

**UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS E INFORMÁTICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“PROCESO DE HABEAS CORPUS”
“VARIACIÓN DE TENENCIA”**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

AUTOR:

BACH. ALBERTO ARTURO ALEXANDER ISASI CHAVEZ

ASESOR:

DR. FERNANDO ARMAS ZÁRATE

ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4390-438X>

DNI N° 07973958

LIMA-PERÚ

2021

**UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS E INFORMÁTICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



“PROCESO DE HABEAS CORPUS”

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

AUTOR:

BACH. ALBERTO ARTURO ALEXANDER ISASI CHAVEZ

ASESOR:

DR. FERNANDO ARMAS ZÁRATE

ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4390-438X>

DNI N° 07973958

LIMA-PERÚ

2021

MATERIA : **PROCESO HABEAS CORPUS**

N° DE EXPEDIENTE : **00547-2012-HC**

DEMANDANTE : **LUIS CASTAÑEDA LOSSIO**

DEMANDADAS : **HILDA CECILIA PIEDRA ROJAS.**
LEONOR ÁNGELA CHAMORRO GARCÍA

ÍNDICE

I. SÍNTESIS DE LOS HECHOS QUE MOTIVARON LA INVESTIGACIÓN POLICIAL...	4
II. FOTOCOPIA DE LA DENUNCIA FISCAL.....	5
III. FOTOCOPIA DE AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN.....	5
IV. SÍNTESIS DE LA INSTRUCTIVA Y PREVENTIVA.....	5
V. PRINCIPALES PRUEBAS ACTUADAS.....	7
VI. FOTOCOPIAS DE:	43
VI.1 ACUSACIÓN FISCAL.....	43
VI.2. AUTO DE ENJUICIAMIENTO.....	43
VII. SÍNTESIS DEL JUICIO ORAL.	43
VIII. FOTOCOPIA DE LA RESOLUCIÓN DE LA SALA SUPERIOR.....	50
IX. FOTOCOPIA DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ.....	57
X. DIEZ JURISPRUDENCIAS DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS CON INDICACIÓN DE LA SUMILLA DE EXPEDIENTES QUE HUBIEREN SIDO RESUELTOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y COMPETENTE CON LA INDICACIÓN DEL EXPEDIENTE, SU NÚMERO Y EL AÑO. SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO. ...	65
XI. DIEZ DOCTRINAS ACTUALIZADAS, COMENTADAS (UTILIZAR EL SISTEMA APA ÚLTIMO), EN LAS DOCTRINAS CITADAS DEBEN FIGURAR EL COMENTARIO PERSONAL DE ÉSTAS.....	74
XII. SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL EN EL SISTEMA PROCESAL MIXTO.	81
XIII.- OPINIÓN ANALÍTICA DEL TRATAMIENTO DEL ASUNTO SUB- MATERIA (PERSONAL).....	85
ANEXO 01. EVIDENCIA DE SIMILITUD DIGITA	86
ANEXO 02. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN REPOSITORIO	88

I. SÍNTESIS DE LOS HECHOS QUE MOTIVARON LA INVESTIGACIÓN POLICIAL.

“El afectado pretende con la demanda constitucional que se declare la nulidad de la Resolución de fecha catorce de setiembre del 2011 emitida por la Sexta Sala Especializada en lo penal para procesos con reos libres y ordene se emita una nueva resolución de conformidad con lo decidido por el Señor Fiscal Superior de la Sexta Fiscalía superior Penal de Lima y en la línea del voto singular en minoría del doctor Carlos Escobar Antezano” y señala: “1) que han afectado el derecho a la debida motivación y a obtener una resolución razonable y fundada en derecho y menciona que la resolución emitida por la Sexta Sala Penal no se ha realizado una debida motivación al momento de emitir dicha resolución y por tanto carece de una falta de motivación adecuada, suficiente y congruente y 2) afectación al derecho al Debido Proceso- Principio Acusatorio debido a que la Sala ante el dictamen del titular de la acción penal que solicita se confirme el auto que declaró no haber mérito a abrir instrucción, decidió de manera arbitraria y usurpadora de la función del Ministerio Público, revocar la resolución del Décimo Segundo Juzgado Penal ordenando se apertura instrucción en contra del beneficiario, poniéndolo en un proceso sin fiscal y por tal razón se ha vulnerado el principio acusatorio”. La defensa del beneficiario señala que el principio acusatorio establece la repartición de tareas en el proceso penal, “el juzgamiento recae en el juez penal y la acusación en el Ministerio Público, es por ello, que no puede haber juicio sin acusación”. Si el Ministerio Público en cualquiera de sus instancias decide no incoar la acción penal o no acusar, el proceso penal debe concluir como lo ordena el Tribunal Constitucional. “La sala penal no puede adoptar otra decisión que no sea la de archivar o poner fin a la incidencia, cuando el fiscal superior dictamina en contra del ejercicio de la acción penal”. Así mismo, tenemos “la declaración explicativa de la demanda de Habeas Corpus y precisa que los habeas corpus interpuestos a su favor versan sobre otros hechos”.

