de sus fundamentos de Derecho invoca normas a nivel constitucional y legal que versan sobre el Derecho de propiedad.

Respecto a la legitimidad e interés para obrar, refiere que cuenta con ello por ser propietaria registral del lote materia de reivindicación.

Y como medios de prueba, por el principio de adquisición procesal, ofrece la escritura pública materia de nulidad y las copias certificadas del asiento Nro. 163 de la P.E. 02018945 del registro de predios.

#### **Análisis de la Reconvención**

La demandada reconviene solicitando la restitución de una parte del bien, alegando que es propietaria conforme a la escritura pública materia de nulidad y la determinación de dicho bien conforme a la cláusula sexta de la misma, empero dicha cláusula señala expresamente que la compradora pasa a ser propietaria de los derechos y acciones de inmueble y para fines de una futura sub división y/o liquidación de la copropiedad se precisan las características

físicas del bien inmueble; de ello vemos, que la transferencia de los 132.68 m<sup>2</sup> estaría sujeta a la liquidación de la copropiedad; por lo que, no tendría legitimidad para obrar al alegar que es propietaria de dicho bien determinado; muy por el contrario el abogado de la reconveniente, debió tan solamente precisar la condición de copropietaria de su patrocinada respecto de la totalidad del inmueble materia de copropiedad y haber identificado la fracción del bien común que estaría ocupando indebidamente el demandado, ello conforme al artículo 979 del Código Civil, el cual regula que cualquier copropietario puede interponer la pretensión de reivindicar el bien común. Normativa que no alega en sus fundamentos de Derecho los cuales solamente versan sobre el derecho real de propiedad.

Respecto al interés para obrar, la reconveniente menciona que el demandado es reacio a poder llegar a un acuerdo, no teniendo otra alternativa que acudir al órgano jurisdiccional, situación que no acredita con ningún medio de prueba y esto generaría que no sea admitido por el órgano jurisdiccional.

A nuestro criterio es innecesario haber planteado demanda reconvenicional de reivindicación, conforme a los hechos de la demanda y contestación, ambas partes coinciden que tanto el abuelo y nieta viven juntos en el bien inmueble, incluso antes de la transferencia de dicho bien la nieta se obligó a cuidar de su abuelo, condición que le habría permitido vivir en dicho, si de haber prosperado dicha pretensión y para solicitar que el demandado desocupe el bien y teniendo en cuenta la edad y el vínculo familiar esta no habría prosperado porque los jueces de cierta manera habrían invocado consideraciones de carácter constitucional, como la tutela de la dignidad humana, la familia, en especial de los ancianos en situación de vulnerabilidad, así como los deberes de asistencia recíproca entre padres e hijos.

#### **4. Auto que admite la Contestación de la Demanda y resuelve declarar inadmisibles la Reconvenición**

Mediante resolución Nro. 06 de fecha 02 de agosto del 2021, el Sexto Juzgado Civil, resuelve dar por contestada la demanda y por ofrecidas los medios de prueba en aplicación del principio de adquisición procesal.

Respecto a la reconvenición resuelve Declarar Inadmisibles, en consecuencia concede a los recurrentes el plazo de 10 días a fin de que subsane el derecho advertido, con apercibimiento de ser rechazado; sin embargo, en sus considerando segundo invoca el artículo 6 del Decreto

Legislativo que modifica la ley Nro. 26872 o Ley de Conciliación, respecto de la Falta de Intento Conciliatorio en el cual se señala: *“Si la parte demandante en forma previa a interponer su demanda judicial no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarara improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar”*, siendo que la pretensión es materia conciliable, para declarar inadmisibile se alega las causales reguladas en el artículo 426 incisos 1 y 2 del Código adjetivo, en todo caso debió invocar el último párrafo del artículo 445 de dicho código, el cual regula lo siguiente: *“en caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable el juez para “admitirla” deberá verificar la asistencia del demandado a la audiencia de conciliación”*.

A nuestro criterio la reconvencción debió ser declarado improcedente por la falta de legitimidad para obrar, pues al momento de formular la reconvencción expresamente se precisa que la reconveniente es propietaria del bien inmueble materia de reivindicación; sin embargo, conforme a la escritura pública materia de nulidad la reconveniente es propietaria de derechos y acciones sobre un predio sujeto a una futura sub división y liquidación de la copropiedad.

Posteriormente mediante resolución Nro. 08 de fecha 02 de setiembre del 2021 se resuelve rechazar la demanda reconvenccional debido a que Tania Romoacca Quispetupa no cumplió con subsanar y adjuntar el acta de conciliación. Asimismo, de acuerdo a la implementación de la oralidad del proceso civil se cita a la audiencia preliminar fijando la agenda sobre el cual va a tratar dicha audiencia y debido al estado de emergencia por consecuencia de la pandemia del COVID-19 resuelve citar a Audiencia Preliminar para el día tres de noviembre del 2021, audiencia que fue realizada de manera virtual.

## **5. Audiencia Preliminar**

La audiencia se realizó bajo la dirección del magistrado Luis Alberto López Trelles y con la asistencia de ambas partes y sus respectivos abogados, realizada la acreditación de los mismos el juez procedió a dar lectura de las reglas de comportamiento, acto seguido se realizó la exposición de apertura y se invitó a las partes para que expongan su teoría del caso.

### **5.1. Teoría del caso de la parte demandante**

El abogado expone su teoría del caso en base a los hechos que consignó en la demanda, presentado un alegato muy redundante y precisa que por el deterioro cognitivo que le aquejaba al vendedor es causal de incapacidad mental, motivo del cual se habrían aprovechado la demandada y su progenitora; sin embargo, el abogado comete el error en alegar la incapacidad mental del vendedor, pues al momento de los hechos esta causal fue derogada por el Decreto Legislativo 1384, situación que debilitó aún más su teoría del caso, si bien en esas condiciones expuso los elementos facticos y probatorios, empero no se refirió ni sustentó el elemento jurídico de su teoría del caso.

### **5.2. Teoría del caso de la parte de demandada**

Igualmente el abogado de la demandada expone su teoría del caso, a diferencia del otro abogado expone los hechos sustentando con los medios de prueba, precisa que el acto jurídico materia de nulidad se realizó con todas las formalidades de ley, tal como se acredita con la escritura pública donde el notario evaluó al vendedor y realizó el control biométrico correspondiente, situación que acreditaría que el vendedor otorgó su manifestación de voluntad, es por ello que cuestiona la condición de salud del vendedor afirmando que el informe médico que diagnostica el deterioro cognitivo del vendedor es de fecha posterior de la compraventa después de dos años de haber celebrado la escritura pública materia de nulidad; asimismo, respecto al depósito efectuado en cuanto al precio, afirma que la demandante ha consignado dos cuentas bancarias una mancomunada a nombre del poderdante y de su hija (madre de la demandada) y otra a nombre del poderdante y de los cuales precisa que el dinero se depositó a su cuenta personal del vendedor y no a la cuenta mancomunada, también precisa que el poderdante es una persona habitual en celebrar contratos de compraventa de sus sendos terrenos conforme a los documentos que alega. A diferencia de sus fundamentos de hecho precisa que la suma ínfima en cuanto al precio, configura causal de rescisión del contrato que no ha sido alegada por la parte demandante. De igual forma en estos alegatos no se sustentó los fundamentos jurídicos.

### **5.3. Invitación a Conciliar**

El Juez ante las posiciones antagónicas y pese a que naturaleza de la pretensión no es materia de conciliación, invita a las partes a solucionar el conflicto mediante conciliación, invocando

a las partes su predisposición a una solución consensuada del caso, resaltando el vínculo de familiaridad de ambas partes. Ante la invitación del juez el abogado de la parte demandante precisa que se encuentra conjuntamente con la demandante y los demás hijos del vendedor quienes tienen la predisposición de llegar a un acuerdo, pero precisando que se les pague un precio justo, del cual inferimos que el conflicto se originó por lesión en el precio materia de compraventa. Ante ello la parte demandada precisa que extrajudicialmente trataron de conciliar en dos oportunidades, en las cuales no se presentaron y en audiencia y debido a ello no desplegó predisposición para llegar a un acuerdo.

#### **5.4.Saneamiento Procesal**

De acuerdo al artículo 41 del Reglamento de Actuación para los Módulos Civiles Corporativos de Litigación Oral, precisa que, tras la frustración del intento conciliatorio o la conciliación parcial, proseguirá con la verificación de la existencia de una relación jurídica procesal válida, emitiendo resolución sobre excepciones procesales y cuestiones previas y sobre el resultado del ejercicio de la facultad de saneamiento procesal.

Del acta de resumen de audio video se consignó la parte demandada interpuso excepciones, siendo esto una transcripción errónea pues en el caso no se han interpuesto dichas excepciones.

Seguidamente mediante resolución Nro. 09, se resuelve declarar saneado el proceso, precluyendo toda actividad procesal tendiente a cuestionar la relación procesal y procedencia de la demanda.

Teniendo en cuenta que el saneamiento procesal, es un mecanismo de depuración o pasteurización del proceso, el Juez no revisó nuevamente la concurrencia de los presupuestos materiales y procesales, en una segunda oportunidad de expurgación de la demanda.

En ese sentido el magistrado, al haber escuchado la teoría del caso de la parte demandante, quien sustentó con los mismos hechos de su demanda y se advirtieron los defectos que generan la ausencia de conexión lógica entre el petitorio y los hechos y mucho más, cuando alegó causales ya derogadas en el código sustantivo y más las alegaciones de la parte demandada, en base al principio de inmediación que sustenta este sistema procesal, debió declarar improcedente la demanda.

### **5.5. Invitación a proponer hechos controvertidos y no controvertidos**

El Juez invita a las partes procesales, a través de sus abogados, a proponer puntos controvertidos. El abogado de la demandante propone los puntos controvertidos

- Determinar la inexistencia de manifestación de voluntad del vendedor en el momento de otorgar la escritura pública.
- Determinar la causa generadora del acto no concuerda con la voluntad del agente y la existencia de la desproporción entre el valor del bien y precio de venta
- Determinar si el demandante mantiene la posesión del inmueble materia de venta y así como su estado de vulnerabilidad en la realización del acto jurídico
- Determinar el aprovechamiento del estado de vulnerabilidad

El abogado de la parte demandada propone los siguientes puntos controvertidos

- Determinar si el acto jurídico celebrado cumple con los requisitos legales
- Determinar si el señor José Quispitupa Huaman en fecha 12 de julio estaba dotado de incapacidad
- Determinar si el señor José Quispitupa Huaman es habitual en realizar contratos de transferencia tomando en consideración la edad que tiene
- Determinar si la posesión que ejerce el señor José Quispitupa Huaman es determinante para ser propietario

### **5.6. Fijación de puntos controvertidos**

Es el momento donde el Juez determina cuales son los hechos en controversia y cuáles han sido admitidos por ambas partes y ante la propuesta de las partes mediante resolución Nro. 10 se determina los siguientes puntos controvertidos.

- Determinar si al momento de la celebración de la compra venta entre Jose Quispetupa Huaman y Tania Romoacca Quispetupa el 12 de julio 2019, el vendedor se encontraba en la capacidad de ejercicio para celebrar actos jurídicos.
- Determinar si en existencia de deterioro mental por parte del vendedor esto genera una falta de manifestación de voluntad

- Determinar, si a la fecha de la celebración del acto jurídico el demandante José Quispetupa Huaman había realizado en fechas coetáneas actos jurídicos. similares con terceras personas
- Determinar, de ser el caso la existencia de una diferencia entre precio de venta y el precio real del inmueble a la fecha de celebración del acto jurídico puede considerarse a una causal de nulidad por contener un fin ilícito
- Determinar, si en la celebración del acto jurídico materia de nulidad sean controvertido de orden público o las buenas costumbres

### **Punto no controvertido**

El hecho que la demandada Tania Romoacca Quispe se encuentra en posesión del inmueble materia de litis y que el señor Jose Quispetupa Huaman se encuentra en posesión parcial en el inmueble materia de litis. Hecho reconocido por ambas partes y quedan conforme con dicha resolución.

Respecto a la tacha interpuesta por el abogado de la parte demandada se emitió la resolución Nro.11, la misma que ha sido corrido traslado mediante resolución tres y absuelta por la parte demandada por resolución 4, no habiendo presentado medios probatorios dentro de la tacha propuesta el juez resuelve que la tacha formulada será resuelta conjuntamente con la sentencia, emitida dicha resolución las partes quedan conforme. Sin embargo, la demandante no cuestionó los medios de prueba ofrecidas por la demandada al momento de contestar la demanda, consistente en los contratos de compraventa con los cuales la demandada pretende acreditar que el vendedor es una persona habitual para celebrar actos jurídicos similares a la cuestionada.

### **5.7.Saneamiento Probatorio**

El abogado de la parte demandante procede a oralizar sus medios de prueba sin mayor fundamento solamente presenta de manera descriptiva, terminado ello el abogado de la parte demandada cuestiona los medios de prueba sobre los cuales ha formulado tacha, asimismo resalta que la mayor parte de los hechos solo quedan en palabras, no existen medios de prueba para sustentar lo afirmado y respecto de la declaración de parte se encuentra conforme.

Terminado ello, el abogado de la demandada pasa a sustentar los medios de prueba ofrecidos en su contestación, principalmente hace énfasis en los contratos de compraventa celebrados por el poderdante, los cuales son coetáneos a la compraventa materia de nulidad; ante ello, el abogado de la demandada refiere que puso en vista de los mismos al poderdante, quien niega dichos documentos y la firma que reza en ellos, asimismo refiere que instaran otro proceso de nulidad de acto jurídico frente a esas documentales.

Acto seguido mediante Resolución No. 12 se resuelve admitir los siguientes medios probatorios:

#### **Pruebas de la parte demandante**

- Escritura pública de fecha 12 de Julio del año 2019, denominado Compra Venta de derechos y Acciones de bien inmueble que otorga José Quispitupa Huamán a favor Tania Romoacca Quispetupa.
- Copia literal certificada del asiento 141 y 163 de la partida Registral Nro. 02018945 del Registro de Predios de los Registros Públicos del Cusco.
- valorización del Inmueble realizado por el Ing. Herbert H. Zevallos donde se precisa como valor de propiedad en la suma de 217,494.24 soles.
- Documento emitido por el Hospital Regional del Cusco de fecha 22 de febrero donde se establece como diagnóstico DETERIORO COGNITIVO conforme a las atenciones realizadas en los servicios de Psicología y Neurología de dicho hospital.
- Dos cartas notariales cursadas a la demandada Tania Romoacca Quispetupa y a su progenitora Julia Quispetupa Ramos
- Copia de extracto de movimiento de las cuentas aperturadas en la Caja Municipal de Cusco N° G106142321000162647-H, y G106142331000090352-H éste último a nombre del poderdante y de Julia Quispetupa Ramos.
- Acta de nacimiento de Tania Romoacca Quispetupa el cual acredita su condición de hija de Julia Quispetupa Ramos y demuestra el vínculo de consanguinidad con el poderdante
- Inspección Judicial en el inmueble ubicado en la APV Los Maizales Lote B1-D del Distrito de San Jerónimo, Provincia y Departamento del Cusco

- Declaración de parte de la demandada, en este caso se ofreció la declaración del poderdante.

Respecto de la admisión de la inspección judicial el juez refiere actuar con la finalidad de acreditar las edificaciones, empero consideramos que este medio de prueba no guarda relación con los puntos controvertidos, pues el mismo magistrado rechazó medios de prueba referentes a la posesión de dicho terreno, mucho más si el presente caso es materia de nulidad de acto jurídico consistente en la compraventa de derechos y acciones de inmueble.

#### **Pruebas de la parte demandada**

- Escritura pública de compra venta de inmueble de fecha 12 de julio del 2019
- Copia Certificada Del Asiento 163 DE LA P.E N° 02018945 del registro de predio de la SUNARP-CUSCO
- Estado de cuenta N° G106142321000162647 De Propiedad De Jose Quispitupa Huaman
- Contrato privado de compra venta de terreno a futuro de fecha 24 de marzo del 2017
- Minuta de transferencia de terreno de fecha 3 de julio del 2019
- contrato de compra venta de lote de terreno de fecha 27 de diciembre del 2019
- contrato de transferencia definitiva de posesión de lote de terreno de fecha 22 de mayo del 2020
- Copia de los Bauchers de depósito al número de cuenta del señor José Quispitupa Huaman

#### **Pruebas rechazadas**

se rechaza los medios de prueba de parte del demandante consistente en certificado de domicilio otorgado por la municipalidad y el certificado de posesión y también se rechaza la declaración testimonial de Julia Quispitupa Ramos, Eduardo Rómulo Quispitupa Ramos , Doris Isabel Quispitupa Ramos, precisando que dichas declaraciones se encuentran incursas en causal de impedimento con prohibición conforme al artículo 229 inciso 3 del CPC, porque se trata de hermanos de la demandante e hijos del poderdante. Frente a ello el abogado de la parte demandante interpone recurso de apelación respecto a las pruebas rechazadas y el abogado de la parte demanda manifiesta su conformidad con la decisión judicial.

Luego a ello, se emite resolución Nro. 13, se resuelve fijar fecha para realizar la inspección judicial y la declaración de parte.

### **Apelación contra resolución que rechaza los medios probatorios ofrecidos por la demandante**

El abogado de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la resolución Nro. 12 que resolvió rechazar sus medios probatorios correspondientes a la declaración testimonial de las personas Julia Quispetupa Ramos, Eduardo Rómulo Quispitupa Ramos y Doris Isabel Quispetupa Ramos, precisando que el juez rechazó precisando que dichas declaraciones se encuentran incurso en causal de impedimento con prohibición conforme al artículo 229 inciso 3 del código adjetivo. Frente a ello, el abogado fundamenta que si bien es cierto que la normativa aplicada tiene prohibido la declaración de testigos cuando se trata de familiares; sin embargo, excepcionalmente pueden declarar cuando se trata de Derecho de Familia, si bien es cierto que el caso trata de la nulidad de acto jurídico, empero estaría completamente relacionado al ámbito familiar existente entre las partes, reitera el estado de vulnerabilidad y el aprovechamiento que habría sufrido el poderdante, precisamente por la confianza entre familiares y la declaración de ellos sería prueba necesaria, sustenta su agravio en que se le estaría afectando el derecho de defensa y derecho de actuar pruebas el cual conforme al debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Fundamentos que no tienen sustento normativo, la norma prohibitiva es expresa y no requiere mayor intención y la excepcionalidad al que refiere es una rama del Derecho Civil diferente a la materia del Acto Jurídico, si bien el Acto Jurídico tiene relación con las demás ramas del Derecho Civil, empero en el presente caso no existe ninguna institución del Derecho de familia que se haya propuesto.

### **6. Audiencia de Pruebas**

De acuerdo al reglamento de la actuación para los Módulos Civiles de Litigación Oral, el juez tras concluir la fase de saneamiento probatorio, evaluara la pertinencia de convocar a audiencia de pruebas o prescindir de ella, en el presente caso se resolvió convocar a dicha audiencia, consistente en la inspección judicial y declaración de parte, las cuales se realizaron el mismo día

La audiencia de pruebas se realizó el día tres de diciembre del 202, instalada dicha audiencia se prosiguió con la lectura de reglas de comportamiento que deben observar las partes durante el desarrollo de la audiencia.

### **Actuación de Pruebas**

Respecto a los documentos el juez dispuso en su mérito al momento de resolver

Respecto a la declaración de parte, estando presente en la audiencia ambas partes se dispuso tomar la declaración correspondiente.

### **Declaración de Parte de José Quispitupa Huamán**

El poderdante conforme al artículo 214 del Código adjetivo en su último párrafo regula lo siguiente: *“la parte debe declarar personalmente, excepcionalmente, tratándose de persona natural, el juez admitirá la declaración del apoderado.”* En razón a ello el poderdante ha declarado en los siguientes términos:

Conforme al pliego interrogatorio ofrecido por la demandante, refiere que nunca vendió el inmueble, que efectivamente vive con su nieta la demandada hace 14 años en el predio ubicado en APV los Maizales en el cual tiene construcciones de adobe y la acogió con la finalidad de que se encargue de pago de servicio agua y luz, asimismo refiere que nunca recibió dinero alguno por la compraventa y sobre los retiros de los depósitos refiere que no sabe nada que solamente ha escuchado, categóricamente refiere que nunca firmó el documento que contiene el acto jurídico materia de nulidad y que la demandada le molesta mucho y falta que le heche con agua.

Terminado ello, el abogado de la demandad realiza las preguntas correspondientes y ante ellos negó categóricamente haber firmado contrato alguno.

De la declaración de parte, por intermediación procesal se aprecia que el poderdante solo refiere que sufre de problemas auditivos y tiene lucidez mental porque responde que si tiene terrenos en la comunidad de Sucso Aucalle desde épocas de la Reforma Agraria, a nuestra consideración y según la teoría del caso del abogado de la demandante, no se debió ofrecer este medio de prueba, pues en el juez por intermediación procesal se le generó duda sobre el

posible estado de vulnerabilidad, pues el poderdante no tiene problemas en manifestar su voluntad.