II. FOTOCOPIA DE LA DENUNCIA FISCAL.

“En el presente proceso de Hábeas Corpus, no interviene el Fiscal Provincial Penal”.

III.- FOTOCOPIA DE AUTO DE APERTURA DE INSTRUCCIÓN

“El Juez del Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 09 de enero del 2012. RESUELVE ADMITIR a trámite el Proceso de Hábeas Corpus interpuesto a favor de Luis Castañeda Lossio contra los Magistrados de la Sexta Sala Penal con Reos Libre del Lima doctores Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro”.

IV.- SÍNTESIS DE LA INSTRUCTIVA Y PREVENTIVA.

“El Procurador del Poder Judicial contesta la demanda interpuesta conforme se desprende a fojas ciento once y solicita se declare Improcedente la demanda constitucional estando a lo dispuesto por los artículo 1° y 2° del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) y por los siguientes fundamentos”: 1) que “la Sala decidió en forma arbitraria y usurpadora de la función del Ministerio Público, revocar la resolución emitida por el Décimo Juzgado Penal de Lima y ordena que se aperture instrucción dentro de un proceso penal sin fiscal, lo que ha generado una vulneración al principio acusatorio, porque no puede haber juicio sin acusación, es decir no se puede continuar un proceso penal cuando el Ministerio Público no sostiene la acción penal”.

Además, “el Procurador precisa que el auto de apertura de instrucción constituye la primera resolución que dicta el juez y da inicio al proceso penal, si es que existe previamente la formalización de denuncia por parte del Fiscal, y dicha resolución se emite de acuerdo a los requisitos del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales”.

Si bien es cierto, “el Juez Penal no aperturó instrucción en contra del hoy favorecido, también lo es que existía la formalización de la denuncia realizada por el Representante del Ministerio Público al existir indicios de la comisión de un delito, y el ejercicio de la acción penal está confiada al Ministerio Público, como lo dispone los incisos 1, 4 y 5 del artículo 159° de la Constitución, por ello el Fiscal el fiscal provincial apela el auto de No ha lugar a la apertura de Instrucción”. Que, “el Procurador considera que la defensa del beneficiario realiza una interpretación errónea a las jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre el contenido del Principio Acusatorio que está referida a la etapa intermedia y no al finalizar una investigación preliminar, o sea antes de dar inicio al proceso”. El demandante cuestiona que la sala no haya tenido en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso Umbert Sandoval – Exp: 2005- 2006-HC, en el cual se declara fundada la demanda, poniendo fin al proceso seguido contra Manuel Enrique Umbert Sandoval, “ratificando la autoridad del Ministerio Público como único titular de la acción penal y si el proceso penal continúa pese a que el Representante del Ministerio Público en doble instancia decide no acusar, entonces se estaría vulnerando el principio acusatorio”, pero “el caso de autos es distinto al Caso Umbert Sandoval”.

V. – PRINCIPALES PRUEBAS ACTUADAS.

delito contra la Administración Pública – **Malversación de Fondos**, en agravio del Estado - Municipalidad Metropolitana de Lima; y contra **Joule Handi Vila Vila (como autor)**, por el delito contra la Fe Pública – Falsificación de Documentos, en del Estado –SUNARP, Mario Renán Tincopa Bendezú y Augusto Balbín Guadalupe.

SEGUNDO: La noticia criminal que se expone en el fundamento de hecho de la denuncia formal, se sintetiza en lo siguiente -----

PAGO COMUNICORE:

Se infiere de la denuncia y recaudos acompañados que con fecha veinticinco de octubre del año mil novecientos noventa y cinco, se suscribió el contrato de concesión del servicio de Limpieza Pública entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Empresa Vega – Upaca (RELIMA); es así que durante los primeros meses de su ejecución, surgió un desacuerdo entre las partes, respecto a cual de ellos asumía el pago de Impuesto General a las Ventas por la prestación del Servicio. En Atención a lo pactado en el contrato, esta controversia se resolvió mediante Laudo Arbitral que obra a folios 6683, su fecha 01 de Julio del año 1998, que dispuso que ambas partes asumían el pago del IGV en partes iguales; de acuerdo al fallo expedido, la Municipalidad Metropolitana de Lima debía incluir en su presupuesto a partir del año de 1999, las partidas necesarias para cubrir la porción del impuesto que le correspondía; y, por parte equivalente al 9% en sus facturas; no obstante ello y a que el Laudo Arbitral quedó firme, RELIMA no incorporó a sus facturas el porcentaje del IGV ordenado, durante el periodo comprendido entre julio del año 1996 y Diciembre del 2005; de igual forma la Municipalidad Metropolitana de Lima no habilitó las partidas presupuestales para atender el pago a su cargo, sino, hasta Diciembre del 2002. Al asumir la administración edil el denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio y su cuerpo edilicio, implementó un programa de reducción de pasivos, para así poder cumplir las reg.


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN DERECHO PENAL
1ª JUEGAO PENAL DE LIMA

00018

Aranda

fiscales dispuestas por el gobierno central y mantener la credibilidad en el sistema bancario y financiero. Dentro de ese contexto, la Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima solicitó a Relima mediante oficio número 2004-12-1421-MML/DMA-OGF del quince de diciembre del dos mil cuatro que obra a folios 3572 que a partir de Enero del dos mil cinco incorpore a sus facturas el cincuenta por ciento (50%) del IGV por cada servicio prestado. Relima a su vez respondió este petitorio con la Carta C-0196/2005 que obra a folios 3573 información que desde la fecha indicada procedieron a cargar el monto respectivo del IGV a sus facturas. Es de esta forma que se configuraba o quedaba una deuda por pagar correspondiente al periodo comprendido entre julio de 1996 a diciembre del año 2004; **TERCERO:** que, mediante carta Número C-0231/2005 su fecha 21 de marzo del 2005 que obra a folios 3568, el representante legal de Relima, Guillermo Palacios Dodero, comunicó a la Municipalidad Metropolitana de Lima que la deuda por el periodo mencionado ascendía a S/ 36'804,599.43 como monto insoluto y S/13'207,577.31 de intereses, haciendo un total de S/ 50'012,176.74. Es así que, a través del oficio Número 2005-03-05 que obra a folios 3567, el denunciado Blest García, informó a Relima haber establecido que la deuda ascendía a S/ 46'956,335.61, en el que se incluía el monto de la deuda insoluta e intereses; ante esta comunicación, el denunciado Miguel Garro Barrera, en su calidad de Gerente Administrativo de Relima, remitió a la Municipalidad Metropolitana de Lima la Carta número C-614/2005, su fecha 07 de julio del 2005 que obra a folios 3566 dando su conformidad a la liquidación, que la deuda impaga se establecía en S/ 35'941,464.93 sin incluir los intereses; **CUARTO:** que, la Dirección General de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, remitió entonces a Relima el Oficio número 2005-07-852, su fecha 25 de Julio 2005, que obra a folios 3557 comunicando su acuerdo con la determinación del saldo insoluto de la deuda en la suma de S/ 35'941,464.93, a su vez, su desacuerdo con la aplicación de la tasa