### **Declaración de Parte de Tania Romoacca Quispetupa**

conforme al pliego interrogatorio ofrecido por la demandante, el juez procede a interrogar, refiere que no fue acogida por el poderdante, sobre la oferta de venta del terreno en derechos y acciones refiere que no conoce los términos de las cuotas ideales, empero sobre la oferta de venta precisa que el poderdante si ofertó la venta de forma oral ante sus amigos, refiere que su abuelo solicitó el precio de 70 000.00 soles por la compraventa y de ello la demandada pagó sus deudas que poseía el vendedor y le hizo el depósito de 64 000.00 soles por el precio del bien a su cuenta personal del vendedor, que desconoce la participación de su progenitora en el momento de celebración del acto jurídico y de la cuenta bancaria mancomunada, asimismo refiere que su abuelo sobre la celebración de compraventa no quería que se enteren sus demás hijos, especialmente de la que hoy es su apoderada por lo interesada que es y por motivos de que a todos sus hijos ya les habría dividido su interés(inferimos que se refiere a anticipos de legitima), sobre las edificaciones de adobe refiere que su abuelo en un inicio que él se iba irse que le den un tiempo para que se retire y por ello le entregó la posesión de esos ambientes.

Respecto de las preguntas del abogado de la demandante refiere que vive en dicho inmueble hace 07 años y no 12 años y respecto al valor de los lotes por la zona refiere que desconoce.

De dicha declaración de aprecia que la demandada efectivamente habría celebrado el acto jurídico con su abuelo, empero el vendedor no habría querido que sus demás hijos se enteren, del cual inferimos que habrían simulado dicho acto jurídico, esto también conforme a los hechos expuestos en la demanda, donde se precisó que el vendedor solo quería aparentar la venta.

En aplicación del artículo 209 del Código Procesal Civil, el juez debió disponer la confrontación entre las partes, para lograr la finalidad de este medio de prueba.

Habiéndose actuado los medios probatorios ofrecidos de las partes procesales, el juez da por concluido la etapa probatoria; sin embargo, el abogado de la demandante advierte que aún no se ha resuelto su recurso de apelación contra la resolución mediante el cual se rechazó

sus medios probatorios, por ello a efecto de no causar nulidades y estando pendiente las resultas de la apelación se reserva los alegatos de clausura.

#### **7. Del Auto de Vista que resuelve sobre el rechazo de medios de prueba**

Mediante resolución Nro. 02 de fecha 22 de febrero del 2022, la Sala Civil resuelve confirmar el auto contenido en la resolución Nro. 12 de fecha 03 de noviembre del 2021, en el cual se resolvió rechazar las declaraciones testimoniales ofrecidos por la demandante, concretamente confirma dicha resolución en aplicación del artículo 229 del código adjetivo, considerando que en el presente caso no existen los supuestos previstos en libro III del Código Civil referido al Derecho de familia, como lo advertimos anteriormente el recurso de apelación interpuesto no tenía mayor fundamento ante la manifiesta causal de prohibición, medio impugnatorio que solamente ocasionó dilaciones innecesarias evitando así que en audiencia de pruebas se expongan los alegatos de clausura.

Mediante resolución Nro. 17 de fecha 18 de abril del 2022, se da cuenta del auto de vista que confirmó la resolución materia de apelación; por lo que, el Juzgado dispone que se pone en conocimiento de las partes que los autos se encuentran expeditos para emitir sentencia, dejando a salvo el derecho de las partes para que puedan presentar sus alegatos de ley, alegatos o informe oral.

#### **8. Sentencia de Primera Instancia**

Mediante resolución Nro. 18 de fecha 03 de mayo del 2022, el Sexto Juzgado Civil emitió sentencia resolviendo infundadas las tachas formuladas por la parte demandada contra los medios probatorios del demandante y DECLARANDO INFUNDADA la demanda de NULIDAD DE ACTO JURÍDICO en consecuencia, INFUNDADA la pretensión accesorio de cancelación del asiento 163 de la partida 02018945 del registro de la propiedad inmueble de Cusco. Asimismo, resuelve dejar sin efecto la medida cautelar dictada en autos, oficiando para tal efecto a la Superintendencia de los registros públicos y condenando con costas y costos de acuerdo a los siguientes considerandos:

#### **Respecto de las tachas formuladas por la parte demandada**

Mediante resolución Nro. 11 Habiendo formulado la parte demandada Tachas la misma que fue puesto en conocimiento y absuelta por la parte demandante, no habiendo presentado

medios probatorios dentro de la tacha propuesta el Juez dispuso resolver conjuntamente con la sentencia.

Respecto a la Tacha del Certificado de domicilio y Certificado de posesión del poderdante, Conforme a la resolución Nro. 12 de fecha 03 de noviembre del año 2021, se rechazó las pruebas ofrecidas por la parte demandante referidas a los certificados antes mencionados, en tal sentido, al no ser configuradas como pruebas en el proceso, el Juez considera que carece de objeto manifestarse sobre la tacha.

Respecto a la Tacha de las Cartas notariales Nro. 01-2021 y 02-2021 de fecha 19 de abril del 20212; el Juez señala que la carta notarial solo tiene como objeto dejar constancia de lo manifestado por quien lo suscribe, lo que de por si no significa que el contenido de lo expresado en ella sea cierto, por lo que dicho medio será valorado conjuntamente con los demás medios de prueba para determinar el aporte probatorio que se le puede asignar. Asimismo, señala que la parte demandada solo hace una apreciación con respecto a la carta, mas no ataca la falsedad ni la nulidad de esta.

Respecto a la Tacha del Extracto de la cuenta Nro. G106142331000090352 donde figuran como clientes Julia Quispitupa Ramos y el Sr. José Quispitupa Huaman; el Juez señala que la demandada no refiere en su fundamento, si el documento es Nulo o Falso, por ello desestima la tacha, en el sentido, que de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, se verifica que la cuenta fue aperturada entre el señor José Quispitupa Huaman y su hija Julia Quispitupa Ramos fue en forma mancomunada. En consecuencia, la tacha debe ser desestimada.

Respecto del Acta de Nacimiento de Tania Romoacca Quispitupa. la parte demandada no refiere en su fundamento, si el documento es Nulo o Falso, además de la supuesta impertinencia, sin embargo, ha sido materia de calificación, al momento de admitirla, tanto más, que el demandante manifiesta que la demandada es su nieta, por tanto, la tacha deviene en infundada.

Respecto a la declaración Testimonial del Sr. Eduardo Rómulo Quispitupa Ramos y Doris Isabel Quispitupa Ramos, en esta parte el Juez comete un error material al referirse a las cartas notariales y no a las testimoniales, pese a ello refiere que estos medios de prueba

fueron rechazados en su oportunidad y confirmadas en segunda instancia, por lo que desestima la tacha.

### **Análisis del caso y hechos probados**

El Juez en su parte considerativa realiza un análisis sustantivo de la pretensión de materia del proceso para luego analizar los hechos y se pronuncia respecto de las causales de nulidad de acto jurídico propuestos por la parte demandante.

### **Respecto a la causal de falta de manifestación de voluntad**

El marco factico de la demanda que sustenta la supuesta falta de voluntad del vendedor señalan que la demandada y su progenitora sorprendieron a su apoderado para hacerle firmar la minuta y escritura pública, no habiendo sido esta su voluntad. Así mismo hace alusión a que el vendedor padece de deterioro cognoscitivo. frente a estos hechos el juez determina que ello no constituye falta de manifestación de voluntad sino, respecto a haber sido obligado a firmar, configura vicio de la voluntad en la figura de dolo, lo cual conforme lo señala el artículo 221 inciso 2 del código civil es causal de anulabilidad del acto jurídico.

Respecto al supuesto deterioro cognitivo, al margen de haber presentado informe médico de fojas 18 que precisa que el vendedor presenta deterioro cognitivo leve, ello no constituye causal de falta de manifestación de voluntad y en todo caso la capacidad de ejercicio restringida constituye causal de anulabilidad del acto jurídico conforme al artículo 221 inciso 1 mas no causal de falta de manifestación de voluntad para determinar la nulidad del acto jurídico.

Además de ello refiere, que la demandada ha acreditado que el demandante vendedor José Quispitupa Huamán ha celebrado otros actos jurídicos de disposición, dichos actos jurídicos no han sido cuestionados por el demandante ni su apoderada, lo que acredita que a la fecha de celebración de la escritura pública materia de nulidad de fecha 12 de Julio del 2019 estaba en capacidad para celebrar actos jurídicos.

Asimismo, precisa que el acto jurídico materia de nulidad ha sido celebrado ante notario público, el mismo que ha dado fe de la capacidad de los celebrantes y su actuación personal en la celebración del acto jurídico. Lo mismo sucede con el poder otorgado por el

demandante en favor de su apoderada que interpone la demanda, lo que demuestra su plena capacidad de ejercicio y su voluntad de celebrar distintos actos jurídicos.

Respecto a la participación de la progenitora de la demandada, donde se refiere que Julia Quispitupa Ramos abrió una cuenta de ahorros y luego lo retiró ella misma apropiándose del dinero, para ello la demandante presentó un extracto de cuenta de la Caja Municipal de ahorro y crédito Cusco No. G1006142331000090352H (fojas 21) que tienen como titulares a Julia Quispe Tupa Ramos y al demandante José Quispitupa Huamán, verificándose un depósito al momento de abrir la cuenta de un monto de S/. 60,376.30 soles teniendo como fecha de apertura el 2 de junio del 2020 y un retiro de S/; 60,255.87 en fecha 18 de enero del 2021; sin embargo, refiere que la fecha de celebración de la escritura pública materia de nulidad es el 12 de Julio del 2019 habiendo hecho constar el notario que el pago del precio de sesenta y cuatro mil soles se hizo con un depósito de la Caja Cusco en la cuenta No. 106141321000162647. Siendo ello así el depósito y retiro que hace referencia la demandante no corresponde ni a la cuenta con la cual fue cancelado ni a la fecha de la celebración del acto jurídico, ya que es una cuenta con depósito y retiro posterior y diferente a la consignada en la escritura pública.

Respecto del argumento en el sentido que el valor del inmueble es de S/. 217,494.24 conforme a la pericia de valoración que adjunta, dichos argumentos no pertenecen a la causal de falta de manifestación de voluntad, sino de rescisión de contrato por lesión en el precio conforme al artículo 1447 del código civil. En consecuencia, el Juez determinó que la causal de falta de manifestación de voluntad debe ser desestimada.

### **Respecto a la causal de fin ilícito**

Realiza el análisis normativo de dicha causal y precisa que el demandante en primer lugar liga una vez más esta causal a hechos ya analizados en la causal de falta de manifestación de voluntad, es decir lo funda no en un destino ilícito sino en la falta de manifestación de voluntad partiendo del supuesto engaño del que fue objeto. En consecuencia, nuevamente nos encontramos frente a una causal de anulabilidad del acto jurídico por vicio de voluntad y no en una causal propio de contener un fin ilícito. Si bien el demandante habla de un aprovechamiento con el apoderamiento de su propiedad alegando que no recibió el dinero ya que dicho dinero fue depositado y retirado por la madre de la demandada, ello también

ha sido materia de análisis en la causal anterior en la medida que no está acreditado que el dinero depositado de manera conjunta por la madre de la demandada y el demandante en la caja Cusco haya sido retirada por esta , dado que como se tiene determinado el pago de la compra del inmueble materia de litis se realizó mediante cuenta distinta a la señalada por la demandante, conforme a la finalidad específica del acto jurídico en cuestión, es la transferirse la propiedad de un inmueble a cambio de una contraprestación económica, finalidad que es totalmente lícita al encontrarse amparado tal situación en el artículo 1529° y siguientes del Código Civil. en consecuencia, no se ha acreditado la existencia de causal de fin ilícito.

### **Respecto a la causal de ser contrarios a las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres**

El Magistrado precisa que de la fundamentación fáctica, solo se puede advertir una construcción argumentativa que ligue a esta causal, no ha hecho referencia a cuales en concreto serían las normas transgredidas, limitándose a repetir argumentos de la falta de manifestación de voluntad , así como de la falta de correspondencia en el negocio jurídico referida al incumplimiento de las contraprestaciones y finalmente avocarse referirse al equilibrio económico, argumentos que no terminan por sustentar la causal invocada. Es más, sobre dichos temas ya ha sido materia de análisis en los considerandos precedentes. Siendo ello así, la sola invocación de supuestos hechos no significa argumentar y sustentar una pretensión.

### **Conclusiones de la sentencia**

Analizado los hechos materia del presente proceso el juez concluye que el acto jurídico materia de nulidad celebrada entre el poderdante y la demandada, cumple con los requisitos de validez en tanto se trata de un contrato de compra venta celebrado entre agentes capaces.

Las partes han identificado la bien inmueble materia de compra venta, siendo este 0.0144% de derechos y acciones del inmueble denominado hacienda Miraflores con un área equivalente a 132.60 metros cuadrados. Se ha pagado el precio en la suma de sesenta y cuatro mil soles, monto que consta haber sido cancelado con medio de pago constituido por el

depósito en cuenta de la Caja Municipal de crédito Cusco, siendo que el comprobante el medio de pago que ha sido insertado en la escritura pública.

La parte demandante no ha acreditado la falta de manifestación de voluntad del vendedor toda vez que los argumentos están referidos a vicios de voluntad, causales de anulabilidad, argumentos que tampoco han sido objeto de probanza. Tampoco se ha acreditado de manera fehaciente que el acto jurídico celebrado haya sido persiguiendo un fin ilícito como tampoco que haya contravenido normas de orden públicos o las buenas costumbres.

### **9. Análisis de la Sentencia**

La sentencia desde al aspecto formal cumple con tener su estructural correspondiente como es la parte expositiva, considerativa y resolutive, por lo que cumple con la formalidad del caso.

Pese a la incongruencia entre el petitorio y los hechos formulados en la demanda, el juez posterior a la audiencia de pruebas decidió resolver de acuerdo al petitum del demandante emitiendo una declaración de fondo respecto a la ausencia de nulidad de acto jurídico, advirtiendo que los hechos versan sobre causales que no general la nulidad, sino la anulabilidad del acto jurídico y pese a ello refiere que no existió pruebas para pronunciarse respecto de ello; sin embargo, tal como advertimos en el análisis de la demanda, tras una calificación liminar era evidente el resultado que se emitió en estas instancias, lo que debió desestimarse preliminarmente y no generar un gasto al sistema judicial y principalmente a las bases de la oralidad civil, respecto a que no ha tomado en cuenta las actuaciones probatorias en audiencia de pruebas, se ha realizado en vano una inspección judicial que el mismo juez rechazo como punto controvertido la posesión ejercida en el inmueble que alegaron ambas partes.

Por otra parte, respecto al supuesto deterioro cognitivo leve que el vendedor presenta el poderdante, el juez refiere que ello no constituye causal de falta de manifestación de voluntad y en todo caso la capacidad de ejercicio restringida constituye causal de anulabilidad del acto administrativo conforme al artículo 221 inciso 1 mas no causal de falta de manifestación de voluntad para determinar la nulidad del acto jurídico; sin embargo, no precisa las situaciones que generaría el deterioro cognitivo de una persona y el cual configuraría causales de responsabilidad restringida, teniendo en cuenta que el artículo 44 del Código Civil regula los

supuestos como: los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y demás supuestos. En el presente caso, de acuerdo a los hechos y medios de prueba pareciera que el vendedor sería una persona que se le podría declarar como prodigo, debido a que estaría disponiendo de sus bienes que estarían excediendo su porción disponible pese a tener herederos forzosos, esto conforme a los sendos contratos que habría suscrito. Hechos que no fueron analizados por el demandante y en este caso el juez no ha establecido sus razones por invocar la responsabilidad restringida lo que de alguna manera traería a interpretaciones que generen la nulidad de la sentencia.

Como uno de los puntos controvertidos se fijó determinar si a la fecha de la celebración del acto jurídico el demandante José Quispetupa Huamán había realizado en fechas coetáneas actos jurídicos similares con terceras personas, esto en merito a los contratos de transferencia de terrenos ofrecidos por la demandada, de los cuales el juez refiere que por no haber sido cuestionados por la demandante se tienen por acreditados; sin embargo, de los documentos ofrecidos se advierte que la demandada y su progenitora suscriben como testigos en dos contratos de compraventa, lo que sería un indicio para corroborar lo afirmado por el poderdante cuando en audiencia negó categóricamente la existencia de dichos documentos, frente a ello para tener mayor convicción sobre la habitualidad del vendedor en celebrar similares actos jurídicos, el juez en aplicación del artículo 194 del CPC debió ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, como es la declaración testimonial de los compradores de dichos inmuebles suscribientes en los documentos que ofreció la parte demandada. Aunque dicho medio prueba no hubiera sido suficiente frente al error en el modo de proponer la demanda que cometió el abogado.

#### **10. Recurso de Apelación contra la Sentencia de Primera Instancia y análisis del mismo**

Mediante escrito de fecha 18 de mayo del 2022, la demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución Nro. 18, sentencia que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y la pretensión accesorio, interpone recurso de apelación solicitando que la sentencia sea declarada nula por que el juez no valoró todos los medios probatorios y se habría realizado una indebida interpretación de la normativa civil el cual afecta su derecho a la debida motivación y por ende el derecho al debido proceso.

Respecto a la indebida interpretación de la normativa civil, el apelante refiere que el A Quo ante el deterioro cognitivo del vendedor habría invocado la incapacidad relativa, institución que efectivamente se encuentra derogada; sin embargo, debemos precisar que el Juez precisó que se trataría de la capacidad de ejercicio restringida, institución que sigue vigente en nuestra normativa, por lo que el apelante tiene una errada interpretación de estas instituciones, lo que debió cuestionar es la incongruencia de su conclusión cuando afirma que los hechos se configurarían en causal de anulabilidad por mediar dolo y a la misma vez refiere que el acto jurídico sería anulable por la capacidad de ejercicio restringida del vendedor sin precisar en cuál de los supuestos que regula el artículo 44 del código civil.

Respecto a la manifestación de voluntad invoca los mismos argumentos de su demanda, refiere que el A Quo no ha cuestionado el proceder del notario en el otorgamiento de escritura pública al haber emitido dicho documento sin tomar en cuenta la incapacidad y no haber solicitado un examen de salud mental por un médico psiquiatra y no por un psicólogo; frente a ello vemos que el mismo recurrente cuestiona la incapacidad del vendedor así como lo hizo en la audiencia preliminar y del examen que se le debió realizar al vendedor en sede notarial no es una causal de nulidad de acto jurídico a pesar de ello, es evidente la contradicción en que incurre el abogado cuando cuestiona el otorgamiento de escritura pública, cuando la misma parte demandante ha presentado el testimonio de otorgamiento de poder especial, acto que fue realizado después de dos años de escritura pública materia de nulidad, acto que fue realizado con las mismas condiciones con el que se otorgó poderes especiales a la demandante.

Asimismo, recién en esta instancia el abogado expresamente refiere que los hechos configurarían una simulación absoluta del acto jurídico, debido a que nunca se pagó el precio del bien y nunca se habría realizado la entrega de posesión del bien, que el dinero depositado habría sido retirada por la progenitora de la demandada y entregada a ella aprovechando el vínculo de familiaridad y si bien no ha sido formulada en la demanda precisa que el juez debió declarar la nulidad de acto jurídico por ser manifiesta conforme al artículo 220; si bien es cierto que existen indicios de simulación más adelante detallaremos, empero la nulidad no pudo ser declarada de oficio por el Juez, porque se trata de un acto jurídico que cumple

con todas las formalidades y no se encuentra en los supuestos establecidos por el IX PLENO CASATORIO CIVIL, que en su regla Nro. 04 establece lo siguiente:

4. La nulidad manifiesta es aquélla que resulta evidente, patente, inmediatamente perceptible, en suma, aquélla que resulta fácil de detectar sea que se desprenda del acto mismo o del examen de algún otro elemento de prueba incorporado al proceso. La nulidad manifiesta no se circunscribe a algunas o a alguna específica causal de nulidad, sino que se extiende a todas las causales que prevé el artículo 219 del Código Civil (pág. 101).

Respecto a la finalidad ilícita refiere que la demandada durante la celebración de acto jurídico materia de nulidad actuó con mala fe y que esta conducta seri ilícita, para lo cual cita la CASACIÓN N° 4842-2015 TUMBES, donde precisa que “Al existir un conjunto de pruebas e indicios relevantes que acreditan la mala fe de la compradora y la connivencia de las partes en la celebración del contrato de compra venta, corresponde declarar la nulidad del acto jurídico por la causal de fin ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 219 inciso 4) del Código Civil”. Sin embargo, jurisprudencia reciente como la CASACIÓN 5843-2017 LIMA ESTE, que en su fundamento séptimo establece lo siguiente:

(...) el fin debe entenderse como la causa que llevó a las partes a celebrar el acto jurídico, En ese sentido, debemos entender a la finalidad como el motivo determinante por el que partes han decidido celebrar el acto jurídico, de lo que se puede extraer que no existe fin ilícito cuando solo una de las partes se conduce por un motivo ilícito, y cuando este permanece en su fuero interno sin ser exteriorizado (pág. 09)

Por lo que, lo alegado jurisprudencialmente por el abogado no tiene sustento solo aplicando la casación que citó; asimismo, respecto a la otra causal que invocó nuevamente refiere los mismos fundamentos para sus sustento; por tanto, en dicho recurso de apelación hemos advertido serios defectos, recién en estas instancias el abogado recurrente trata de acomodar sus hechos a otras causales que pudo formular en la demanda, asimismo sigue con las mismas contradicciones cuando persiste por la falta de manifestación de voluntad y al mismo tiempo alega la simulación absoluta causales que son excluyentes.

### **11. Análisis de la Sentencia de Vista**

Sentencia de vista contenida en la resolución N° 23 de fecha 26 de octubre del 2022, mediante el cual la Sala Civil de Cusco, conformado por los jueces Velásquez Cuentas, Holgado Noa y Murillo Flores, resuelven confirmando la Sentencia contenida en la Resolución N° 18 de fecha 03 de mayo del 2022, bajo los siguientes fundamentos:

Respecto a la falta de manifestación el Ad Quem, refiere que el vendedor es una persona que no tiene problemas en expresar su voluntad y los hechos planteados en la demanda no son coherentes debido a que “en fecha muy posterior a la celebración del acto jurídico que se cuestiona (25 de marzo de 2021), haya otorgado poder especial y general a favor de su hija (quien presenta la demanda), en la que el Notario Público Pacheco Mercado ha dejado constancia que José Quispitupa Huamán “(...) procede por derecho propio, actúa con capacidad, conocimiento y libertad, según el examen de Ley que he verificado para tal efecto y del que doy fe” (folio 3); y es en esas condiciones que también ha prestado su declaración en la audiencia de pruebas, en la que no se ha hecho observación alguna ni por el juez ni por las partes, sobre el hecho de que no pueda expresar su voluntad, como se afirma en la demanda”, fundamento que compartimos; puesto que, a todas luces era evidente la contrariedad en que incurrió la demandante cuando presentó el testimonio de otorgamiento de poder especial, pues en las mismas circunstancias se otorgó años antes la escritura materia de nulidad, de lo que concluimos que la demandante actuó con temeridad cuando a sabiendas alegó hechos contrarios a la realidad.

Asimismo, refiere que el notario no le habría solicitado un certificado psiquiátrico no se enmarca en ninguna de las causales invocadas, en consecuencia, no es pertinente abrir debate respecto al certificado psiquiátrico. No obstante, ello el Decreto Legislativo Nro. 1049 no establece ninguna obligación referida al referido certificado para celebrar contratos.

Los demás fundamentos de la sentencia de vista reproducen puntualmente lo precisado en la sentencia materia de apelación, cuando refiere que los hechos planteados en la demanda no tienen correlación con la pretensión formulada, hechos que configurarían causales de rescisión contractual por lesión en el precio, simulación absoluta y anulabilidad del acto jurídico por error o engaño al momento de contratar conforme al artículo 221, inciso 2 del

Código Civil y es por esta última pretensión que deja a salvo su derecho a promover una acción de anulabilidad.

Conforme al pronunciamiento en la sentencia de primera instancia y la sentencia de vista, recién los jueces advierten que los hechos de la demanda configuran otras causales de ineficacia del acto jurídico, era evidente que los hechos planteados por la demandante no configuraban de ninguna manera la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación y las demás causales; por lo que, el órgano jurisdiccional debió advertir este defecto al momento de calificar la demanda declarando improcedente por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, expresando los fundamentos correspondientes conforme al artículo 427 inciso 4 del CPC y no generar una indebida carga procesal al sistema judicial.

De acuerdo a los hechos es evidente que se configura la causal de anulabilidad por haber mediado dolo al momento de celebrar el acto jurídico materia de nulidad; sin embargo, de acuerdo a los medios de prueba ofrecidos y actuados en la audiencia de pruebas, lo que habría producido el conflicto es la lesión en el precio de compraventa, pues existe desproporción entre el monto pagado y el valor del bien, esto tomando en consideración el valor comercial del inmueble ofrecido por la demandante, si bien es cierto que se trata de compraventa de derechos y acciones y tomando en cuenta que el porcentaje del 0.144% equivale al 132.68 M2 respecto al predio matriz conforme a la escritura pública, solo el terreno equivalente a las cuotas ideales y no tomando en cuenta las edificaciones de adobe, tiene un valor comercial de S/. 195 000.00 soles, por lo que ampliamente supera las dos quintas partes del monto depositado ascendente a la suma de S/. 64 000.00 soles; por otra parte, habría existido un aprovechamiento de la necesidad apremiante del abuelo (vendedor), pues conforme a la declaración de parte de la demandada, refirió que el vendedor tenía muchas deudas, afirmación que tiene correlación con los demás contratos de compraventa que son coetáneos al acto jurídico materia de nulidad, mucho más si aquellos tienen un precio mayor a lo establecido en el acto jurídico materia de nulidad y por la predisposición de la demandante de llegar a un acuerdo siempre y cuando se pague un precio justo; inferimos que estos detalles fueron evaluados por el abogado que se percató que la acción rescisoria al momento de que tomaron conocimiento ya había caducado, ello conforme a las cartas notariales de

fecha posterior a la compraventa que supera ampliamente el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 1454 del código civil.

Sin perjuicio de ello, de acuerdo a los hechos de la demanda, lo ratificado por el abogado en su recurso de apelación y por la Sala, también se habría configurado la causal de simulación de acto jurídico, ello conforme a los hechos alegados por la demandante en su escrito de precisión de la demanda, *“mi poderdante nunca tuvo la intención de transferir el bien inmueble (derechos y acciones), tal es así que conforme a lo expuesto la demandada no ha realizado ningún desprendimiento patrimonial, sino que esta siempre ha estado en poder de su progenitora y no de mi poderdante, utilizando solo para darle apariencia de legalidad a la escritura, la cual reitero no tiene la voluntad de mi poderdante”*, argumento que se refiere a una simulación del acto jurídico y conforme a lo expuesto por el abogado en su recurso de apelación se trataría de una simulación absoluta, en efecto existen indicios que configurarían la simulación del acto pero no absoluta sino relativa, ello conforme a la (CASACIÓN N° 2309-2017) que en su fundamento Nro. 11, precisa que no se configura simulación absoluta si la adquirente ejerce su derecho de propiedad desalojando al arrendatario demandante, circunstancia que se asimila a la conducta de la demandada, pues contra su abuelo interpuso demanda reconvencional de reivindicación de una parte del bien inmueble determinado solo para fines de una futura liquidación de la copropiedad; por lo que, se infiere que la demandada siempre quería seguir ejerciendo la posesión de dicho bien. Por lo que, se habría configurado una simulación relativa del acto jurídico.

## **12. De la Medida Cautelar**

Mediante escrito de fecha 30 de julio del 2021, la parte demandante solicita medida cautelar consistente en anotación de la demanda en los Registros Públicos, en razón del proceso principal que tiene como pretensión la nulidad de acto jurídico consistente en la escritura pública de fecha 12 de julio del 2019 suscrita entre José Quispitupa Huamán y Tania Romoacca Quispitupa y la cancelación del asiento registral Nro.163 de la partida registral Nro. 02018945 del registro de propiedad inmueble de los registros públicos del Cusco, demanda que fue admitida y se le dio el trámite correspondiente.

Dicho escrito cumple con los requisitos de la solicitud conforme al artículo 610 y 611 del Código Procesal Civil, cumpliendo con precisar la verosimilitud del derecho invocado, conforme al artículo 673 del código sustantivo, que regula lo siguiente: *“cuando la pretensión discutida en el proceso principal este referido a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en registro respectivo(...)*”, en consecuencia refiere que el derecho invocado se encuentra acreditado con la admisión de la demanda.

Respecto al peligro en la demora refiere que es necesario la inscripción de la demanda para evitar que durante el trámite del proceso principal la demandante pueda disponer y transferir a terceros los derechos y acciones contenidos en la escritura pública materia de nulidad, asimismo precisa la forma de la medida y los bienes sobre los cuales debe recaer, asimismo ofrece contra cautela de naturaleza personal por la suma de S/. 10 000.00 soles para garantizar los eventuales daños y perjuicios que se puedan ocasionar. Asimismo, adjunta los medios de prueba.

Mediante resolución Nro. 01 de fecha 05 de agosto del 2021, se resuelve conceder a la recurrente el plazo de cinco días a fin de que subsane las omisiones como proporcionar las copias necesarias del proceso principal (demanda, anexos y auto admisorio) para la formación del cuaderno correspondiente y dispone su apersonamiento a la oficina del módulo civil a efectos de legalizar su firma por el ofrecimiento de contra cautela otorgándoles cinco días.

Sin embargo el abogado mediante escrito de fecha 13 de agosto del 20121, donde cumple mandato, ingresa su escrito en el proceso principal mencionado que no se habría generado el código, con ello el abogado comete el error y desnaturaliza el proceso cautela, pues conforme precisa el artículo 635 del CPC, que regula lo siguiente: *“todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial”* y el artículo 637 del CPC, refiere que la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, error que es advertida mediante resolución Nro. 07 del cuaderno principal donde se le precisa el código del cuaderno cautelar.

Pese a ello, mediante resolución Nro. 01 de fecha 24 de mayo del 2021, se emite el auto admisorio de medida cautelar dentro del proceso, en el cual se resuelve ADMITIR a trámite la medida cautelar solicitada por ALICIA QUISPITUPA RAMOS; en consecuencia, dispone la INSCRIPCION de la demanda y su correspondiente auto admisorio en la Partida Electrónica Nro. 02018945 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral Nro. X Sede Cusco; asimismo, ordena LIBRAR los partes correspondientes a costa de la recurrente, considerando que existe la posibilidad de que la demandada pretenda transferir a tercero los derechos y acciones, esto ocasionaría daño irreparable para la recurrente; por lo que la medida cautelar debe ser objeto de amparo.

En sentencia de primera instancia a efectos que resolvió infundada la demanda, dejó sin efecto la medida cautelar, oficiando para tal efecto a la Superintendencia de los registros públicos, decisión que fue confirmada en segunda instancia, acto seguido se emitió la resolución Nro. 24 mediante el cual se concede el plazo de dos días a la parte demandada a fin de que cumpla con pagar la tasa judicial por concepto expedición de partes judiciales y cumplido esta se archive el proceso y la medida cautelar en la dependencia correspondiente, por cumplido el mandato mediante resolución Nro. 25 se libran las partes registrales a efectos de levantar la medida cautelar.

Conforme al artículo 621 del CPC, que regula: *“si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de esta pagara las costas y costos del proceso cautelar y con una multa (...)”*, en el presente caso si bien se condenó con costas y costos empero no se le multó a la demandante, asimismo la demandada no solicitó la indemnización de daños y perjuicios ocasionados.

## **CONCLUSIONES**

1.- La defensa técnica de la demandante antes de iniciar el proceso debió realizar un estudio adecuado del conflicto y debió recabar o solicitar medios de prueba adecuados para sustentar su teoría del caso en base a la pretensión correcta que debió plantear en la demanda y no forzar el proceso con hechos contradictorios e incongruentes con el petitum, cometió el error de incoar la demanda mediante poder especial otorgado por notario público, documento que

desacreditó su teoría del caso al persistir en la vulnerabilidad y el estado de salud del poderdante, cuando años atrás en las mismas condiciones se otorgó la escritura pública materia de nulidad del presente proceso.

2.- En la calificación de la demanda, ante la evidente incongruencia entre el petitorio y los hechos de la demanda, el Juez debió declarar improcedente la demanda conforme al artículo 427 inciso 4 del Código Civil, situación que el magistrado debió advertir también al momento de sanear el proceso, pese a que por segunda vez y por el principio de inmediación procesal, verificó los alegatos de apertura de la parte demandante, los cuales reprodujeron los mismos hechos de su demanda; sin embargo, con todos estos defectos decidió continuar con la tramitación del proceso.

3.- se generó una carga innecesaria al sistema judicial, tras haber dado trámite a una demanda con serias deficiencias, las cuales pudieron ser advertidas liminarmente y no llegar a instancias decisorias para advertir que los hechos de la demanda configuraban causales de anulabilidad del acto jurídico, lesión en el precio contractual y simulación del acto jurídico, los cuales debieron ser observadas al momento de calificar la demanda y no llegar hasta segunda instancia para dejar a salvo el derecho de promover acción por anulabilidad de acto jurídico.

4.-El proceso materia de análisis se tramitó bajo el sistema de la oralidad civil, en el presente caso la audiencia preliminar y la audiencia de pruebas se realizaron como mérito trámite, porque no se tomó en cuenta la exposición de la teoría del caso de ambos abogados y no ha valorado la declaración de partes y la inspección judicial que se realizó de forma innecesaria, pues el ejercicio de la posesión del bien inmueble sujeta a una futura liquidación de copropiedad no se determinó como punto controvertido. Pese a ello, el presente caso tuvo una duración de dos años aproximadamente, lo que significa el cumplimiento de los principios de concentración y celeridad procesal ejes del sistema de la oralidad civil.

**BIBLIOGRAFIA**

CASACIÓN Nro.5843-2017 (Corte Suprema de Justicia de la República 2019).

CASACIÓN Nro. 2309-2017(Corte Suprema de Justicia de la República 2018).

CASACIÓN Nro. 3254-2012 Lima, 3254-2012 (Corte Suprema de Justicia de la República 2013).

Espinoza, E. J. (2008). *Acto Jurídico Negocial*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

IX PLENO CASATORIO CIVIL, CASACIÓN N° 4442-2015 MOQUEGUA (Corte Suprema de Justicia de la Republica).

Taboada Córdoba, L. (2002). *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Grijley E.I.R.L.

Torres Vásquez, A. (1998). *Acto Jurídico*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Vidal Ramirez, F. (1984). *El Acto Jurídico*. Lima, Gaceta Jurídica S.A.

Vidal Ramírez, F. (1984). *El Acto Jurídico* (Novena Edición ed.). Lima: Gaceta Juridica S.A.

## TITULO II: ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE PENAL

### Resumen

El presente trabajo de suficiencia profesional, tiene como finalidad realizar un análisis detallado del proceso penal, seguido contra Roberto Jorge Barreto Asqui, por la comisión del delito Contra el patrimonio, en la modalidad de Robo, sub tipo Robo agravado en grado de tentativa, regulado en el artículo 188 del Código Penal, concordante con los incisos 2 y 4 del primer párrafo del artículo 189 y el artículo 16 del Código Penal, en agravio de Wifredo Concha Camacho.

En el presente trabajo se desarrollará el análisis sustantivo del delito mencionado, para luego dar paso al análisis de índole procesal, de acuerdo a las etapas del proceso penal y los diferentes actos procesales que se dieron en el presente caso, como es la formalización y continuación de la investigación preparatoria, la medida de coerción personal que es la prisión preventiva, la tutela de derechos, la ampliación y conclusión de la investigación preparatoria, para luego dar pase a la etapa intermedia donde se emitió requerimiento acusatorio y se realizó la audiencia de control de acusación, la emisión de auto de enjuiciamiento con el que concluyó la etapa intermedia; seguidamente se realizará el análisis de los actos procesales que se dieron en la etapa de juzgamiento, se realizará el análisis de la sentencia de primera instancia mediante el cual se absolvió al procesado, así como también el análisis de la sentencia de vista mediante el cual se declaró la nulidad de la resolución materia de apelación y a consecuencia de ello otro Juzgado Penal Colegiado realizó el nuevo juicio oral; para luego emitirse la sentencia de conformidad en merito a la conclusión anticipada y posteriormente se realizará el análisis de la ejecución de la sentencia.

El presente proceso penal común se tramitó bajo los alcances del Código Procesal Penal vigente.

**Palabras Clave:** Tipo penal, delito de Robo, ámbitos conductuales, ámbito subjetivo, circunstancias agravantes, prisión preventiva, eximente incompleta, principio de humanidad.

## **ANALISIS DEL DELITO CONTRA EL PATRIMONIO, EN SU MODALIDAD ROBO, SUB TIPO ROBO AGRAVADO.**

### **1. Hechos que fueron materia del Proceso Penal**

El proceso materia de análisis, es seguido contra de Roberto Jorge Barreto Asqui, como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo, sub tipo robo agravado (durante la noche y con el concurso de dos o más) en grado de tentativa, en agravio de Wilfredo Concha Camacho.

De los hechos se tiene que, siendo 23:11 horas aproximadamente del día 21 de julio del 2015, personal policial de la Comisaria de Wanchaq, a bordo del patrullero KO-11789, se constituyeron por inmediaciones de la Urbanización Mateo Pumacahua Manzana C-7 a solicitud de Wilfredo Concha Camacho, quien refiere que en circunstancias que salía de su inmueble a unos metros aproximadamente, fue víctima de robo de su celular marca Samsung Galaxy Trenplus con línea Claro prepago, color negro, valorizado en S/. 800,00 y sus lentes marca Forcetti de color negro, hecho que se habría cometido por cinco sujetos, logrando intervenir a la persona identificada como Roberto Jorge Barreto Asquin.

Señala que cuando salía de su domicilio a unos metros aproximadamente, se cruzó en el camino con cinco personas y cuando ya habían pasado, un sujeto que vestía casaca color plomo oscuro con franjas negras y pantalón plomo, zapato plomo, a quien luego se identificó como Jorge Barreto Asquin, lo atacó intentando cogotearlo y sin motivo alguno lo empezó a dar golpes de puño en el rostro y cabezazos, a consecuencia de ello sus anteojos se cayeron al piso, circunstancia que es aprovechada por otro sujeto, quien le empezó a bolsiquear, logrando sacar su celular del bolsillo, para luego sumarse a la agresión otra persona que vestía camisa azul, en esas circunstancias que el agraviado logra agarrar de la camisa al intervenido, sin soltarlo, trató de llevarlo hacia la altura de su domicilio, pidiendo auxilio, en el momento que lo llevaba hacia su domicilio, otro sujeto del grupo empezó a agredirlo con golpes de puño y patadas, ya cerca a su domicilio su vecina de nombre Viane Chillihua Gamarra, acompañada de su empleada salió portando un palo, asimismo el vecino de nombre Alberto Montesinos, salió y golpeó al intervenido en defensa del agraviado, en esos momentos uno de los cómplices que lo golpeaba apareció nuevamente y empezó a lanzar

piedras con el objeto de hacer soltar al intervenido, no logrando su propósito se dio a la fuga; es así que, al regresar al lugar de los hechos con la finalidad de encontrar sus pertenencias, halló tirado en el piso sus anteojos y su celular, seguidamente comunicaron a la policía quienes condujeron al intervenido a la Comisaria de Wanchaq.

## **2. Delitos Contra el Patrimonio**

Los delitos contra el patrimonio son aquellas conductas ilícitas que vulneran el derecho al patrimonio, entendido este como el conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona física o jurídica, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria. los tipos penales contra el patrimonio se encuentran regulados en el Título V, del Libro II, del Código Penal, donde se describe las siguientes modalidades delictivas: hurto, robo, abigeato, apropiación ilícita, receptación, estafa y otras defraudaciones, fraude en la administración de personas jurídicas, extorsión, usurpación, daños y delitos informáticos; dentro de los cuales en el capítulo II, se encuentra descrito el tipo penal de robo básico y agravado. Sobre el cual versará el presente análisis.

### **2.1. Tipo Penal de Robo**

De lo mencionado anteriormente, en función a la descripción de la conducta, el delito de robo en el código penal se encuentra regulada en su modal básica y agravada; por lo que, es necesario realizar en un primer momento el análisis de la modalidad básica; puesto que, el delito materia del presente proceso, es el de robo agravado que es un tipo penal referenciado, que para su configuración se va a remitir a la modalidad básica.

#### “Artículo 188.

*“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.”*

A nivel jurisprudencial, el Acuerdo Plenario Nro. 03-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre del dos mil nueve, respecto del delito de robo, en su fundamento Nro. 10, ha establecido lo siguiente:

El delito de robo previsto y sancionado en el art. 188 CP tiene como nota esencial que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencia o amenazas contra la persona – no necesariamente sobre el titular del bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es la violencia o amenazas – como medio para la realización típica del robo- han de estar encaminada a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento. (pág. 04)

De ello, vemos que dicho acuerdo plenario, no ofrece un concepto del delito de robo, solamente se basa en describir las circunstancias que diferencian del delito de hurto, en esa misma línea a nivel de la doctrina (Salinas Siccha, 2013), menciona que “el robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas, para de tal modo anular su voluntad de defensa y obtener la sustracción / apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio, lo que diferencia sustantivamente del hurto y de los demás delitos patrimoniales”. concepto que sigue diferenciando el delito de robo del hurto y no ofrece un concepto concreto; en cambio, en el presente informe se conceptualiza al delito de robo, como la conducta ilícita que vulnera el derecho al patrimonio, empleando violencia o amenaza con el objetivo de lograr un beneficio económico para si o para otros.

### **2.1.1. Ámbitos conductuales**

El artículo 188 del código penal regula el delito de robo en su modalidad básica, el cual es un tipo penal porque describe una conducta; por lo que, en atención al elemento descriptivo del tipo penal, vamos a realizar el presente análisis de acuerdo a los ámbitos conductuales, los cuales consideran el comportamiento, la conducta del agente del delito y se estructuran en ámbitos subjetivos y objetivos.

#### **2.1.1.1.Ámbito Subjetivo**

El artículo 188 de Código Penal, es un tipo penal eminentemente doloso, en este artículo no existe manifestación expresa de la culpa, empero en función al ámbito subjetivo el delito de robo, es un tipo penal de tendencia intensificada; puesto que, el agente del delito actúa con el “animus lucrandi”, que se manifiesta cuando el agente se apodera del patrimonio del sujeto pasivo, para obtener un beneficio económico.

### **2.1.1.2.Ámbito objetivo**

El ámbito objetivo está relacionado con el resultado de la conducta, por lo que, en esta parte se va a realizar el análisis de la conducta, los sujetos, el bien jurídico y el objeto del delito.

#### **Conducta**

La conducta es el modo de proceder del agente del delito, de acuerdo al artículo 188, la conducta en el tipo penal de robo es la afectación del derecho al patrimonio de una persona empleando violencia o amenaza, respecto a bienes muebles que son total o parcialmente ajenos. Seguidamente veremos los elementos típicos que configuran el delito de robo.