3


NELLY M. ARANDA GARNOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

promedio activa al cálculo de los intereses en la opción de pago de diez años, no obstante que la tasa a utilizar no se menciona en la carta previa de Relima; que, en esta secuencia, Relima remitió la Carta número C-0726/2005, su fecha 04 de agosto 2005, que obra a folios 3556, mediante la cual la Gerencia de Administración y Finanzas, ratifica que la deuda ascendía a S/35'941,464.93 y, propuso aplicar a los intereses la tasa promedio activa del mercado, y en caso no se acepte esta alternativa, se solicitó se cancelen la suma indicada más los intereses legales devengados hasta el 04 de Octubre de 1996 hasta el momento del pago. La Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima ratificó su disposición a cancelar la deuda en 10 años, pero aplicando la tasa de interés legal nominal, conforme así aparece del texto del oficio número 2005-08-


su fecha 15 de agosto 2005 que obra a folios 3555. Por su parte denunciado Garro Barrera a nombre de Relima respondió a este oficio mediante Carta número 764/2005, su fecha 19 de agosto 2005 que obra a folios 3554, manifestando su aceptación a las condiciones pactadas por la Municipalidad Metropolitana de Lima, remitiendo el convenio de formalización correspondiente. Es de anotar que la Gerencia de Finanzas no respondió esta última comunicación ni suscribió el convenio mencionado; **QUINTO:** que, ante esta situación Relima remitió una nueva carta, la número **C-821/2005**, su fecha 3 de Setiembre 2005 que obra a folios 5996 suscrita ya por su Gerente General Odilón Gaspar Amado Junior, en la que retira los acuerdos fundamentales a los que se había arribado; y, adiciona entre otras condiciones específicas, la posibilidad de ceder total o parcialmente el derecho de cobro. Es de anotar que en esta misma comunicación se señala que dentro de los cinco días posteriores a la aceptación de las condiciones pactadas, se procederá a entregar a la Municipalidad Metropolitana de Lima diez facturas por cada año de servicios prestados; **SEXTO:** que, la Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima a cargo del denunciado Blest García, mediante el Oficio número 2005-09-1162-MML/DMA-OGF, su fecha 03 de


NELLY M. ARAY
JUEZ ESPECIALIZADA
1.º JUZGADO
PENAL
SANCTI
SPIRITUS
DE LIMA


00019

Relima

octubre 2005, que obra a folios 3552, aceptó el cronograma de pagos propuesto por Relima; lo que corroboró con el Oficio número 2005-10-1212-MML/DMA-OGF, su fecha 13 de Octubre 2005, que obra a folios 6001, adjuntando un cronograma para el pago de los intereses. En su carta número 0974/2005 su fecha 02 de noviembre 2005 que obra folios 9101, RELIMA acepta el cronograma de pagos propuestos por la Municipalidad Metropolitana de Lima y accede a que dicha comuna realice el prepago de la deuda cuando así lo permita su situación financiera; **SÉTIMO:** que, de los recaudos acompañados aparece que durante las dos últimas semanas del año dos mil cinco, en los que estaban comprendidos las festividades de navidad y año nuevo, se aceleró el pago de la deuda; que el Ministerio Público señala que resulta inconsistente lo argumentado por los funcionarios municipales respecto a que con el pago se bajaría el stock de deuda en el marco del Programa de Bonos de Tributación, o se evitarían los embargos que pudiera promover Relima; ya que el procedimiento para acceder al mercado de valores se había terminado y Relima nunca había reclamado el pago, menos judicialmente; **OCTAVO:** que, con fecha 15 de diciembre 2005, la Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima mediante el oficio número 2005-12-308-MML/GF, que obra a folios 6267 solicitó a RELIMA la emisión y entrega de las facturas representativas de la deuda, comunicación que se recibió el 16 de diciembre 2005 y ese mismo día se remitieron mediante una carta sin número dirigida a la Municipalidad Metropolitana de Lima que tenía el sello del denunciado Miguel Garro Barreda, pero la firma del contador Guillermo Espinoza, las facturas requeridas llegaron a destino el 19 de diciembre del 2005. Es de anotar que esta comunicación llegó a la subgerencia de Tesorería de la Municipalidad Metropolitana de Lima el 21 de diciembre 2005, y en ella el denunciado Juan Gilberto Blest García, había indicado a manuscrito que se tramite el pago con **“Avance en cuenta corriente o factoring”**, supuestamente desconociendo la disponibilidad de recursos y la fuente de