#### **A. El apoderamiento**

Para poder conceptualizar este elemento típico, previamente veremos lo establecido por la doctrina jurisprudencial, en la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A, en su fundamento número 07, menciona que “(...) el apoderamiento importa: a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial al tenedor-de su esfera de posesión-a la del sujeto activo, b) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma (pág. 03)”. De ello vemos, que la ejecutoria suprema, no establece un concepto preciso, empero establece que el apoderamiento se materializa en dos momentos, primero en la acción de desplazamiento del bien y posteriormente en la disposición del bien.

Asimismo, a nivel de la doctrina nacional, (Salinas Siccha, 2013), menciona lo siguiente:

Este elemento típico se constituye cuando el agente se apodera, apropia o adueña de un bien mueble que no le pertenece, al que ha sustraído de la esfera de custodia del que lo tenía antes. En otros términos, se entiende por apoderarse toda acción del sujeto que pone bajo su dominio y disposición inmediata un bien mueble que antes de ello se encontraba en la esfera de custodia de otra persona. (pág. 984)

Según lo citado, el autor refiere que el apoderamiento, es adueñarse de un bien ajeno; sin embargo, vemos que sigue la misma línea establecida por la ejecutoria suprema anteriormente citada. Por tanto, para manejar un concepto más preciso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 del código penal, el apoderamiento es la acción o conducta mediante el cual, el agente del delito, obtiene para si un bien mueble que es ajeno, con la finalidad de beneficiarse económicamente.

## **B. La Sustracción**

Según Osorio Ruiz, Silvia Cristina y Sanchez Perez , Miguel Francisco, 2005, “La sustracción es la vía ejecutiva que va a generar el apoderamiento. Por sustracción se entiende el proceso ejecutivo que da inicio al desapoderamiento del bien mueble del ámbito de control de propietario o poseedor (pág. 65)”. De ello observamos que la sustracción es la causa del apoderamiento; por otra parte, (Salinas Siccha, 2015), refiere que sustracción “es todo acto que realiza el agente orientado a arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima”.

concepto que no compartimos, porque la sustracción no se puede entender solamente como la acción de arrancar el bien mueble, la sustracción se debe entender como aquella conducta que adherida al apoderamiento viene a disminuir el derecho de propiedad de la víctima sobre un bien mueble.

## **C. La Violencia**

La violencia o vis absoluta, denominada está en el Derecho romano, para distinguirla de la violencia moral o vis compulsiva, consistía en la producción de un temor; a nivel de la doctrina existen similares posiciones, sobre estos medios comisivos, es así que, (Roy Freyre, 1983), señala que la violencia “consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ha sido ofrecida por la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba, obligándola de esta manera a padecer la sustracción del bien mueble”.

En ese mismo sentido (Salinas Siccha , 2015) menciona que por violencia se entiende lo siguiente:

Como aquella energía física, mecánica o tecnológica, que ejerce el sujeto activo sobre su víctima con la finalidad de vencer por su poder material, su resistencia natural o en su caso, evitar la materialización de la resistencia que hace la víctima ante la sustracción de sus bienes (pág. 1248).

De ello podemos concluir, que ambos autores consideran que la violencia tiene la finalidad de quebrantar o anular la resistencia ofrecida por la víctima, planteamiento que no compartimos; puesto que, la violencia en el delito de robo, no está condicionada solamente

a vencer la oposición o resistencia de la víctima, pareciera que ambos autores proponen la resistencia de la víctima como un elemento esencial para la configuración de la violencia, situación que no regula el tipo penal; por tanto, la violencia es aquella fuerza física que desarrolla el agente sobre la víctima para lograr su finalidad, el cual es obtener una ventaja económica.

#### **D. La Amenaza**

La amenaza o violencia moral (*vis compulsiva*) al igual que a la *vis absoluta* a nivel de la doctrina, se trató de conceptualizar desde similares posiciones, como es el caso de (Roy Freyre, 1983), que refiere que la amenaza es el “anuncio del propósito de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona con el objeto de obligarla a soportar la sustracción o entregar de inmediato una cosa mueble”.

Asimismo, (Salinas Siccha, 2015) citando a Bramont Arias Torres y García Cantizano, refiere que la amenaza consiste en “el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física de la víctima, cuya finalidad es intimidarlo y de ese modo, no oponga resistencia a la sustracción de los bienes objeto de robo”.

Posiciones que no compartimos; puesto que, el tipo penal describe que la amenaza debe ser inminente, entendiéndose esta como una situación actual y real al momento de los hechos, considerar a la amenaza como un anuncio, desnaturalizaría el carácter inminente, porque el anuncio se entiende como un acto de comunicación previa que requiere de un espacio temporal para hacer efectivo el acto de anuncio. Por tanto, la amenaza es la promesa de causar un daño inminente a la víctima.

#### **Los sujetos**

En el delito de robo, en su figura básica del artículo 188° del Código Penal, encontramos que la norma comienza con el siguiente texto: “El que se apodera ilegítimamente...”; en tal sentido, en función a los sujetos, estaremos ante un delito simple, porque el sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, debido a que no existe ninguna calidad personal o condición que se le exija a los sujetos.

### **Bien Jurídico Protegido**

conforme a (Bramont Arias, 2008), “el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o la colectividad”, a nivel de la Jurisprudencia, conforme a ejecutoria suprema, Recurso De Nulidad N.º 2820-2017 Lima Norte, en su fundamento 4.2 en cuanto al bien jurídico protegido en el delito de robo establece lo siguiente:

En cuanto al bien jurídico protegido debemos indicar que el delito de robo es un delito pluriofensivo, pues concurren diversos bienes jurídicos; como el patrimonio, la vida o salud (en el caso que medie violencia), y la libertad de la persona (en el caso que medie amenaza). Se ha concebido también como un delito complejo, pues concurren varios hechos vinculados por una determinada relación jurídica. Efectivamente, en este delito, además de afectar el patrimonio de una persona, debe desarrollar la conducta mediante violencia o amenaza” (pág. 4).

De manera contraria a nivel de la doctrina, el siempre citado (Salinas Siccha, 2015), refiere expresamente que “el único bien jurídico que se pretende tutelar con la figura del robo simple es el patrimonio representado por los derechos reales de posesión y propiedad”, desconociendo de esta manera los demás bienes jurídicos que protege el tipo penal materia de análisis.

Como hemos visto a nivel jurisprudencial, se reconoce que el bien jurídico protegido es el patrimonio, la vida o salud y la libertad; empero, el concepto que nos alcanza dicha ejecutoria suprema y el autor citado en cuanto corresponde, son conceptos genéricos; puesto que, tomando en cuenta que el bien jurídico es un interés jurídicamente protegido, atribuible a la persona por su condición de tal y como fin supremo de la sociedad, el bien jurídico protegido es el derecho al patrimonio y se vulnera cuando se resta su propiedad de la víctima; el derecho a la integridad física o el derecho a la vida, cuando a consecuencia del robo en su modalidad agravada se causa la muerte del sujeto pasivo o se le causa lesiones a su integridad física, esto conforme al último párrafo del artículo 189 del código penal; el derecho a la libertad personal cuando se obliga a la víctima mediante violencia o amenaza a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe; por tanto, en función al número de

bienes jurídicos protegidos, el tipo penal de robo, es un delito complejo toda vez que no solo se protege el derecho al patrimonio como refiere Salinas Siccha, sino también los derechos desarrollados anteriormente; por lo que, en este delito se configura el concurso aparente de tipos.

### **Objeto del delito**

El objeto del delito es la consecuencia de la conducta, que en este tipo penal es la afectación al derecho al patrimonio, concretamente es el bien sustraído, para la configuración del delito de robo en cuanto al bien sustraído, es relevante demostrar la preexistencia de dicho bien, conforme se ha precisado en el Recurso de Nulidad Nro. 2069-2015, de fecha 26 de enero de 2017, donde precisa que, “se debe tener en cuenta, cuando se trate de delitos patrimoniales, su naturaleza típica y en ese sentido, es un requisito acreditar de alguna manera válida, la propiedad y pre existencia del bien sustraído, más aún cuando dicha exigencia está contenida en el art. 201.1° CPP”.

#### **2.1.2. Tentativa**

En el delito de robo, es procedente la tentativa, por ser un tipo penal eminentemente doloso y por el grado de afectación de los bienes jurídicos es un delito de lesión porque causa un daño, una lesión al bien jurídico. La tentativa es la ejecución incompleta del delito, debido a que el agente debido a su resolución criminal comienza con la ejecución de un delito que resolvió cometer sin consumarlo por factores externos o personales, por ello la necesidad de diferenciar la tentativa acabada e inacabada y la tentativa inidónea.

#### **2.2.Robo Agravado**

El robo agravado, en función a la descripción de la conducta es un tipo penal calificado, para la configuración de esta modalidad, se exige previamente la concurrencia de los ámbitos conductuales del tipo penal básico, para posteriormente identificar las circunstancias agravantes, expresamente reguladas en el artículo 189 del código penal.

En el presente proceso, el representante del Ministerio Público, ha realizado la calificación jurídica respecto a las siguientes agravantes:

### **2.2.1. Durante la noche o en lugar desolado**

La segunda agravante a la que hace referencia el Código Penal, se refiere en ejecutar el robo, valiéndose de la oscuridad producto de la noche, pues se entiende por oscuridad, a aquel lapso de tiempo mediante el cual falta la claridad. Asimismo, noche se entiende como aquella ausencia de luminosidad del día, pues el sol que es el resplandeciente, se ha ocultado, provocando oscuridad en una parte de la tierra.

A nivel de la doctrina (Salinas Siccha, 2015), respecto a esta agravante refiere lo siguiente:

Constituye agravante el realizar o ejecutar el robo aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que, así el horizonte esté iluminado por una hermosa luna llena o por efectos de luz artificial, la agravante igual se configura.

Del citado autor, vemos que realiza una interpretación gramatical sobre la agravante, constituyendo un planteamiento desfasado; puesto que, en reiterada jurisprudencia, se ha establecido que esta agravante se debe interpretar desde un enfoque teleológico y funcional, considerando si la ausencia de la luz solar facilitó la comisión del delito, conforme se ha establecido en el Recurso de Nulidad Nro. 2007-2021 Lima:

6.1. Ahora bien, en cuanto a la imposición de la pena privativa de la libertad, se advierte que no se configuró la agravante prescrita en el inciso 2 del primer párrafo del artículo 189 del CP, puesto que la agravante durante la noche se configura cuando se utiliza el elemento noche con el fin de facilitar la acción delictiva, y que a través de ella se hubiese cometido dicho ilícito.

6.2. En el caso que nos ocupa, el hecho delictivo se produjo en una vía concurrida, en un horario de tránsito e iluminación fluida, por lo que no se configura la agravante que debió ser evaluada al momento de la determinación de la pena (pág. 5).

Respecto a la agravante en lugar desolado, significa que el hecho delictivo va a ocurrir en un espacio geográfico donde no exista la presencia de personas, a excepción del agente del delito y la víctima. Al respecto, se debe entender en primer término que, desolado significa un lugar o área solitario; es aquel espacio físico donde no hay población, así como el ámbito

poblado, los cuales por diversos factores se encuentre sin habitantes, como, por ejemplo, las calles extensas, las zonas industriales, las carreteras entre otros.

### **2.2.2. Con el concurso de dos o más personas**

Esta circunstancia agravante tiene su sustento en el hecho de que la participación de una pluralidad de personas, implica una situación de ventaja sobre la víctima que viabiliza la comisión del delito, además el concurso de dos o más personas incrementa el poder ofensivo de la agresión y potencia un estado de indefensión sobre la víctima, aumentando también el peligro de un daño sobre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física del sujeto pasivo.

Esta circunstancia agravante exige que el delito sea cometido con el concurso de dos o más personas, estos sujetos deben actuar en calidad de coautores, conforme ha precisado la Corte Suprema a través de la Casación Nro. 1150-2019, que en su fundamento 10.6 establece lo siguiente:

(...) solo concurre dicha agravante cuando los demás coimputados tienen la calidad de autores o coautores. Esto pues, según se ha desarrollado en doctrina y jurisprudencia, es el mismo fundamento de la agravante el que nos lleva a concluir que el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima. El concurso debe ser en el hecho mismo de la sustracción-apoderamiento. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría (pág. 14).

## **DEL PROCESO PENAL- ETAPA DE INVESTIGACION PREPARATORIA**

El presente proceso, inicia con la formalización de la investigación preparatoria, con la resolución judicial Nro. 01 de fecha 22 de julio del año 2015, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria-Sede Central, mediante el cual resuelve recepcionar la comunicación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria emitida por la Primera fiscalía provincial Penal de Wanchaq; para lo cual, previamente es necesario realizar el análisis de dicha disposición fiscal.

## **1. Análisis de la Formalización de la Investigación Preparatoria**

Para realizar el presente análisis debemos remitirnos el artículo 336° del Código Procesal Penal, el cual regula el contenido que debe tener dicha disposición:

### ***Artículo 336.***

*1. Si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria.*

*2. La disposición de formalización contendrá:*

- a) El nombre completo del imputado.*
- b) Los hechos y la tipificación especifican correspondiente. El fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación.*
- c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y*
- d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse”.*

En la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, preliminarmente advertimos un error material en la consignación de la fecha de emisión; puesto que, en ella se advierte la consignación de dos fechas, en la parte introductoria se puede apreciar que la disposición se habría emitido en fecha 22 de julio del año 2015 y en la parte final, se consigna que habría sido emitida el 21 de julio del 2015, en esta fecha se cometieron los hechos materia de investigación, dicha disposición fue presentada al órgano jurisdiccional el día 22 de julio del año 2015.

De los hechos materia de investigación, manifiestamente se advierte que el delito se habría cometido en grado de tentativa, porque el investigado y los demás sujetos que se dieron a la fuga, no tuvieron la disponibilidad real ni potencial del bien sustraído, no lográndose la consumación del delito; puesto que, de los hechos se advierte que el celular y los anteojos del supuesto agraviado fueron encontrados en el mismo lugar de los hechos; sin embargo, el representante del Ministerio Público en su disposición fiscal, respecto a la tipificación específica, dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria por la comisión

de delito de robo agravado en grado consumado, aspecto que recién varía en su requerimiento acusatorio.

Asimismo, de los hechos se advierte que los bienes sustraídos al supuesto agraviado, fueron su celular marca Samsung Galaxy y los anteojos marca Forcetti; sin embargo, en los mismos hechos se precisa que los anteojos cayeron al piso a consecuencia de los golpes de puño en su rostro, propinados por el investigado, no habiendo sido objeto de sustracción, se infiere que el celular al igual que los anteojos se cayeron al piso producto de la agresión, pues fue encontrado conjuntamente con los anteojos en el mismo lugar de los hechos, si hubiera existido un ánimo de lucro, por la pluralidad de los sujetos que se dieron a la fuga se hubieran apoderado de dicho bien.

Por otra parte, respecto a las diligencias que de inmediato deban de actuarse, conforme al artículo 336, inciso 2, literal d) del Código Procesal Penal, la fiscalía dispone que se realicen los actos de investigación, como es recabar los antecedentes policiales, penales y judiciales de los “imputados”, tomando en cuenta que los hechos se habrían cometido por la presencia de cinco sujetos en calidad de coautoría, entre ellos el investigado Roberto Jorge Barreto Asquin; sin embargo, la fiscalía dispone este acto de investigación, como si los demás sujetos, previamente habrían sido identificados, diligencia que no se realizó; por tanto, para poder recabar los antecedentes antes referidos, previamente la fiscalía ha tenido que disponer, actos de investigación con la finalidad de identificar a los demás sujetos que se habrían dado a la fuga, actos de investigación como, recabar si en el lugar de los hechos o en zonas aledañas, en algún domicilio o local comercial contaba con cámaras de video vigilancia que habrían registrado los hechos sucedidos, diligencia que se debió de realizar de manera urgente.

## **2. Análisis de la Resolución Judicial que recepciona la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria.**

Mediante Resolución Nro. 01 de fecha 22 de julio del 2015, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria resolvió recepcionar la comunicación de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, iniciándose de esta manera el proceso penal, en dicha resolución el juez no advirtió los defectos anteriormente descritos; por lo que, esta resolución es un mero decreto que da por recibido la disposición fiscal, sin realizar

observaciones sobre los hechos imputados, conforme a los presupuestos indicados en el artículo 336 de Código Procesal Penal. por otra parte, el mismo día que se emitió esta resolución, la Fiscalía presentó requerimiento de prisión preventiva sin realizar otros actos de investigación de manera urgente tal como se precisó anteriormente y en esta misma resolución se ordenó que se tramite en cuaderno aparte.

Asimismo, en esta resolución el juez de garantías. resuelve comunicar al representante del Ministerio Publico, que el plazo de la etapa preparatoria finalizará el 22 de noviembre del 2015.

### **3. De la Solicitud de Anulación de Historial de Ingreso y Egreso de Establecimiento Penitenciario**

En fecha 29 de octubre del 2015, Víctor Javier Ochoa Tapia abogado del investigado, presenta un escrito solicitando al Juzgado de Investigación preparatoria, que gire oficio al director del establecimiento penitenciario de Cusco-varones, con la finalidad de borrar el historial de ingreso y egreso a dicho establecimiento penitenciario, producto de la medida de prisión preventiva.

Refiere que el investigado se encontraba preparando para postular a la Escuela de Sub oficiales de la Policía Nacional del Perú y para ello le solicitaron la constancia de ingreso y egreso a establecimiento penitenciario, el cual salió positivo a pesar de que el proceso penal se encontraba en giro, situación que le habría perjudicado en sus aspiraciones a formar parte de dicha institución. Vulnerándose de esta manera su derecho fundamental a la presunción de inocencia; puesto que, aun no se había declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada; por lo que, solicitó se borre sus antecedentes de ingreso y egreso al establecimiento penitenciario, con la finalidad de no perjudicarlo en sus aspiraciones de formación profesional.

Ante esta solicitud, el Juzgado de Investigación preparatoria, mediante un decreto judicial de fecha 30 de octubre del 2015, resuelve no atender lo solicitado, mencionando que el investigado sigue comprendido en la presente investigación; sin embargo, el Juzgado de Investigación Preparatoria debió resolver lo solicitado mediante un auto debidamente motivado por la naturaleza de lo solicitado y no mediante un decreto judicial. Así de esa manera, el abogado del investigo hubiera tenido la opción de apelar dicha resolución por

causar gravamen irreparable al imputado conforme al artículo 416, inciso 1, literal e). entendido este, como aquel perjuicio que no se puede remediar durante en el proceso, ni siquiera cuando se haya emitido sentencia y al haberle denegado su solicitud se le estaba perjudicando en su proceso de postulación a dicha institución policial, frustrando de esa manera su proyecto de vida.

Ante el decreto judicial mediante el cual se denegó la solicitud, el abogado interpuso recurso de reposición conforme al artículo 415, inciso 2, literal b). que regula el trámite del recurso de reposición contra decretos no emitidos en audiencia, amparando su recurso en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política, referido a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite (...). Contradictoriamente el abogado fundamenta su recurso de reposición, considerando que la resolución cuestionada habría sido expedida con una motivación aparente, pues el Juzgado no habría dado cuenta de las razones mínimas que sustentan su decisión, fundamentos que no corresponden para cuestionar un decreto judicial vía recurso de reposición, por ser resoluciones de mero trámite. Lo pertinente para cuestionar este decreto hubiera sido la nulidad de dicha resolución, por resolver mediante un decreto lo solicitado.

Posteriormente, en fecha 18 de diciembre del 2015, el abogado del investigado presenta escrito solicitando al Juez que resuelva su recurso de reposición, obteniendo respuesta en fecha 08 de enero del 2016, fecha en que el juzgado mediante resolución Nro. 09, resuelve declarar improcedente el recurso de reposición, considerando que el proceso se encuentra en trámite y con prorroga de la investigación, precisando que la fiscalía no ha emitido a la fecha su pronunciamiento correspondiente; por lo que, no existiría pronunciamiento sobre el fondo, para efectos de borrar los antecedentes judiciales, sin referirse a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. De esta resolución que es un auto inimpugnable, conforme al artículo 415, inciso 3, se advierte que, en la parte considerativa, se ha motivado con criterios de fundabilidad; sin embargo, se resuelve con la improcedencia, generando incongruencia entre la parte considerativa y la resolutive.

Frente a la resolución que declaró improcedente el recurso de reposición, el abogado del investigado deduce nulidad, fundamentando principalmente que la resolución en cuestión no emitió pronunciamiento respecto a la vulneración del derecho de presunción de inocencia

del investigado; frente a ello, el Juzgado corre traslado a las demás partes procesales, las cuales no absuelven y mediante resolución Nro. 11 de fecha 11 de enero del 2016, el Juzgado resuelve declarando improcedente la nulidad deducida por la defensa del investigado, considerando que la nulidad es un remedio procesal; por tanto, no se puede deducir para cuestionar actos procesales contenidos en una resolución y además se estaría generando un nuevo medio impugnatorio, cuando anteriormente ya había interpuesto el recurso de reposición.

Como hemos visto, no se ha logrado resolver la solicitud que generó todo este incidente, por defectos provenientes del órgano judicial y del abogado del investigado. Entonces el problema surge en el caso de ingreso de un procesado a un centro penitenciario por una medida coercitiva personal de prisión preventiva, generando el registro de antecedentes judiciales. Sin embargo, cuando el mandato de prisión preventiva ha sido revocado por el superior y el procesado obtiene nuevamente su libertad como ha sucedido en el presente caso, se sigue generando los antecedentes judiciales en perjuicio del procesado. Es evidente que la vigencia de los antecedentes judiciales, causa serios perjuicios y estigmas a los investigados, tanto en el entorno de índole personal, familiar, laboral y en el ámbito social, evidenciándose una clara vulneración de diversos derechos constitucionales, entre ellos la presunción de inocencia, derecho al trabajo y al estudio; por lo que en el presente caso, la magistrada debió resolver la solicitud del investigado, en atención de lo dispuesto por el artículo 2, inciso 24, literal e) de nuestra Constitución Política, que expresamente refiere lo siguiente: *“toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*.

#### **4. De la Prórroga de la Investigación Preparatoria**

En el presente caso, el plazo de investigación preparatoria venció el día 22 de noviembre del 2015, excediéndose la misma; frente a ello, la defensa técnica del investigado, no solicitó al órgano jurisdiccional la realización de la audiencia de control de plazos, entendemos que el motivo, por el cual no solicitó dicho control, fue porque durante la investigación requirió la realización de diferentes diligencias para el esclarecimiento de los hechos, diligencias que fueron rechazadas por la fiscalía y esto generó que la defensa interponga solicitud de tutela de derechos.

Es así que, que mediante resolución Nro. 07 de fecha 07 de diciembre, el Juzgado de Investigación Preparatoria, advierte que a la fecha ya se habría vencido el plazo de investigación preparatoria, y requiere a la Fiscalía cumpla con emitir la disposición que corresponda, la juez considera que se debe tener presente el vencimiento de dicho plazo a efectos de dar por concluida la investigación; asimismo, al requerir al fiscal que emita disposición que corresponda, se entiende que le ha solicitado emitir la disposición de conclusión de la investigación.

Seguidamente, la Fiscal mediante Disposición Nro. 02 de fecha 15 de diciembre del 2015, dispone ampliar la investigación por el plazo de sesenta días naturales, disposición que debió emitir antes del vencimiento del plazo y no esperar la advertencia del Juzgado; además emite dicha disposición sin desarrollar las causas justificadas que le lleven a prolongar dicho plazo, conforme al artículo 342, inciso 1, considerando que a la fecha no se habría recabado la declaración del investigado Jorge Barreto Asqui, pese a que el mismo se sometió a guardar silencio; asimismo, la fiscal dispone la ampliación de dicho plazo, para recabar las declaraciones de los peritos Erika Orfelinda Fernández Román y SOS PNP Juan Leonardo Delgado Aedo. Seguidamente se emite la resolución judicial Nro. 08 de fecha 30 de diciembre del 2015, mediante el cual, se da cuenta de la disposición fiscal de ampliación del plazo de investigación y se dispone la prórroga de la investigación preparatoria, del cual se advierte que el juzgado no resuelve recepcionando la disposición de prórroga de la investigación, por el contrario dispone la misma, acto procesal que no le corresponde.

### **5. Conclusión de la Etapa de Investigación**

Mediante Disposición Nro. 04 de fecha 08 de junio del 2016, la Fiscalía dispone declarar concluida la investigación preparatoria seguida contra el investigado y pone en conocimiento del Juzgado de Investigación Preparatoria, el cual mediante resolución Nro. 12 de fecha 23 de junio del 2016, recepciona la comunicación de dicha disposición y pone en conocimiento de las partes; sin embargo, la juez no resuelve dar por concluido la investigación preparatoria y no ordena al Fiscal que en el plazo de ley emita su pronunciamiento solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, defecto que se advierte de dicha resolución.

Durante la etapa de investigación preparatoria la defensa del procesado, no ha presentado ningún medio técnico de defensa, ante la inconsistencia de los hechos materia de

investigación, tal como hemos advertido debió deducir una excepción de improcedencia de la acción conforme al artículo 6, inciso 1, literal b) en su manifestación de que el hecho no constituye delito.

## **6. Prisión Preventiva**

### **6.1. Análisis del Requerimiento de Prisión preventiva**

Durante la etapa de investigación preparatoria se tramitó la prisión preventiva, es así que en fecha 21 de julio del 2015, mismo día en que se formalizó la investigación, la Primera Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, mediante requerimiento fiscal solicitó Prisión Preventiva en contra del investigado Roberto Jorge Barreto Asqui, por la presunta comisión del delito de Robo Agravado en agravio de Wilfredo Concha Camacho.

La prisión preventiva es una medida de coerción personal, de naturaleza excepcional, mediante el cual se limita la libertad ambulatoria dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines; por tanto, su aplicación se hará solo en los casos pertinentes y que este en base a los requisitos de ley, conforme al artículo 268 del Código Procesal Penal, pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, debido a que se impone esta medida como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

En el presente caso, la fiscalía en su requerimiento no ha realizado una debida motivación sobre cada uno de los presupuestos que señala la ley, el artículo 268 del Código Procesal Penal señala cuáles son los fundados y graves elementos de convicción, la necesaria prognosis de la pena superior a los 4 años (vigente al momento de los hechos) y, además, el peligro procesal. Sumado a ello, se exige una debida motivación sobre la proporcionalidad de la medida coercitiva personal a imponerse y su duración conforme a la Casación Nro. 626-2013 Moquegua.

Conforme se advierte del requerimiento fiscal, este solo cuenta con el marco factico y la descripción de los elementos de convicción, frente a los presupuestos procesales que debieron sostener dicho requerimiento, la fiscalía precisa *que estos serán oralizados oportunamente en la audiencia de prisión preventiva, en atención al principio de oralidad*, además no ha solicitado el plazo de la duración de la medida, inobservando de esta manera lo establecido en la Casación Nro. 626-2013 Moquegua, que en su fundamento vigésimo cuarto establece lo siguiente:

En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes sobre la existencia: i. De los fundados y graves elementos de convicción, ii. De una prognosis de pena mayor a cuatro años, iii. De peligro procesal, iv. Proporcionalidad de la medida y, v. La duración de la medida.

El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento, fundamentando cada extremo con exhaustividad. Esto posibilitará que la defensa examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada uno de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro. (pág. 23).

Fundamentación que no se advierte en el requerimiento de prisión preventiva, dejando en grave estado de indefensión al investigado; puesto que, no ha existido posibilidad alguna, para que la defensa del investigado pueda examinar y preparar una estrategia antes de la audiencia para rebatir los fundamentos de la fiscalía.

## **6.2. Audiencia de Prisión Preventiva**

Se emitió la resolución Nro. 01 de fecha 22 de julio del 2015, mediante el cual el primer Juzgado de Investigación Preparatoria-Sede Central, citó a audiencia pública de prisión preventiva a realizarse en fecha 23 de julio del 2015, a las catorce horas de la tarde.

Del acta de registro de audiencia, se advierte un error material, en el extremo que se consideró a dicho acta, como una de audiencia de prolongación de prisión preventiva; por otra parte, para el desarrollo de la audiencia, no se observó la metodología establecida por la Casación Nro. 626-2013 Moquegua, que su fundamento vigésimo cuarto, establece que el debate en dicha audiencia, necesariamente se tiene que dividir en cinco partes, conforme a lo citado en el punto anterior. Situación que no fue observada por la juez de investigación preparatoria.

Realizada dicha audiencia, mediante Resolución Nro. 02 el Primer Juzgado de Investigación preparatoria - sede central, resolvió declarar Fundado el requerimiento, disponiendo el plazo de 04 meses de prisión preventiva. Sin desarrollar el contenido de la parte expositiva y sin fundamentar la parte considerativa de dicha resolución, remitiéndose al registro en el sistema

de audio, defecto que será observado posteriormente por la Primera Sala de Apelaciones; levantadas las observaciones, de la transcripción de audio y teniendo a la vista los considerandos de dicha resolución, el Juzgado de Investigación Preparatoria resolvió declarar fundado la prisión preventiva, afirmando que concurren los presupuestos procesales señalados por la ley.

Frente al primer presupuesto, que existan fundados y graves elementos de convicción, el juzgado de investigación preparatoria, concluyó que concurren en el presente caso, tomando en cuenta la declaración del supuesto agraviado, el cual concordaría con las declaraciones de su vecina de nombre Vianey Eliana Chillihua Gamarra; sin embargo, la misma magistrada sostiene que dicha persona no presenció el acto de sustracción, tratándose de un testigo referencial; asimismo, fundamenta en base a la intervención policial que se le realizó al imputado; empero, la intervención policial de acuerdo al acta, se realizó media hora después de sucedido los hechos y se consignó solamente la declaración del supuesto agraviado, únicos elementos de convicción citados por la magistrada y como se advierten de los mismos, no generan graves y fundados elementos de convicción.

Respecto a la prognosis de la pena, la defensa del investigado no emitió ningún pronunciamiento, pese a la presencia de circunstancias que disminuyen la punibilidad, el Juzgado de investigación preparatoria; tomando en cuenta la pena abstracta de 12 a 20 años de pena privativa de la libertad para el delito de robo agravado, refiere que aunque se configure la tentativa, la pena concreta que en caso de hallarse responsable al imputado, sería mayor a los cuatro años que exige la ley; sin embargo, no se ha tomado en cuenta las demás circunstancias que disminuyen la punibilidad, como es el caso de la responsabilidad restringida por la edad del agente y eximente imperfecta conforme al artículo 21 de código penal, esto debido al certificado de dosaje etílico Nro. 0025 de fecha 22 de julio del 2015, el cual corrobora que el investigado tres horas después de la comisión de los hechos se encontraba con 1.60 gr/l de alcohol en la sangre, así como el informe toxicológico que concluye positivo para marihuana y cocaína, elementos de convicción que no fueron presentados por la fiscalía; por lo que, no se tomaron en cuenta estas circunstancias que disminuyen la punibilidad para realizar la prognosis de la pena.

Respecto al peligro procesal (peligro de fuga) la defensa del investigado no ha presentado documentos que acrediten el arraigo domiciliario, laboral, familiar y comercial, pese a que el investigado al momento de los hechos tenía trabajo en un local comercial de uno de sus familiares y era estudiante en la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco; sin embargo, el juez de investigación preparatoria, considera que el agraviado cuenta con arraigo domiciliario, conforme lo precisa el acta de constatación domiciliaria, que acredita que tiene domicilio en la Urbanización Ttio, pasaje Uriel García B-1-3 del distrito de Wanchaq.

En cuanto corresponde al peligro de obstaculización, tomando en cuenta la edad del investigado y del agraviado, 18 y 19 años respectivamente, el juzgado expresamente refiere que no existe peligro de obstaculización; empero, por la ausencia de arraigo laboral contradictoriamente considera amparar lo solicitado; respecto al plazo de 06 meses duración de la medida, el juzgado considera razonable y proporcional; sin embargo, en la parte resolutive dicta mandato de prisión preventiva en contra del imputado por el plazo de cuatro meses, incurriendo en una incongruencia.

Además de los defectos anteriormente descritos, el juzgado de prisión preventiva no fundamentó en ningún extremo sobre la proporcionalidad y duración de la medida, presupuestos adicionales que deben concurrir conforme a la Casación Nro. 626-2013 Moquegua; por lo que, en el presente caso se debió declarar infundado el requerimiento de prisión preventiva; puesto que, respecto a esta medida se exige una motivación cualificada. Así lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 728-2008-PHC/TC – donde se indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta. Solo así es posible evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional de la medida (Caso Giuliana Llamuja Hilares).

### **6.3. De la Apelación de mandato de Prisión Preventiva**

Contra la resolución que declaro fundado el requerimiento de prisión preventiva la defensa del investigado, en audiencia interpuso recurso de apelación reservándose el derecho de fundamentarlo por el termino de ley, en fecha 31 de julio del 2015, dentro del plazo legal para interponer el recurso de apelación, es fundamentada y presentada la misma por otro abogado, quien solicita que se revoque la resolución recurrida y en su lugar se dicte la medida

de comparecencia restringida, en base a que no concurrirían copulativamente los presupuestos que exige la ley, de los hechos refiere que los mismos serian producto de una gresca entre el imputado y el agraviado; puesto que, el investigado al momento de los hechos se encontraba en un total estado de embriaguez, estado que no le permitía caminar ni correr, descartándose de esa manera cualquier intención de robo; asimismo, en cuanto a la prognosis de la pena, el apelante refiere la existencia de circunstancias que disminuyen la punibilidad, los cuales disminuirían la pena por debajo de cuatro años.

Por otra parte, recién en estas instancias, la defensa del investigado presenta elementos de convicción que acreditan la ausencia de peligro de fuga, por contar con arraigo domiciliario, laboral y demás actividades educativas y deportivas, en los cuales estaría ocupado el investigado de 18 años de edad; asimismo, cuestiona la ausencia de motivación en la resolución recurrida; sin embargo, el abogado apelante no cuestiona la inexistencia de la parte expositiva y considerativa de dicha resolución.

Como lo señalamos anteriormente, tramitado el recurso de apelación, la Primera Sala de Apelaciones-Sede Central, mediante resolución Nro. 04, de fecha 17 de agosto del 2015, observa la resolución Nro. 02, materia de apelación, respecto a que no se transcribió el contenido de la parte expositiva y considerativa, razón por la cual no sería posible continuar con la tramitación de dicho recurso; por lo que, resuelve devolver el incidente para que el juzgado cumpla con subsanar dicha omisión.

Subsanada las observaciones, recién en fecha 19 de agosto del 2015, la Primera Sala de Apelaciones, señala fecha y hora para realizar la audiencia de apelación, la cual se realizó el día 21 de agosto del 2015, efectuada dicha audiencia se emite resolución Nro. 08 de fecha 24 de agosto del 2015, mediante el cual se resuelve por mayoría declarar fundado el recurso de apelación, se revoca la resolución Nro. 02 que dictó mandato de prisión preventiva y reformándola se dictó comparecencia restrictiva, en base a que los presupuestos procesales no concurren copulativamente; puesto que, no existe peligro procesal en su vertiente de peligro de fuga, dado que se evidenció el arraigo domiciliario del investigado; asimismo la Sala se pronunció respecto a la proporcionalidad de la medida, en el que se prescindió de la restricción excesiva de la libertad y se prefirió por medida menos gravosa como el

cumplimiento de reglas de conducta entre las cuales el pago de una caución de quinientos nuevos soles.

Emitida dicha resolución que revocó el mandato de prisión preventiva, el magistrado Luis Alfonso Sarmiento Núñez, presidente de la Primera Sala de Apelaciones, emite su voto en discordia, considerando que existe suficiencia probatoria, en base a la imputación directa por parte del agraviado, corroborado con el hallazgo de los objetos robados a unos 20 o 25 metros del lugar donde se produjeron los hechos, así como las lesiones que sufrió el agraviado; sin embargo, frente a este primer presupuesto el magistrado, realiza una errada apreciación de los hechos; puesto que de la declaración testimonial de Vianey Eliana Chillihua Gamarra, se advierte que los objetos robados se encontraron en la vereda del lote C-10, conforme lo narrado por el propio agraviado quien refirió que fue objeto de robo a dos casas de su domicilio; por tanto, los hechos habrían sucedido a la altura del lote C-10 y los bienes presuntamente sustraídos se hallaron en el mismo lugar de los hechos y no como refiere el magistrado a unos 20 o 25 metros del lugar de los hechos.

Respecto a la prognosis de la pena, el magistrado refiere, aunque existan circunstancias que disminuyen la punibilidad, la pena que se impondría siempre sería mayor a cuatro años, toda vez que el mínimo para el delito investigado es no menor de 12 años; error que comete el magistrado, al solo considerar la pena legal fijada para el delito; sin observar lo establecido por la Casación Nro. 626-2013 Moquegua, que en su fundamento trigésimo, establece que la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer y no solamente observar la pena abstracta constituida por el máximo y el mínimo legal de la pena fijada para cada tipo penal.

Frente al presupuesto de peligro procesal, el magistrado refiere, que si bien se ha acreditado el arraigo domiciliario, no se ha acreditado el arraigo laboral, si bien el imputado es estudiante y deportista, este no tendría obligaciones; asimismo, por su edad de 18 años es una persona joven, por la gravedad de la pena y por el derecho a silencio al que se sometió, haría presumir que el investigado estando en libertad durante el proceso, trataría de eludir la acción de la justicia; sin embargo, dicho magistrado no toma en cuenta los documentos presentados por la defensa que acreditan su arraigo laboral en la tienda de venta de instrumentos musicales y las boletas de pago de fecha anterior a los hechos sucedidos;

además de ello, dicho magistrado considera que al derecho fundamental de guardar silencio es un acto obstruccionista que justifica el dictado de una prisión preventiva, situación que claramente atenta el derecho fundamental de presunción de inocencia, pues la ausencia de declaración no debe ser usado en contra del investigado. Fundamentos por las cuales no compartimos con el voto en discordia de dicho magistrado.

Emitida la resolución que revoca el mandato de prisión preventiva en fecha 24 de agosto del 2015, la Primera Sala Penal de Apelaciones, recién en fecha 28 de agosto del 2015, gira oficio al Director del establecimiento penitenciario a efectos de que cumpla con la excarcelación del imputado, quien estuvo privado de su libertad más de un mes.

De todo ello, vemos que, durante el trámite de la prisión preventiva, se incurrió en defectos que ocasionaron la privación de la libertad del imputado, en la primera audiencia se ejerció una defensa ineficaz; puesto que, no presentó ningún elemento de convicción que acredite la ausencia de peligro procesal, además no se emitió pronunciamiento respecto a la prognosis de la pena, frente a estas omisiones, lo estratégico no era interponer un recurso de apelación; sino era necesario solicitar la cesación de la prisión preventiva, conforme al artículo 283 del Código Procesal Penal vigente al momento de los hechos:

***Artículo 283:***

*El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.*

*El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.*

*La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.*

Cesación que debió solicitarse inmediatamente después de haber reunido los elementos de convicción, como documentos que acrediten el arraigo laboral del investigado; puesto que, el juzgado de investigación preparatoria, resolvió declarar fundado el requerimiento fiscal,

puntualmente por la falta de arraigo laboral, el mismo juez corroboró el arraigo domiciliario y la ausencia de peligro de obstaculización, sumado el arraigo laboral que hubiera sido presentado en la solicitud de Cesación de la medida, ampliamente se hubiera acreditado la inconcurrencia de los presupuestos exigidos por la ley en forma copulativa, con lo que se hubiera evitado dilaciones que se dieron en el trámite del recurso de apelación.

### **7. De la Solicitud de Tutela de Derechos**

En cuaderno aparte se tramitó la solicitud de tutela derechos, interpuesto por la defensa del investigado mediante escrito de fecha 09 de diciembre del 2015, al amparo del artículo 71.1.d y del artículo IX del título preliminar del Código Procesal Penal y el acuerdo plenario 04-2010. Fundamentando que, en diferentes fechas durante la investigación preparatoria, solicitó a la Fiscalía realizar diligencias a efectos de que se nombre perito psiquiatra, para que realice la evaluación psiquiátrica de los informes toxicológicos y de dosaje etílico con la finalidad de determinar el grado de inimputabilidad del investigado, diligencias que no fueron aceptadas por la fiscalía, debido a que se habría condicionado al investigado a declarar previamente, pese a que el investigado previamente dejó constancia de guardar silencio.

Del escrito, el abogado solamente de manera descriptiva menciona las normas que amparan su pedido, no precisa cuales serían los derechos que se habrían vulnerado, cita erróneamente el artículo 71, inciso 1, literal d, del Código Procesal Penal, pues dicho artículo e inciso no tiene literales, lo correcto era citar el inciso 2, literal d), que regula sobre el derecho de abstenerse a declarar; sin embargo, de los fundamentos del escrito se aprecia que la finalidad de esta solicitud es que se practiquen actos de investigación de descargo, los cuales fueron rechazados por la fiscalía y tomando en cuenta la fecha de estas solicitudes que datan todavía del mes de setiembre y octubre del 2015, el abogado debió solicitar al órgano jurisdiccional la inadmisión de diligencias sumariales conforme al artículo 337, Incisos 4 y 5:

*Artículo 337:*

*(...)*

*4. durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el*

*esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.*

*5. Si el Fiscal rechazare la solicitud, se instará al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal.*

Pese a ello, el Juzgado de Investigación Preparatoria cita a audiencia de tutela de derechos, efectuada dicha audiencia, mediante resolución Nro. 02 de fecha 21 de enero del 2016, se resuelve declarar fundado la tutela de derechos, solicitada por la defensa del investigado, y como consecuencia ordena a la fiscalía disponer la remisión de los oficios correspondientes a efecto de que se practique el examen solicitado; resolución que no cuenta con el desarrollo de la parte expositiva y considerativa, los cuales fueron registrados en audio.

## **ETAPA INTERMEDIA**

### **1. Requerimiento de Acusación Fiscal**

En fecha 10 de junio del 2016, la Primera Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, emitió requerimiento acusatorio contra Roberto Jorge Barreto Asqui, en calidad de coautor, por la comisión del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de Robo, subtipo robo agravado(durante la noche y con el concurso de dos o más personas) en grado de tentativa, previsto y sancionado en el artículo 189, incisos 2 y 4 primer párrafo, concordante con el artículo 188 y artículo 16 del Código Penal en agravio de Wilfredo Concha Camacho.