NELLY M. ARANDA
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
JUZGADO PENAL DE LIMA

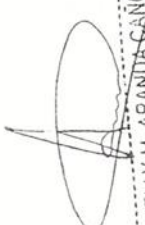
financiamiento que se usaría para el pago, punto que defiende a rendir su declaración ante el Ministerio Público. Siguiendo la secuencia de los acontecimientos, un día antes de que Relima entregara las facturas para el pago de la deuda a la Municipalidad Metropolitana de Lima, esto es el **20 de diciembre 2005**, aquella había cedido su derecho a cobrar la deuda cuyo monto ya se había establecido, a favor de la empresa Comunicore. S.A, de propiedad del Gerente Administrativo de RELIMA Miguel Garro Barrera, a cambio de S/14' 635,000. Es de notar que, en la suscripción de este contrato de cesión, en cuya redacción participó el asesor jurídico de RELIMA Guillermo Palacios Dodero y que fuera revisado por Miguel Garro Barrera, participaron Amado Junior Odilón Gaspar representando a Relima y Rafael Santiago Ruíz Contreras, representando a Comunicore S.A. Aparece que, el mismo día de la suscripción del contrato de cesión Amado Junior Odilón Gaspar a nombre de Relima, elaboró una comunicación informando de la celebración de este contrato a la Municipalidad Metropolitana de Lima mediante Carta número C-1154/2005. Esta carta fue recibida por su destinatario el 27 de Diciembre 2005 a las 10.00 horas de la mañana y tenía copia del contrato suscrito. Ese mismo día y a la misma hora, se recibió en la Municipalidad Metropolitana de Lima la Carta de COMUNICORE S.A fechada el 26 de diciembre 2005, mediante la cual comunica por su parte, que se había perfeccionado la cesión del derecho de cobro de la deuda en su favor. Resultando evidente que estas dos comunicaciones se habían entregado juntas a la Municipalidad Metropolitana de Lima; **NOVENO:** que, el denunciado Juan Gilberto Blest García desplegó una insuficiente revisión de los antecedentes de COMUNICORE S.A y no advirtió que el domicilio fiscal de esta empresa aun no había sido verificado por la SUNAT. Asimismo, Juan Gilberto Blest García, solicitó el 27 de diciembre 2005, una opinión legal a la Gerencia de Asuntos Jurídicos respecto a la procedencia de la cesión de derechos celebrado entre RELIMA y COMUNICORE S.A; sin embargo no esperó el resultado para proceder a realizar el pa


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

00020
reinc

Al respecto, cabe anotar que la opinión requerida fue recién evacuada el 19 de Enero del 2006, cuando el pago ya se había aprobado e incluso se habían producido los primeros desembolsos hasta por Veintitrés Millones de soles (S/23' 000,00); **DÉCIMO:** que, mediante el oficio número 2005-2-358-MML/GF de fecha 30 de Diciembre 2005 que obra a folios 6016 el denunciado Juan Gilberto Blest García, comunicó al Directorio de COMUNICORE, Rafael Santiago Ruíz Contreras, la disposición de cancelar la deuda, sin intereses en los siguientes sesenta días (60) contados a partir del día siguiente útil del año 2006. Este documento fue recibido por su destinatario el 30 de diciembre 2005 a las dieciocho horas. Ese mismo día , el Gerente de Presupuesto, Juan Gutierrez Tijero, le envió al denunciado Juan Gilberto Blest García el informe número 042-2005-MML/GF-SP, que obra a folios 9358, en el que establecía la posibilidad de utilizar los 21 Millones de soles que quedaron como remanente de endeudamiento obtenido en el año 2005 para reestructurar la deuda de la Municipalidad Metropolitana de Lima, previa aprobación del Concejo Metropolitano, hecho que acredita que se había planificado atender la deuda con el saldo mencionado; **DÉCIMO PRIMERO:** que, el lunes 02 de Enero 2006, día no laborable para la administración pública y, cuando ya se había emitido la solicitud de pago de la deuda, que empezaría a ejecutarse al día siguiente; el denunciado Juan Gilberto Blest García, **a su sola decisión** suscribió a nombre de la Municipalidad Metropolitana de Lima, el "Convenio de Pago de deuda de la Municipalidad Metropolitana de Lima con Comunicaciones Corporativas y Representaciones S.A. COMUNICORE". Es de anotar que este convenio fue suscrito en representación de RELIMA, por Rafael Ruíz Contreras, el Presidente de su Directorio. En este punto debe anotarse que, no obstante haber suscrito este convenio, el denunciado Juan Gilberto Blest García, recién comunicó a la Oficina de Central Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima, con fecha 23 de Mayo del 2006, que no había sido necesario