Los hechos materia de acusación, se encuentran delimitados mediante circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, consiguientemente se presentan los elementos de convicción que fundamentan dicho requerimiento, los cuales son: el Acta de intervención policial de fecha 21 de julio del 2015, el Acta de registro personal de fecha 21 de julio del 2015, Acta de recepción del celular objeto de sustracción, Ficha RENIEC del imputado, Certificado Médico Legal Nro. 010877-L-D practicado al imputado, declaración y ampliación del agraviado, declaración del imputado que se acogió a su derecho de guardar silencio, declaración testimonial de Vianey Eliana Chillihua Gamarra, voucher de pago y contrato del teléfono celular, declaración testimonial de Miguel Alberto Montesinos

Zanabria, Certificado Médico Legal Nro. 010927-L practicado al agraviado, Certificado de Dosaje Etílico Nro. 0025-0004969, practicado al imputado, Informe Pericial Toxicológico Nro. 615-15 practicado al imputado, oficio Nro. 8642-2015 remitido por el registro de condenas del Poder Judicial del que se desprende que el imputado no cuenta con antecedentes penales, declaración testimonial de Zoila Delicia Camacho Merma madre del agraviado, declaración testimonial de Wilfredo Concha Farfán progenitor del agraviado, declaración testimonial de María Celia Concha Camacho hermana del agraviado, Acta y vistas fotográficas del lugar de los hechos, Informe Pericial de Servicio de Toxicología Nro. 018-2015 practicado al imputado, declaración de la perito Erika Orfelinda Fernández Romani, certificado médico legal Nro. 002692-PF-AR respecto a la ampliación post facto practicado al imputado.

Respecto a la tipificación de la conducta y participación que se atribuye al acusado, la fiscalía califica, sin realizar el análisis de cada uno de los elementos del tipo, por la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo, sub tipo robo agravado, en grado “consumado” y como coautor sin haber identificado a los demás sujetos que se habrían dado a la fuga.

Asimismo, para la individualización de la pena, estableció que existe una eximente imperfecta que incide en la responsabilidad del acusado, pues al momento de la comisión de los hechos delictivos, se encontraba bajo los efectos de alcohol y drogas, precisando que el consumo de estas sustancias no altero gravemente su conciencia o percepción de los hechos realizados; por lo que únicamente se deberá disminuir la pena.

Por otra parte, refiere la presencia de una atenuante privilegiada que es la tentativa, ya que el agraviado encontró a unos metros del lugar de los hechos su celular y sus lentes casi de manera inmediata; por lo que, el imputado no pudo disponer de dichos bienes y por ello la pena debe ser disminuida prudencialmente. Por tanto, ante la presencia de la eximente imperfecta y la tentativa, la fiscalía solicita para el imputado, seis años de pena privativa de la libertad efectiva en su ejecución.

Además de ello, la Fiscalía solicitó la reparación civil por la suma de S/.1000 soles a favor del agraviado, esto debido a que, durante la etapa de investigación, por parte del agraviado no se constituyeron en actor civil. Por otra parte, cumplió con presentar los medios de prueba.

## 2. Análisis del Requerimiento Acusatorio

Conforme al artículo 349, inciso 1, del Código Procesal Penal, se exige que dicho requerimiento debe ser motivada, exigencia que no cumplió la fiscalía, debido a los siguientes defectos; respecto a los hechos materia de acusación, en las circunstancias concomitantes se precisa que el acusado intentó cogotearlo al agraviado “ello sin motivo alguno”, situación que acredita que el acusado actuó sin ninguna finalidad de obtener un beneficio económico y mucho más si el acusado al momento de los hechos se encontraba bajo los efectos del alcohol y drogas conforme a las pericias medico legales; asimismo, en el supuesto caso, que el investigado y los demás sujetos, habrían tenido la finalidad de cometer el ilícito, mediante una agresión física o amenaza, le hubieran reducido de inmediato al supuesto agraviado, pues eran cinco personas contra uno, sin embargo, de acuerdo a los hechos el agraviado terminó reduciendo al imputado y ante ello los demás sujetos regresaron con la finalidad de rescatar al procesado que fue retenido por el supuesto agraviado pese a la presencia de sus familiares y vecinos, acto que no es habitual en los delitos de robo; por ello estas circunstancias demuestran la ausencia del ámbito subjetivo de la conducta del agente, en ningún momento tuvieron el ánimo de lucro.

Por otra parte, se formalizó la investigación por la sustracción del equipo de celular y de los lentes del agraviado y en su requerimiento de acusación, la fiscalía solamente se refiere al equipo celular; puesto que, durante la investigación se acredita que los lentes se cayeron al suelo producto de la gresca, de lo que se infiere que el equipo celular también se cayó y no habría sido sustraído, pues conforme a las circunstancias posteriores de la acusación, el supuesto agraviado regresó al lugar de los hechos y encontró su celular conjuntamente con sus anteojos en el mismo lugar de los hechos, empero la Fiscalía precisa que el celular fue objeto de sustracción por uno de los sujetos que se habría dado a la fuga, afirmación que no tiene sentido, pues si la finalidad de estos sujetos era la sustracción y apoderamiento de dichos bienes, el sujeto que realizó la sustracción se hubiera dado a la fuga llevando consigo el celular y no dejarlo tirado en el lugar de los hechos, circunstancias también que descartan la participación del imputado, al cual se le acusa como coautor sin determinar el rol que habría ejercido.

Por otra parte, respecto a la tipificación del hecho, la fiscalía precisa que el delito se habría cometido en grado consumado y posteriormente para la determinación de la pena menciona la presencia de la tentativa como atenuante privilegiada, del cual se infiere que fue un error material; empero, por las observaciones anteriormente descritas el delito no se habría consumado ni se habría configurado la tentativa por la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal; puesto que, los hechos materia de acusación fueron producto de una gresca y en ningún momento el investigado tuvo la resolución criminal de cometer el ilícito. Motivos por los cuales, la fiscalía debió de emitir requerimiento de sobreseimiento, conforme al artículo 344, inciso 2, literal b) del Código Procesal Penal, por la causal de que el hecho imputado no es típico, por la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal.

### **3. Notificación del Requerimiento Acusatorio**

De conformidad con el artículo 350° inciso 1 del Código Procesal penal, la acusación será notificada a los demás sujetos procesales, concediendo el plazo de diez días, para que estos mismos puedan efectuar observaciones formales o sustanciales, así como otras facultades comprendidas en el artículo referido. Estando a ello, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria mediante resolución Nro. 01 de fecha 23 de junio del 2016, corre traslado de la acusación a las partes procesales, habiéndose fijado fecha y hora para la audiencia de control de acusación.

Luego del traslado de la acusación a las partes procesales, el abogado del acusado mediante escrito de fecha 01 de julio del 2016, solicita al órgano jurisdiccional, la incoación del proceso de seguridad en favor de su patrocinado, en razón al estado de ebriedad y bajo los efectos de marihuana y cocaína, con las que se encontraba el imputado al momento de los hechos, si bien la fiscalía para la determinación de la pena, consideró que se trataría de una eximente imperfecta en base al artículo 21 del Código Penal; en cambio el abogado refiere que ello configuraría una causal de eximente de responsabilidad contenida en el artículo 20.1 del Código Penal, en razón al certificado médico legal Nro. 002692-PF-AR, donde se concluye que investigado al momento de los hechos se encontraba en estado de imposibilidad de comprender la ilicitud de sus actos y/o dirigir su persona; por lo que, solicita convertir el proceso común en un proceso de seguridad conforme al artículo 75 del Código Procesal Penal, que regula lo siguiente:

*Artículo 75:*

1. *Cuando existe fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el juez de la investigación preparatoria o el juez penal colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado.*

(...)

Motivos por los cuales, solicita la incoación de proceso de seguridad, en razón de que la pena solicitada por la fiscal no puede ser privativa de libertad sino una medida de seguridad.

Esta solicitud de incoación de proceso de seguridad es impertinente, si bien el imputado al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad y bajo los efectos de marihuana y cocaína, empero estas circunstancias son alteraciones transitorias de la conciencia que disminuye su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta, que por su carácter transitorio y circunstancial no son pasibles de aplicación de medidas de seguridad. Conforme al artículo al 72 del Código penal, las medidas de seguridad se aplican en concurrencia con las circunstancias siguientes:

1. *Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y*
2. *Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

Asimismo, a nivel jurisprudencial a través del Recurso de Nulidad Nro. 754-2020 Lima Norte, respecto a las medidas de seguridad, en el último párrafo de su fundamento decimo estableció lo siguiente:

Estas constituyen una respuesta tuitiva frente a la conducta cometida por una persona inimputable o con una capacidad disminuida (semiinimputable/inimputable relativo), cuyo fundamento –a diferencia de la pena cuyo fundamento normativo es la culpabilidad– nos remite a la peligrosidad reflejada en la comisión del hecho punible. Suponen la salvaguarda en la materialización de un tratamiento especializado dirigido a evitar que un sujeto identificado como peligroso cometa una nueva conducta delictiva. No se trata de una sanción propiamente. Su finalidad es curativa, tutelar y de rehabilitación, conforme lo establece el artículo X del Título Preliminar

del Código Penal. Sin perjuicio de ello, también refleje un carácter asegurador de prevención especial negativa, que pretende la reducción de los riesgos de comisión de conductas punibles dado la condición peligrosa del sujeto (pág. 06).

Conforme a lo establecido por la ley penal y jurisprudencia, para aplicar una medida de seguridad, se debe determinar el estado de inimputabilidad del agente al momento de los hechos y de su personalidad se debe deducir su estado de peligrosidad para cometer en el futuro nuevos delitos, estado de peligrosidad que no concurre en el procesado; puesto que, su estado de inimputabilidad fue circunstancial y no permanente; al momento de los hechos era estudiante de la UNSAAC y posteriormente postuló e ingresó a la Escuela de la Policía Nacional del Perú y conforme al informe pericial Nro. 018-2015 de fecha 27 de octubre del 2015, sobre el análisis en la muestra de orina del imputado, para determinación del consumo de drogas, resultó negativo para todo tipo de drogas, de lo que se concluye que el procesado no es consumidor habitual y la ausencia del estado de peligrosidad del acusado, motivos por los cuales se hubiera declarado improcedente la incoación del proceso de seguridad.

Estando dentro del plazo de ley, para absolver el traslado de la acusación, la defensa del acusado mediante escrito de fecha 08 de julio del 2016, absuelve la acusación en merito al artículo 350, inciso 1, literal h), que regula lo siguiente:

*h) plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio*

para lo cual, solicita se re programe audiencia de control de acusación, a efectos de que previamente se resuelva su pedido de incoación de proceso de seguridad, reiterando sus fundamentos materia de dicha solicitud y precisando que la fiscalía para determinar la pena, sobre el estado de ebriedad y consumo de drogas concluye que son eximentes imperfectas, pues no se habría alterado gravemente su conciencia o percepción de los hechos, conforme al certificado médico legal Nro. 002692-PF-AR; sin embargo, el abogado advierte que la fiscal ha realizado una interpretación parcial de dicho certificado.

Efectivamente la Fiscalía realiza una transcripción incompleta de una de las conclusiones de dicho Certificado Médico Legal, en los siguientes términos: la cocaína con el alcohol tienen efectos contrarios con aparente disminución del efecto toxicológico del alcohol; motivo por el cual no se habría alterado gravemente la conciencia del imputado, empero en dicho

certificado la transcripción completa de dicha conclusión se complementa con lo siguiente: sin embargo, igual causa alteraciones en el estado mental de la persona. Se debe precisar que dicha pericia tubo la finalidad de determinar si al momento de los hechos, el imputado con el consumo de alcohol y drogas, era consciente e imputable de sus actos, tenía grave alteración de la conciencia o sufría alteraciones de la percepción; para lo cual se precisó que el acusado al momento de los hechos se encontraba entre 1.90 y 2.20 gramos por litro de alcohol en la sangre y bajo efectos de marihuana y cocaína, lo que determinó conforme a dicha pericia, que el investigado al momento de los hechos se encontraba en estado de imposibilidad de comprender la ilicitud de sus actos y/o dirigir su persona. Motivos por los cuales el abogado de la defensa concluyó que el único camino que le queda a la Fiscalía sería solicitar el sobreseimiento del caso; sin embargo, la fiscalía, no emitió pronunciamiento alguno respecto a la solicitud de la defensa, pese a que fue notificado con la resolución Nro. 02.

De acuerdo a las conclusiones de dicha pericia, se puede concluir que no se trataría de una eximente imperfecta, sino de una causal de exención de responsabilidad, conforme al artículo 20, inciso 1, del Código penal y conforme al estado del proceso, si la defensa consideraba esta causal de inculpabilidad debió deducir el sobreseimiento, conforme al artículo 344, inciso 2, literal b) del Código Procesal Penal, que regula que el sobreseimiento procede cuando concurre una causa de inculpabilidad, empero a nuestra consideración sería arriesgado proponer el sobreseimiento por la referida causal; puesto que, del acta de intervención policial y el registro personal que se realizaron media hora después de los hechos, fueron suscritos por el procesado, lo que generaría duda de su estado de inconciencia.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 25 de julio del 2016, la defensa del acusado se desiste de la solicitud de incoación de proceso seguridad y mediante la resolución judicial Nro. 04 de fecha 26 de julio del 2016, el Juzgado frente al desistimiento de la defensa, requiere al abogado que previamente se consigne la firma de su patrocinado; sin embargo, la defensa del acusado mediante escrito de fecha 02 de agosto del 2016, solicita al Juzgado que se gire oficios a la Escuela Superior Técnica de la Policía Nacional del Perú, a efectos

de que le brinde permiso al acusado, estudiante de dicha institución, para asistir a la audiencia preliminar de control de acusación.

De ello se infiere que el abogado, requiere la presencia de su patrocinado en la audiencia de control a efectos de formalizar su solicitud de desistimiento de incoación de proceso inmediato, empero el Juzgado mediante resolución Nro. 05, sin tomar en cuenta el requerimiento que anteriormente le hizo a la defensa para el desistimiento, precisa que la audiencia a verificarse es de debate en el control preliminar de acusación, consintiendo así el desistimiento de la incoación de proceso inmediato y proseguir con el proceso común.

#### **4. Audiencia de Control de Acusación**

En fecha 22 de agosto del 2015, se realizó la audiencia de control de acusación, del acta de registro de la misma se advierte que se realizó bajo la dirección del Juez Miguel Wesly Astete Reyes, dicha audiencia inició con la acreditación de las partes procesales, tanto de la Fiscalía y la defensa del imputado, no habiendo ninguna observación,, se dio por valida la instalación de dicha audiencia y consiguientemente la representante del Ministerio Publico inicio con la oralización de su requerimiento y por parte de la defensa del imputado no realizó ninguna observación de carácter formal ni sustancial. Por lo que, se emite la resolución Nro. 06, que resuelve declarar la validez formal y sustancial del requerimiento acusatorio, señalando que la parte expositiva y considerativa se encuentra registrada en audios; frente ello advertimos que dicha resolución debe ser transcrita en su integridad, a efectos de facilitar a otro abogado el conocimiento del caso, en el supuesto de que se prescinda de los servicios del abogado.

Emitida dicha resolución, la representante del Ministerio Publico procede a oralizar el ofrecimiento de sus medios probatorios, de los cuales la defensa del imputado, respecto a vistas fotográficas observa que es la misma imagen repetida cuatro veces y que carece de fecha, en dicha acta no se registra el ofrecimiento de medios de prueba por parte del imputado; puesto que, de la resolución que da por admitidos los mismos, se observa que fueron ofrecidos.

Seguidamente se emite la resolución judicial Nro. 07, mediante el cual se admite los medios de prueba ofrecidos por las partes, sin realizar el filtro de la pertinencia, conducencia y utilidad de los mismos, en dicha resolución solamente se ha realizado la descripción de la admisión de los medios probatorios.

De la audiencia de control de acusación advertimos, que el imputado se ha encontrado en un estado de indefensión; puesto que, su abogado no realizó ningún acto de defensa, tenía la oportunidad de deducir una excepción de improcedencia de la acción o solicitar el sobreseimiento del caso, conforme al análisis que se ha realizado a folios 26 del presente trabajo. La única actividad que realizó la defensa del imputado fue ofrecer medios de prueba que acreditan que el imputado en estas instancias del proceso, tenía la condición de estudiante de la Escuela Superior de la Policía Nacional del Perú. Motivo suficiente para ejercer una defensa férrea y haber solicitado el sobreseimiento del caso y no tratar de instar la incoación de un proceso de seguridad; puesto que, conforme al Decreto Legislativo Nro. 1318, que regula la formación profesional de la Policía Nacional del Perú, en su artículo 24 describe las causales de expulsión para estudiantes de pregrado de dicha institución y una de ellas es la siguiente:

*5.-Contar con proceso penal por la comisión de delito doloso, entendiéndose que el inicio del proceso penal se da con el Auto de Enjuiciamiento respectivo.*

Estado de indefensión, que perjudicó al imputado; pues ante la emisión del auto de enjuiciamiento, posteriormente fue expulsado de dicha institución policial.

### **5. Auto de Enjuiciamiento**

Posterior a la declaración de la validez formal y sustancial de la acusación y por admitidos los medios probatorios el Juzgado de Investigación Preparatoria emitió el auto de enjuiciamiento mediante Resolución Nro. 08 de fecha 22 de agosto del 2016, contenida en el Acta de Registro de Audiencia Pública de Control de Acusación, y siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 353 del Código Procesal Penal vigente al momento de los hechos, respecto a su contenido, regula lo siguiente:

*“Artículo 353.- Contenido del auto de enjuiciamiento*

*1. Resueltas las cuestiones planteadas, el Juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible.*

*2. El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad:*

*a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados;*

*b) El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias;*

*c) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior;*

*d) La indicación de las partes constituidas en la causa.*

*e) La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.*

*3. El Juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 c) del artículo 350, se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado.”*

En dicha resolución, nuevamente se registra en audio la parte expositiva y considerativa, defecto que sería motivo para impugnar, conforme a la última modificatoria respecto a esta normativa, que expresamente regula lo siguiente:

*1. Resueltas las cuestiones planteadas, el Juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución es recurrible si no se encuentra debidamente formulada la imputación necesaria, identificando los hechos y los elementos probatorios que tienden a acreditarla o las observaciones asumidas en la etapa intermedia.”*

Finalmente, en dicha resolución se resolvió formar el respectivo cuaderno con las piezas pertinentes y se remita los actuados al Juzgado Penal Colegiado, y tomando en cuenta que el delito materia de autos es sancionado en su extremo mínimo con 12 años, entonces es correcto que se remita los actuados al Juzgado Penal Colegiado, concluyendo de esta manera la etapa intermedia.

## **ETAPA DE JUZGAMIENTO**

### **1. Auto de Citación a Juicio Oral**

Mediante Resolución Nro. 01 de fecha 01 de setiembre del 2016, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial A - Sede Central, integrados por los magistrados Miguel Ángel Castelo Andia, Marina Ines Supanta Condor y Hector Cesar Muñoz Blas, citó a audiencia de juicio oral, para el día 14 de setiembre del 2016, a horas dos de la tarde en la cuarta sala de

audiencias ubicado en el tercer nivel del palacio de justicia y se ordenó el emplazamiento de los que deben concurrir a dicha audiencia, asimismo se identificó al abogado del acusado. Por tanto, dicha resolución judicial tiene todos los requisitos establecidos en el artículo 355 del Código Procesal Penal.

## **2. Audiencia de Juicio Oral**

La audiencia se realizó en la Cuarta Sala de audiencias del Módulo Penal, el 14 de setiembre abril del 2016, como Juez ponente estuvo a cargo el magistrado Miguel Ángel Castelo Andia, acto seguido se realizó la acreditación de las partes procesales, tanto de la Fiscal, el acusado, su defensa colegiada y el supuesto agraviado; por lo que, estando presente las partes procesales se declaró por instalada dicha audiencia.

Luego se procedió con la oralización de los alegatos iniciales por parte de la Fiscalía y la defensa del acusado, quien durante su alegato, refiere que los hechos acusados no son como han sido narrados y postula la exención de responsabilidad en base al artículo 20, inciso 1, del Código Penal, refiriendo que al momento de los hechos su patrocinado se encontraba contaminado de droga y cocaína; por lo que se encontraba alterado y no tenía conciencia de sus actos y pasa a enumerar las pruebas que ofrece; sin embargo, de acuerdo a nuestro criterio, se hubiera optado por la ausencia de tipicidad, pues como hemos visto anteriormente no se habría configurado el elemento subjetivo del tipo penal de robo agravado.

terminado los alegatos iniciales, el juez ponente procedió a dar a conocer los derechos que le asisten al acusado; seguidamente se le preguntó si reconoce los cargos que se le imputa, a lo que respondió que no reconoce los hechos, por lo que se dispuso continuar con el juicio oral, pasando a la fase probatoria, en el cual el Juez ponente pregunta si ofrecen nuevos medios de prueba y no existe ofrecimiento tanto por la fiscalía ni la defensa del procesado.

Acto seguido se le pregunta al procesado si va a declarar o guardar silencio, señalando este que guardará silencio. Estando presente el supuesto agraviado, se prosigue a realizar su declaración y el interrogatorio correspondiente, los mismos que no fueron transcritos en el acta de audiencia, refiriendo que se registran en audio, si bien durante la etapa de juzgamiento prima la oralidad, empero se debe transcribir el contenido de dicho acto procesal, para facilitar a cualquiera de las partes en el supuesto de que interpongan algún

medio impugnatorio, por el tiempo extendido se suspende la declaración del supuesto agraviado, fijando fecha de la siguiente sesión.

La segunda sesión de audiencia se realizó el día 16 de setiembre del 2016, de acta de audiencia se observa el reemplazo de uno de los integrantes del Juzgado Penal Colegiado, consignándose a la magistrada Yossi Samantha Álvarez Tito, no dejándose constancia alguna sobre este cambio; continuándose con la actividad probatoria, empero para esta sesión la Fiscal no llevó consigo su carpeta fiscal y sus apuntes; por lo que, no se pudo continuar con la declaración del supuesto agraviado; por lo que, se procedió con la declaración testimonial de Miguel Alberto Montesinos Zanabria ofrecido por la fiscalía, actuada esta declaración, se prosigue con la declaración del supuesto agraviado, en la parte final uno de los integrantes del colegiado procede a solicitar aclaraciones al agraviado, las cuales quedan registrados en audio.

La tercera sesión se realizó el día 23 de setiembre del 2016, continuándose con la actividad probatoria y con la declaración del perito Químico Farmacéutico Erika Orfelinda Fernández Román, médico forense de toxicología de la División Médico Legal II Cuso, sustentó el informe pericial Nro.018-2015 practicado al imputado. Seguidamente se actúa la declaración del perito Médico Psiquiatra Jorge Luis Cabezas Limaco, quien sustentó el Certificado Médico Legal Nro. 002692 de fecha 03 de marzo del 2016 practicado al imputado. Ante la inconcurrencia de los peritos Delgado Aedo, Leticia Hermosa, Hernán Elías Hilario Soto, se ordena la conducción compulsiva para la subsiguiente audiencia.

Se procede a oralizar la prueba documental, consistente en el Acta de recepción del equipo celular, el contrato de compra y venta del celular de la empresa claro, el oficio Nro. 8642-2015-REDIJU de antecedentes penales, se oralizó copia del acta de constatación domiciliaria, copia de la boleta de venta Nro. 00350 emitida por la academia Comandos Boinas, Recibo de caja Nro. 1117353 emitido por el Servicio de Salud de Ttio servicio de psicología, cuadro de mérito de postulante a la PNP.

La cuarta sesión se realizó el 29 de setiembre del 2016, en la cual no se realizó ninguna actividad probatoria, se deja constancia que la audiencia se suspenderá, por motivos de que ya existiría un segundo cambio entre los integrantes del Juzgado Penal Colegiado; puesto que, para la segunda sesión de audiencia, por motivos de licencia la magistrada Marina Inés

Supanta Condor, fue reemplazada por otra Juez llamada por Ley y para esta audiencia no fue posible la asistencia del magistrado Héctor Cesar Muñoz Blas por motivos de salud y al ser reemplazado por otro Juez, se estaría incurriendo en causal de nulidad; acertada decisión del Juzgado, para evitar la nulidad del juicio oral, pues con respecto a los integrantes del colegiado, estos solo pueden ser reemplazados por una sola vez conforme al artículo 359, inciso 2. Motivos por los cuales se suspendió dicha sesión.

La quinta sesión se realizó el 04 de octubre del 2016, consignándose erróneamente la fecha del 04 de setiembre del 2016, dicha audiencia fue suspendida, porque el Magistrado Héctor Cesar Muñoz Blas, se encontraba con licencia de salud y comunicó que ya se encontraría en la ciudad de Cusco, motivos por los cuales se suspendió dicha audiencia para el día siguiente.

La sexta sesión se realizó el 05 de octubre del 2016, realizándose la declaración del perito toxicológico y químico forense cap. PNP Hernán Elías Hilario Soto, respecto del certificado de dosaje etílico Nro. 0025-0004969 de fecha 23 de julio del 2015, practicado al imputado.

La séptima sesión se realizó el día 13 de octubre del 2016, actuándose la declaración del perito médico legista Carmen Marisol Yabar Prieto, respecto del certificado médico legal Nro. 010927-L de fecha 22 de julio del 2015, practicado al supuesto agraviado.

La octava sesión se realizó el día 19 de octubre del 2016, en el cual se oralizó el acta de intervención policial, ante el cual la defensa del investigado refirió que el acta se realizó 41 minutos después de los hechos y el contenido es a referencia de lo manifestado por el agraviado y las lesiones habrían sido mutuas entre el imputado y el agraviado. Seguidamente se realizó la oralización del acta de registro personal, donde la defensa refiere que, al momento de realizarse el registro al imputado, no se le encontró bienes para facilitar o procedentes de delitos.

La siguiente sesión de audiencia se realizó el día 26 de octubre del 2016, donde se advierte que anteriormente se dispuso la conducción compulsiva del perito Juan Leonardo Delgado Aedo, quien no concurrió a dicha audiencia por motivos laborales y conforme al artículo 379 inciso 2 del Código Procesal Penal, se trató de prescindir su declaración, ante ello la fiscal interpuso recurso de reposición fundamentando que dicho perito concurrió a las anteriores audiencias y no se pudo tomar su declaración; el juez ponente se acoge al recurso de

reconsideración disponiendo que dicho perito sea notificado nuevamente, no emitiendo ninguna resolución para resolver el recurso de reposición.

Seguidamente en dicha audiencia se realiza la declaración del perito Leticia Hermoza Ponce, respecto del certificado médico legal Nro. 010877-L-D de fecha 22 de julio del 2015, practicado al imputado; terminado a ello se pasa a actuar la declaración testimonial de Mari Celia Concha Camacho.

La siguiente sesión de audiencia se realizó el día 31 de octubre del 2016, se realiza la declaración del perito Juan Leonardo Delgado Aedo, respecto del informe pericial toxicológico Nro. 615-15 y terminado ello se pasa a realizar la declaración testimonial de Zoyla Delicia Camacho Merma.

La siguiente sesión se realizó el día 09 de noviembre del 2016, estando presente el órgano de prueba se dispone recibir la declaración testimonial de Wilfredo Concha Farfán, padre del supuesto agraviado; tras su finalización se precisa que para la presente audiencia se notificó a Vianey Eliana Chillihua Gamarra quien no concurrió a dicha audiencia, debido a que la testigo fue notificada bajo apercebimiento de prescindirse de su declaración; por lo que se debe aplicar el artículo 479; de ello se advierte un error material, pues la norma correcta es el artículo 379 del Código Procesal Penal, para prescindir de la declaración de testigo o perito, en merito a ello, mediante resolución Nro. 06 se resuelve prescindir la declaración testimonial de dicha persona, estando conforme las partes.

La siguiente audiencia se realizó el día 15 de noviembre del 2016, ante la prescindencia de la declaración testimonial de Vianey Eliana Chillihua Gamarra, la Fiscal solicita al Juzgado que se de lectura a la declaración de dicho testigo, la defensa no presenta oposición y se procede con la oralización de dicha declaración, finalizado ello, la defensa solicita que se glose al cuaderno de debates el carnet de admisión 2015-II y el cuadro de méritos de su patrocinado; por lo que, el Juez dispone que dichos documentos se desglosen de la carpeta fiscal y sean agregados al cuaderno de debate. Acto seguido habiendo concluido la actividad probatoria, las partes pasan a formular sus alegatos finales, quedando registrado en audio. Se da por concluido el debate y se suspende la audiencia fijando la siguiente para la lectura de la sentencia.

### 3. Sentencia

Con resolución Nro. 07 de fecha 17 de noviembre del 2016, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial A- Sede Central emitió Sentencia, en el cual resolvió por mayoría absolver de la acusación fiscal y sin responsabilidad civil, al imputado Roberto Jorge Barreto Asqui; como presunto coautor de la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo, subtipo robo agravado, en grado de tentativa tipificado por los incisos 2 y 4 de la primera parte del artículo 189 del Código Penal, concordante con el artículo 188(tipo base), en agravio de Wilfredo Concha Camacho; en consecuencia, una vez consentida y/o ejecutoriada la sentencia, se anule los antecedentes policiales y judiciales generados, y se archive la causa definitivamente y sin costas.

De conformidad con el artículo 394 del Código Procesal Penal, donde regula el contenido de la sentencia, revisado este cumple con dichas exigencias y coincidimos con la parte resolutive por las siguientes consideraciones:

De los hechos materia de acusación y la valoración de los medios de prueba, el Juzgado Penal Colegiado por mayoría ha absuelto al procesado por la ausencia del elemento de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito, conforme al considerando 4.5 de dicha sentencia, donde precisa que los hechos acusados conforme a la declaración del propio agraviado fueron productos de una agresión, pues de esas circunstancias, se acreditó que el celular y los lentes fueron encontrados en el lugar de los hechos y recuperados por el propio agraviado, objetos que en caso de haberse producido un robo, estos habrían sido fácilmente apoderados por la pluralidad de sujetos y no solo su celular, sino también le hubieran sustraído su billetera y vestimenta que en todo momento permaneció con él conforme a lo declarado por el mismo agraviado; por ello, el juzgado concluye que no existe desapoderamiento de bienes muebles ni se evidencia la intención de ello.

Efectivamente en el presente caso no se ha acreditado el ámbito subjetivo del tipo penal, a nuestro criterio por los siguiente: los hechos materia de acusación solamente obedecieron a la declaración del supuesto agraviado, siendo el único testigo de los hechos, se acreditó que el acta de intervención policial se realizó media hora después de sucedido los hechos y todo su contenido está en base a la declaración del supuesto agraviado, quien inicialmente refirió que su celular fue objeto de sustracción por uno de los sujetos que se habría sumado a la

agresión; sin embargo, en su declaración durante la fase probatoria expresamente refiere *“que el agraviado logra recuperar sus lentes que cree que fueron levantados por la ahijada de su vecina y que al darse cuenta que en su bolsillo no había su celular, dicho aparato había estado tirado en la vereda de la casa del C-9”*, de ello vemos la variación su versión, lo que acredita la ausencia de la sustracción, porque el supuesto agraviado refiere que posterior a los hechos recién se da cuenta que su celular no estaba en su bolsillo, como es que recién se da cuenta, si al momento de los hechos refiere que fue objeto de sustracción; contradicción que acredita nuestra posición, que el celular y anteojos se cayeron al piso producto de la gresca y que no hubo ninguna intención del procesado ni de los demás sujetos, para restarle de sus pertenencias al supuesto agraviado.

Asimismo, el Juzgado refiere que por la pluralidad de sujetos, hubiera sido viable el apoderamiento de los bienes; sin embargo, estos fueron hallados en el mismo lugar donde sucedió la gresca, además de ello por la misma pluralidad de sujetos, habría sido fácil reducir al supuesto agraviado mediante violencia o amenaza, para restarle de sus pertenencias; por tanto, los hechos materia de acusación fueron producto de una gresca debido a que el procesado se encontraba bajo los efectos de alcohol y drogas, además a nuestro criterio conforme a la declaración del agraviado la calle se encontraba con zanjas y montículos de tierra que le impidió cruzar la pista y siguió por la vereda y es cuando se cruza con los cinco sujetos que transitaban bajo los efectos del alcohol y drogas y esto habría desencadenado la gresca.

si bien, conforme a la pericia médico legal el supuesto agraviado sufrió lesiones que ameritaron 4 días de incapacidad médico legal; sin embargo, estos fueron productos de la gresca al momento de los hechos, en ningún momento el procesado intento cogotear al agraviado como se describe en los hechos, de acuerdo a la pericia médico legal el supuesto agraviado no presenta lesiones en el cuello por comprensión ni ajuste, conforme advierte el Juzgado.

Por otra parte, a nuestro criterio y que no fue objeto de análisis por el colegiado, se tiene la declaración del supuesto agraviado, quien durante la fase probatoria expresó que al momento de cruzarse con los cinco sujetos *“siente que una mano le iba a coger-era el imputado; por lo que reaccionando antes que éste, con su mano evitó ser agarrado”*, como vemos el

agraviado nuevamente varia su versión, ya no refiere que el imputado quería cogotearlo, muy por el contrario refiere que todo inicio cuando sintió que le iban a coger, no que le hayan cogido y a causa de su presentimiento reaccionó antes y con su mano evito ser agarrado diciendo “*suéltame yo vivo acá*” y ante ello el procesado le propino un golpe ocasionando que se caigan sus lentes, situación que acredita que por la estrechez de la vereda y la pluralidad de sujetos, haya existido rozamientos que hicieron presentir lo contrario al supuesto agraviado y frente a ello los sujetos que pasaban alcoholizados y drogados reaccionaron generando una gresca, todo ello tomando en cuenta la edad del imputado y agraviado que al momento de los hechos tenían entre 18 y 19 años y conforme a las declaraciones del propio agraviado y los demás testigos, se tiene que los demás sujetos regresaron al lugar de los hechos con la finalidad de rescatar a su amigo que se encontraba retenido por el propio agraviado, acto nada habitual en un delito de robo, por el contrario se infiere que fue una reacción natural propio de los jóvenes por defender a su amigo y no de aquellas personas dedicadas a cometer actos ilícitos.

Por tanto, la agresión que habría sufrido el supuesto agraviado fue producto de la gresca y teniendo en cuenta que el tipo penal de robo agravado en función al ámbito subjetivo de la conducta, es un tipo penal de tendencia intensificada que requiere del ánimo de lucro, en ningún momento existió la finalidad de restar de sus pertenencias al supuesto agraviado; por lo que, el procesado y los demás sujetos, no tuvieron la resolución criminal de cometer el ilícito, descartándose de esta forma la tentativa, ello conforme al Recurso de Nulidad Nro. 1540-2015 Callao, que en su fundamento 1.3 refiere lo siguiente:

(...) es preciso destacar que la jurisprudencia y la doctrina nacional han señalado respecto a los grados de desarrollo en la comisión de los delitos, que la tentativa regulada en el artículo dieciséis del Código Sustantivo, presupone de manera expresa tres requisitos concurrentes: **a)** Que el agente se haya decidido a cometer el delito, **b)** Que el agente comience la ejecución del delito que se ha decidido cometer, **c)** Que la ejecución del delito no culmine en consumación. En otras palabras, la decisión interna de cometer un delito debe ser exteriorizada en una conducta que satisfaga el principio de ejecución. El agente no solo debe realizar una conducta que objetivamente represente el comienzo de la ejecución del hecho

delictivo, sino que tal conducta debe haber sido realizada estando dirigida subjetivamente a su consumación, que finalmente no se produce (pág. 06).

Por lo que, no se configura la tentativa, porque el procesado nunca decidió cometer el delito conforme a lo anteriormente expuesto.

Otro de los fundamentos para absolver al procesado fue la carencia del elemento de culpabilidad, esto debido a lo alegado por la defensa del imputado y de la valoración de los medios probatorios, el Juzgado refiere que el perito médico psiquiatra Jorge Cabezas Limaco, al sustentar el certificado médico legal post facto, refirió que realizando el cálculo retrospectivo del análisis de alcoholemia que se le practicó al imputado, éste al momento de los hechos se encontraba entre 1.90 a 2.20 gr/l de alcohol en sangre, ubicándose en el tercer periodo de alcoholemia, donde no hay control de los actos sino automatismos; asimismo, conforme al perito Elías Hilario Soto quien sustentó el dosaje etílico que se le practicó al imputado tres horas después de haberse cometido los hechos con el resultado de 1.60 gr/l en un cálculo retrospectivo dijo que el imputado pudo haber tenido 2.10 gr/l de alcohol en su sangre, que le dejó en un estado de ebriedad absoluta y pudo haber perdido todo concepto de la realidad y de acuerdo a la perito Erika Orfelinda Fernández Romaní al sustentar el informe de toxicología Nro. 18-2015, el Juzgado concluye que el procesado ya no consume drogas y ha reconducido su vida, pues al momento de los hechos se encontraba también bajo los efectos de cocaína y marihuana conforme al informe pericial toxicológico Nro. 8642-2015, pericia que no consideró el Juzgado.

De todo ello, el Juzgado Penal Colegiado, concluye que es imposible que el imputado haya podido comprender la realidad de sus actos y dirigir su persona y sin perjuicio de haberse ya establecido la carencia de la tipicidad, refiere que el procesado al momento de los hechos se encontraba en estado de inimputabilidad que se subsume dentro de las causales de exención de responsabilidad penal conforme al artículo 20 inciso 1 del Código Penal, motivo por el cual se tiene la carencia del elemento de culpabilidad.

#### **4. Voto en Discordia de la Magistrada Marina Inés Supanta Condor**

Señala que no se encuentra de acuerdo con la decisión final del caso, valora de manera diferente los medios de prueba actuadas en juicio y concluye que si hubo intención del procesado para sustraer el celular, refiere que no habría existido motivo alguno para que los

sujetos agredan al agraviado, pues no se conocían y no existía rencilla alguna entre ellos; asimismo refiere que la agresión fue por la espalda del agraviado que lo abrazaron y trataron de ahorcar y sintió que lo golpearon, viendo el celular que se encontraba en la parte posterior del agraviado, por eso se cruzaron y vieron el celular y esa situación habría generado que decidieran sustraerlo y por el estado en que se encontraban a causa de los efectos del alcohol y drogas sus reacciones y movimientos se encontraban disminuidos, lo que facilitó para la reacción del agraviado y ese fue el motivo que habría desencadenado la agresión. Asimismo, contrariamente tomando en cuenta la edad de los sujetos refiere que se habría tratado de una palomillada propia de adolescentes, pero que tuvieron la intención y cuando empezaron a ejercer violencia sobre los agraviados no se llegaron a concretar los mismos por la reacción del agraviado y porque salieron los vecinos.

De todo ello, vemos un razonamiento errático de la magistrada, refiere hechos que no fueron materia de acusación, como es el caso de que el agraviado fue abrazado por detrás y tratado de ser ahorcado y golpeado, empero de los hechos la fiscal refirió que el procesado intento cogotear al agraviado y éste durante la fase probatoria refirió que no fue así, sino que sintió que una mano le iba a coger y por ello reaccionó antes que el procesado; asimismo, si la agresión fue por la espalda, como es que el procesado al mismo tiempo le da puñetazos en el rostro y cabezazos que generan que se caiga los anteojos del agraviado, entonces no es lógico lo que refiere dicha magistrada, la gresca se generó por los considerandos anteriormente descritos; por otra parte refiere que el procesado y los demás sujetos no lograron su cometido por la presencia de los vecinos y reacción del agraviado; sin embargo, conforme a las declaraciones del propio agraviado y los demás testigos, estos se apersonaron cuando el supuesto agraviado ya lo tenía reducido al procesado, conforme a la declaración de Vianey Eliana Chillihua quien en un primer momento vio a unos muchachos como si estarían jugando por que se estaban empujando, para luego gritar que se suelten y cuando salió con un palo los demás sujetos se escaparon y encontró al agraviado reteniendo al procesado diciéndole que le habían robado; declaración que corrobora la pelea que se dieron entre jóvenes, pues si la finalidad hubiera sido restarle de sus pertenencias al agraviado estos se hubieran llevado consigo lo sustraído.

Además de la declaración testimonial de Miguel Ángel Montesinos, se tiene de acuerdo a los hechos presentados en la acusación, que éste vecino habría salido en defensa del supuesto agraviado y que lo hubiera golpeado al procesado, hechos que fueron desacreditados por el testigo, quien refirió que estando en su domicilio escucho bulla en la calle y al salir junto a su esposa vieron una pelea y cuando se acercaron vieron que el padre, hermana y madre del agraviado lo tenían retenido al procesado, quienes le habrían golpeado y no el vecino. Como vemos en ningún momento los órganos de prueba que se actuaron en juicio, vieron algún acto de robo o frustraron la comisión del mismo, son testigos referenciales a consecuencia de las versiones del supuesto agraviado quien generó contradicciones en sus declaraciones a nivel de la investigación y juzgamiento y la magistrada solamente se refiere a los hechos materia de acusación sin realizar la valoración correspondiente de los medios probatorios.

Por otra parte, respecto si el procesado se daba cuenta o no de sus actos en función al estado de ebriedad absoluta en que se encontraba, concluyó que al momento de los hechos se encontraba consiente de lo que sucedió y por ello cuando fue reducido pidió disculpas y perdón; sin embargo, este argumento es desacreditado con la declaración de la hermana del agraviado, quien refirió que al salir de su casa, su hermano le dijo que le querían robar y el procesado no respondía nada, para luego mencionar que no le iba a pasar nada porque su papá era policía, desplegando de esa forma un acto desafiante y no de pedir perdón.

Tanto la sentencia y el voto en discordia se dio lectura en la última sesión de la audiencia de juzgamiento y terminado está el Juez notifico en ese mismo instante a las partes y la Fiscalía interpuso recurso de apelación y la defensa quedó conforme.

## **5. Apelación de la Sentencia**

Ante la sentencia absolutoria, en fecha 24 de noviembre del 2016, la Primera fiscalía provincial de Wanchaq, interpone recurso de apelación solicitando que se revoque la misma y se le imponga la pena solicita en requerimiento acusatorio.

Principalmente que el Juzgado Penal Colegiado, habría determinado una conducta atípica por la carencia del elemento de culpabilidad; sin embargo, conforme se tiene de la sentencia el Juzgado ha realizado el análisis de ambas categorías por separado tal como se aprecia en el punto 4.6 de la parte considerativa, por ello en su conclusión refiere expresamente que realiza el análisis de la causal de eximente de responsabilidad penal, sin perjuicio de que ya

se ha establecido la carencia de la tipicidad en la conducta del procesado. Por tanto, la fiscalía propone un argumento errado.

Seguidamente la fiscalía refiere que el procesado al momento de los hechos no se encontraba en un estado de inconciencia, pues según la declaración del padre, madre, hermana y la testigo Vianey Eliana Chillihua (declaración oralizada) habrían manifestado que luego de ser retenido el procesado pidió perdón al agraviado por su conducta desplegada; posición que copia del voto emitido en discordia por la Magistrada; sin embargo, debemos advertir que en ningún extremo de la declaración de la testigo Vianey Eliana Chillihua, refiere que el procesado haya pedido perdón al agraviado, mucho más si de la declaración en juicio de la madre del agraviado refirió que al momento de ver por su ventana a los muchachos que agarraban a su hijo, tuvo una percepción de que a su hijo lo agarraban y que no le asaltaban y de la declaración de su hermana, quien refirió que al salir de su casa, su hermano le dijo que le querían robar y el procesado no respondía nada, para luego mencionar que no le iba a pasar nada porque su papá era policía, desplegando de esa forma un acto desafiante y no de pedir perdón como dijo la magistrada y la fiscal, argumentos que no tienen respaldo en ningún medio probatorio. Por tanto, concluimos que el recurso de apelación obedeció a la emisión del voto en discordia de la Magistrada anteriormente analizada, pues la fiscal trata de copiar en parte sus argumentos con los cuales manifestó su desacuerdo con la resolución de la sentencia.

#### **6. Audiencia de Apelación de Sentencia Absolutoria**

La audiencia de apelación de sentencia, se realizó en fecha 03 de abril del año 2017, previamente asumió la dirección de debates la magistrada Fany María Andrade Gallegos, para luego dar pase a la acreditación de las partes, del cual se observa el cambio de la defensa técnica del procesado, acto seguido, el juez superior solicita al especialista judicial dar cuenta de la resolución impugnada y del recurso interpuesto, dándose cuenta del mismo, seguidamente se pregunta al fiscal superior si se ratifica en su apelación, contestando afirmativamente; por lo que, inicia con los alegatos iniciales, de ello se observa que el fiscal superior, planteó la nulidad absoluta de la sentencia, solicitando que se realice nuevo juicio oral, contrariamente a la pretensión concreta que se formuló en el escrito de dicho recurso, que fue la revocatoria de la sentencia. La defensa del procesado indica que no existe vicios

de nulidad, ya que se valoró todos los medios probatorios y solicita que se confirme la sentencia apelada.

Se precisa que no existe prueba nueva admitida y el procesado procede a guardar silencio y acto seguido se oralizan documentos propuestos por la defensa del imputado, terminado ello, se realizó los alegatos finales, la fiscalía refiere que en la sentencia no se da una razón congruente y lógica respecto de la absolución al imputado. La defensa del imputado, resalta que el procesado al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad, que le ocasionó la alteración de la percepción solicitando que se confirme la sentencia apelada.

Seguidamente se cede la palabra al procesado para su último dicho, quien pide perdón a sus padres por hacerles pasar por ese momento e indica que no robó nada.

### **7. Sentencia de Segunda Instancia**

Mediante resolución Nro. 14 de fecha 12 de abril del 2017, los señores jueces superiores de la Primera Sala Penal de Apelaciones, resuelven declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y declaran la nulidad de la sentencia donde se le absuelve al procesado y dispusieron que se realice nuevo juicio oral a cargo de otro juzgado. Debiendo devolverse los actuados con dicho fin. Bajo los siguientes fundamentos:

En una primera conclusión, refieren que el juzgado colegiado no ha tomado en consideración las pruebas actuadas en juicio, como es el Acta de intervención policial de fecha 21 de julio del 2015, Acta de recepción del celular, declaración testimonial de Vianey Eliana Chillihua Gamarra, declaración testimonial de Miguel Alberto Montesinos Zanabria, Certificado Médico Legal Nro. 010927-L practicado al agraviado, declaración testimonial de Zoila Delicia Camacho Merma madre del agraviado, declaración testimonial de Wilfredo Concha Farfán progenitor del agraviado, declaración testimonial de María Celia Concha Camacho hermana del agraviado, con los que se acreditó los hechos; sin embargo del considerando D. de la sentencia de vista, se observa una descripción de estos medios probatorios, de los cuales solo se ha extraído las versiones del intento de robo comunicó el agraviado a los testigos posterior a los hechos, muy por el contrario no se toma en cuenta la declaración del supuesto agraviado, que es el medio de prueba que originó este caso y como hemos visto durante el juicio oral ha incurrido en una serie de contradicciones; por lo que, es errado este fundamento de la Sala Penal, incluso tiene una errada apreciación de los hechos, conforme se observa

en el pinto C de su considerando, cuando refiere que los hechos sucedieron cuando el agraviado retornaba de un compromiso social, cuando en realidad es lo contrario. Entonces como se advierte en la sentencia materia de apelación el Juzgado si ha valorado en conjunto estos y los demás medios probatorios, para llegar a la conclusión de la ausencia del ámbito subjetivo del tipo penal.

Por otra parte los jueces superiores, refieren que el Juzgado colegiado en lo referente a la exigencia de la acreditación de la preexistencia del bien objeto de robo, no habría tomado en cuenta que los hechos únicamente quedaron en grado de tentativa, tratando de concluir que uno de los motivos de la absolución habría sido la falta de acreditación de dicho bien; sin embargo, del considerando 4.5 de la sentencia materia de apelación, si bien es cierto el colegiado citó la exigencia de la preexistencia de dicho bien, empero líneas siguientes acredita que el agraviado efectivamente es propietario del celular conforme al contrato de su adquisición; por lo que, los jueces superiores incurrieron en una errada apreciación de los fundamentos del colegiado.

Seguidamente, los jueces superiores refieren la existencia de nulidad, por indebida motivación concretamente por una falta de justificación interna, porque el colegiado habría incurrido en una doble conclusión al determinar la carencia de la categoría de la tipicidad y la culpabilidad; en efecto, sería un vicio en que habría incurrido el colegiado, pues al tener convicción de la ausencia de la tipicidad era innecesario analizar las demás categorías específicas del delito.

#### **8. Citación a Nuevo Juicio Oral**

Devueltos los actuados de la Sala Penal de Apelaciones y habiendo ordenado que otro juzgado realizar un nuevo juicio oral, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial B se encarga de su tramitación y mediante resolución Nro. 16 de fecha 01 de junio del 2016, se cita a las partes a nuevo juicio oral para el día 10 de agosto del 2017, resolución que cuenta con todos los requisitos establecidos en el artículo 355 del Código Procesal Penal.

#### **9. Audiencia de Juicio Oral**

La primera sesión de audiencia se realizó el día 10 de agosto del 2017, se eligió como juez ponente al magistrado Gilbert Arias Paullo y acto seguido se acreditaron los sujetos procesales, del acta de registro de audiencia se advierte un error material al consignar la

instalación de la continuación del juicio oral, tomando en cuenta que es la primera sesión no debió consignarse de esa forma.

Acto seguido se inicia con los alegatos iniciales por parte de la fiscalía, quien oraliza los fundamentos de hecho y Derecho y las pruebas ofrecidas y admitidas y demás fundamentos que quedan registrados en audio.

cuando es el turno de la defensa de oralizar sus alegatos iniciales, previo dialogo con su patrocinado, manifiesta que su defendido ha tomado la decisión de someterse a la conclusión anticipada y solicita conferenciar con la fiscalía, ante ello el colegiado da a conocer los derechos que le asisten al acusado y preguntando si reconoce los cargos que se le imputan, previa conferencia con su abogado el procesado reconoce los cargos; motivos por el cual, se llega al acuerdo de conclusión anticipada.

Los acuerdos a los que se arribó fueron que se le imponga al procesado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y la suma de S/. 1000.00 por concepto de reparación civil, habiéndose depositado ese mismo día la suma de S/. 500.00 soles; por lo que, el Juez declara la conclusión anticipada del proceso y suspende la audiencia para emitir resolución que conlleve a determinar si aprueba o no dicho acuerdo.

#### **10. Sentencia de Conformidad**

En fecha 14 de agosto se lleva la siguiente sesión, en el cual se da lectura de la resolución Nro. 04 mediante el cual se resuelve aprobar el acuerdo de conclusión anticipada celebrado en el procesado, su defensa y el Ministerio Público y declara la responsabilidad penal de Roberto Jorge Barreto Asqui como coautor de la comisión del delito contra el patrimonio, en su modalidad de robo, sub tipo robo agravado, en agravio de Wilfredo Concha Camacho, a quien le impusieron cuatro años de pena privativa de la libertad, convertidos en doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad y respecto de la reparación civil se precisó que fue cancelada. En la parte resolutive no se precisa la tentativa, a consecuencia de un error material; puesto que, en la parte considerativa, se ha realizado el análisis del mismo.

Para la determinación de la pena el colegiado tomó en cuenta la pena solicitada por la fiscalía que fue de seis años y por haberse sometido el procesado a la conclusión anticipada se le

redujo un séptimo a la pena, resultando cinco años y dos meses de pena, los cuales fueron reducidos a cuatro años en aplicación de los principios de humanidad y proporcionalidad.

Del análisis de la sentencia, es necesario referirse al acuerdo de conclusión anticipada y cuestionar cual habría sido el motivo que le habría generado al procesado para que reconozca su responsabilidad penal, debemos tener en cuenta que el procesado al momento de los hechos era estudiante de la facultad de ingeniería Química de la UNSAAC, que posteriormente dejó esta carrera para postular a la Escuela Superior de la PNP e ingresó, tal como se advierte del acta de instalación de audiencia del primer juicio oral y en segunda instancia. Como hemos referido anteriormente una de las causales para la expulsión de estudiantes de la PNP es contar con proceso penal a partir de la emisión del auto de enjuiciamiento, expulsión que se habría efectuado; puesto que del acta de instalación del nuevo juicio oral el procesado en su acreditación, mencionó que era estudiante de la facultad de ingeniería de sistemas de la Universidad Andina, si bien se acogió al derecho a guardar silencio, empero en sus últimos dichos en las audiencias de juicio oral y en el acuerdo de conclusión anticipada donde manifestó que deseaba que se termine el proceso, que quiere ser profesional para el orgullo de sus padres que ya habían sufrido bastante por su causa. De lo que se advierte que el procesado, a consecuencia del proceso penal venía frustrando su proyecto de vida.

Asimismo, se infiere que la defensa del procesado recién en estas instancias habría asesorado a su patrocinado reconocer la responsabilidad penal, esto debido al pronunciamiento de la magistrada que emitió su voto en discordia, quien preciso que además de la eximente imperfecta de responsabilidad, la tentativa y la responsabilidad restringida en razón de la edad del procesado le correspondería una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, motivos por el cual habrían decidido someterse a la conclusión anticipada.

Otro motivo que le habría llevado a tomar esta decisión fue el error que ha cometido el abogado en la audiencia de apelación de sentencia, cuando afirmó que el imputado según el nivel de alcoholemia se encontraba en la incapacidad de comprender la ilicitud de sus actos y por ello no firmó el acta de intervención policial así como el acta de registro personal, argumento que es totalmente falso porque dichos actas fueron firmados por el procesado, lo que generaría duda respecto del estado de inconciencia del procesado, tal como referimos

anteriormente; si bien durante el juicio oral los dos abogados que asumieron la defensa alegaron la eximente de responsabilidad penal y por el error cometido en segunda instancia su teoría del caso de alguna manera no se habría sostenido. Motivo por el cual se optó por una vía fácil que es someterse a la conclusión anticipada.

Como hemos visto en el análisis de la sentencia de primera instancia, se ha acreditado que el procesado y los demás sujetos no tuvieron el ánimo de lucro, jamás querían sustraerle y apoderarse de las pertenencias del supuesto agraviado, la agresión que sufrió tanto el supuesto agraviado y el procesado fueron productos de una pelea por los efectos de alcohol y drogas, todo ello corroborado por los medios probatorios ofrecidos por la fiscalía; motivos por los cuales a nuestro criterio era necesario seguir con el nuevo juicio oral con la finalidad de lograr la emisión de una sentencia absolutoria.

### **EJECUCIÓN DE SENTENCIA**

Mediante resolución Nro. 05 de fecha 02 de noviembre del 2017, el Juzgado Penal Colegiado declara consentida la sentencia de conformidad porque no ha sido objeto de impugnación dentro del plazo legal por ninguna de las partes procesales y por estas razones para fines de la ejecución de sentencia y remite el cuaderno de debate al juzgado de investigación preparatoria.

En fecha 13 de noviembre del 2017, se emite la resolución Nro. 06, mediante el cual se resuelve pasar los autos a ejecución de sentencia y se requirió al sentenciado cumplir con las doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad, conforme determine el Instituto Nacional Penitenciario y se tiene por cancelada la reparación civil conforme al vóucher de depósito por la suma de S/. 500.00 soles y por la caución que se ofreció en la audiencia de apelación de prisión preventiva por la misma suma, haciendo un total de S/. 1000.00 soles. Del cual vemos, que se inicia la ejecución de sentencia en merito a la conclusión anticipada que se sometió el sentenciado.

Posteriormente, mediante oficio Nro. 122-2018-INPE/22.08, el jefe de establecimiento de medio libre Cusco, comunica al Juzgado de Investigación Preparatoria, que el sentenciado inició con sus jornadas el 30 de diciembre del 2017 en la comisaria de Ttio, 207 jornadas equivalentes a 2080 horas, jornadas que realiza los días sábado y domingo.

En fecha 04 de setiembre, mediante oficio Nro. 1141-2019 el jefe del establecimiento de medio libre Cusco, comunica al Juzgado sobre el estado de salud del sentenciado en mérito de la solicitud del padre del sentenciado. Asimismo, mediante escrito de fecha 05 de setiembre del 2019 el abogado del sentenciado solicita dispensa para el cumplimiento de las jornadas, por motivos de salud, en razón de que al sentenciado se le diagnosticó leucemia aguda (cáncer a la sangre) y se dispuso la evacuación del paciente a la ciudad de lima para su correspondiente tratamiento y pese a los informes médicos que acreditaron el estado de salud del sentenciado el Juzgado no emitió pronunciamiento alguno, por lo que el abogado reitera con otra solicitud en fecha 26 de diciembre del 2019, al igual que el padre del sentenciado; sin embargo, el 10 de enero del 2020 mediante resolución Nro. 10 el Juzgado frente a los escritos y las pruebas que acreditan el estado delicado de salud del sentenciado no emite pronunciamiento de lo solicitado, muy por el contrario pone en conocimiento del Ministerio Público el cual no emite pronunciamiento alguno, en fecha 14 de junio el abogado del sentenciado presenta un escrito, solicitando la conversión de la pena a días multa, de este escrito precisamos que en el cuaderno de debate se encuentra incompleto, en la misma fecha se ofrece garantía, se solicita que el padre del sentenciado se ofrece como garante en caso que el Juzgado por humanidad pueda convertir la pena impuesta a uno de multa, el Juzgado sigue sin emitir pronunciamiento y en fecha 14 de setiembre del 2021 el abogado del sentenciado deduce excepción de la prescripción de la pena conforme al artículo 6, inciso 1, literal e) del Código Procesal Penal, en razón de que el sentenciado falleció el 09 de setiembre del 2021 en el establecimiento de salud-especializado en enfermedades neoplásicas a causa de leucemia linfoblástica aguda, conforme se acredita con el certificado de defunción.

Ante ello, el Juzgado de investigación preparatoria, mediante resolución Nro. 13 de fecha 29 de setiembre, recién se provee los escritos anteriormente presentados y considera innecesario emitir pronunciamiento por la solicitud de la conversión de la pena a multa y frente a la deducción de la prescripción de la pena, pone los autos en mesa a fin de emitir resolución que corresponda, siendo evidente la muerte del sentenciado, recién mediante la siguiente resolución Nro. 14 de fecha 30 de setiembre, resuelve declarar extinguida por muerte la ejecución de la pena en el proceso que se seguía contra Roberto Jorge Barreto Asqui y en consecuencia se dispuso el archivo definitivo del proceso, previa anulación de sus

antecedentes que se hayan generado, para lo cual dispone cursar los oficios una vez que sea consentida o ejecutoriada.

Mediante resolución Nro. 15 de fecha 19 de julio del 2022, recién el Juzgado de Investigación Preparatoria declara consentida la resolución Nro. 14 disponiendo que se restituya los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia y se generen los oficios a efectos de anular sus antecedentes penales generales; cómo es posible restituir derechos a la persona que ya dejó de existir y recién generar oficios para anular sus antecedentes penales, cuando el procesado insistentemente solicitó durante la etapa de la investigación, como hemos visto durante la ejecución de la pena insistentemente se ha buscado la conversión de la pena a una de multa, no habiendo el Juzgado emitido pronunciamiento alguno, esperaron la muerte del sentenciado para recién emitir su pronunciamiento correspondiente; por tanto, durante la ejecución de la sentencia no se ha puesto en práctica el principio de humanidad de las penas o principio de proscripción de la crueldad, principio que es el eje central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales del poder punitivo en un Estado democrático y constitucional de derecho. Según este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el condenado. Lo óptimo es buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin sufrimientos innecesarios para el penado, situación que no sucedió durante la ejecución de la pena pese a las reiteradas solicitudes y al evidente estado de salud que se encontraba el sentenciado.

## **CONCLUSIONES**

1. Durante la etapa de la investigación preparatoria, se dejó en estado de indefensión al sentenciado, la defensa técnica debió deducir una excepción de improcedencia de acción, ante la inconsistencia de los hechos que fueron producto de una pelea entre jóvenes por los efectos de alcohol y drogas, el sentenciado y los demás sujetos jamás tuvieron la resolución criminal de cometer el ilícito; estos hechos se originaron únicamente en base a la declaración del supuesto agraviado que en etapa de juzgamiento incurrió en serias contradicciones y las declaraciones testimoniales fueron referenciales en base a lo manifestado por el agraviado, la fiscalía no realizó actos de investigación para corroborar lo manifestado, mucho menos para identificar

a los otros sujetos que participaron en la pelea, motivos por los cuales debió emitir un requerimiento de sobreseimiento.

2. Respecto a la prisión preventiva, el requerimiento fiscal no cumplió con motivar los presupuestos que exige la ley, mucho menos los presupuestos adicionales establecidos por la jurisprudencia, hecho que generó también la indefensión del procesado durante el debate en audiencia, donde su defensa no cuestionó los defectos del requerimiento, mucho menos se ofreció documentos para acreditar la ausencia de peligro de fuga y el peligro de obstaculización, pese a ello ante los defectos evidentes del requerimiento fiscal, el juzgado de investigación preparatoria debió declarar infundado dicha medida y optar por otra medida menos gravosa; por otra parte la nueva defensa que asumió el caso por estrategia legal con los documentos que acreditaron el arraigo laboral y la ausencia del peligro procesal debió optar por la cesación de la medida y no por el medio impugnatorio que permitió dilaciones que generaron que el procesado este recluso por más de un mes en prisión.
3. De igual manera durante la etapa intermedia, la defensa del procesado ante el requerimiento acusatorio no formuló ningún medio de defensa, tuvo la oportunidad de deducir el sobreseimiento del caso por la atipicidad de los hechos, pues era evidente la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal.
4. En la etapa de juzgamiento en primera sentencia se acreditó la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal; sin embargo, el colegiado optó por el análisis de la categoría de la culpabilidad, análisis que fue innecesario, pues al haberse generado convicción por la ausencia de los elementos del tipo penal, fue innecesario emitir pronunciamiento por dicha categoría, situación que generó la nulidad de la sentencia absolutoria.
5. El motivo del reconocimiento de responsabilidad penal del sentenciado, obedeció a las frustraciones en su proyecto de vida que le ocasionó el proceso penal y a los errores que cometió su defensa al plantear su teoría del caso y no optar por demostrar la ausencia del ámbito subjetivo del tipo penal.
6. Respecto a la ejecución de la sentencia el órgano jurisdiccional no aplicó el principio de humanidad, principio que es el eje central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales del poder punitivo, ante la constante insistencia del sentenciado

de convertir su pena a una de multa por el evidente estado de salud que le aquejaba, el juzgado nunca emitió pronunciamiento alguno. Recién cuando falleció el sentenciado emite resolución extinguiendo la ejecución de la pena.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Acuerdo Plenario Nro. 03-2009/CJ-116, (Corte Suprema de Justicia de la República 2009).
- Bramont Arias, L. (2008). *Manual de Derecho Penal-Parte General* (4 ed.). Lima: EDDILI Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Casación Nro. 1150-2019 Ica, (Corte Suprema de Justicia de la Republica 2022).
- Casación Nro. 626-2013/Moquegua, (Corte Suprema de Justicia de la República 2015).
- Exp. N°00728-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional - Caso Giuliana Flores de Maria Llamuja f.j. 07).
- Osorio Ruiz, Silvia Cristina y Sanchez Perez , Miguel Francisco. (2005). *Delitos Contra el Patrimonio*. Lima: ECITORA ESMIRNA S.A.C.
- Recurso de Nulidad, 1540-2015 Callao (Corte Suprema de Justicia de la República 2015).
- Recurso de Nulidad, 754-2020 (Corte Suprema de Justicia de la Republica 2022).
- Recurso de Nulidad N° 2820-2017 Lima Norte, (Corte Suprema de Justicia de la República 2017).
- Recurso de Nulidad Nro. 2007-2021, 2007-2021 (Corte Suprema de Justicia 2021).
- Roy Freyre, L. E. (1983). *Derecho Penal Peruano- Parte Especial*. Lima: Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (Quinta Edición ed.). Lima: GRIJLEY.
- Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal, Parte Especial pag.1070-1080*. Lima: Iustitia S.A.C.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho Penal Parte Especial* (7 ed., Vol. 2). Lima: Iustitia S.A.C.
- Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A, 1-2005/DJ-301-A (Corte Suprema de Justicia de la República 2005).