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA


NELLY M. ARANDA-CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

celebrar ningún convenio con COMUNICORE, esto es, en referencia a' pago de la deuda. El pago de la deuda a COMUNICORE se hizo a partir del primer día útil del año 2006 (3 de Enero-2006) y se completó con cargo a tres cuentas bancarias de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Es de anotar que los recursos utilizados para cubrir estos sobregiros bancarios - no obstante las diferentes versiones prestadas al respecto por funcionarios de la Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ante la SUNAT, el Órgano de Control Institucional y el Congreso de la República-, se ha llegado a establecer que se obtuvieron de distintas fuentes, a saber: **Uno.-** S/ 8' 044,377.00 procedentes de la recaudación tributaria, sin que previamente se haya contado con correspondiente habilitación presupuestaria; **Dos.-** S/ 6' 261,556.00 presupuestados para el pago de sentencias judiciales y laudos arbitrales; y **Tres.-** S/21'635,532.01 que quedaron como saldo de la reestructuración de la deuda de la Municipalidad Metropolitana de Lima tenía con la Banca Nacional aprobado a instancias de la Gerencia de Finanzas, mediante Acuerdo de Consejo número 294, de fecha 26 de Setiembre 2005 que obra a folios 7321. Es de anotar que estos fondos fueron utilizados sin contar con la necesaria aprobación del Concejo Metropolitano, la que recién se dio mediante Acuerdo de Concejo Número 085 del 02 de Marzo 2006, que obra a folios 7326 sin que se haya aprobado además, la modificación presupuestaria requerida para utilizar dinero destinado a cubrir gastos de inversión, en el pago de la deuda, que constituía un gasto corriente. Esta última modificación presupuestaria recién fue aprobada mediante Acuerdo de Concejo número 213 del 15 de Junio 2006 que obra a folios 7531. Del Análisis de las gestiones realizadas por la Gerencia de Finanzas para la obtención de estos fondos, se desprende que los funcionarios que la promovieron conocían que estos se aplicarían al pago de la deuda. **Es de anotar, que coincidentemente la ganancia neta obtenida por Comunicore con el pago de la deuda asciende a 21 Millones de Soles;** DECIMO SEGUNDO: luego de que a

8



Municipalidad Metropolitana de Lima completó los tres primeros pagos de la deuda a favor de COMUNICORE, se celebró una Junta General de Accionistas de esta empresa, con fecha 03 de Febrero del 2006, donde se acordó aceptar la renuncia al cargo de Directores presentados por José Luis Ramón Pinillod Brogge y Henry Fernando Brochowicz Vela, quienes fueron reemplazados por Teodoro Rojas Aróstegui y Margarita Esteban Aróstica. Finalmente por Junta General de Accionistas del 22 de Marzo del 2006 se aceptó la renuncia de Rafael Santiago Ruíz Contreras al cargo de Director y Presidente del Directorio de Comunicore, nombrando en su reemplazo a Joel Víctor García Araujo; y como para borrar toda huella de Comunicore, mediante Junta General de Accionistas del 30 de Mayo del 2006, se aprobó el cambio de denominación social de comunicore, por el de "Grupo Esoróstica Contratistas Generales S.A, siendo tramitada la inscripción de este cambio ante los Registros Públicos por Joule Handi Vila Vila; **DÉCIMO TERCERO:** que, de los recaudos aparece que todos los actos societarios y notariales descritos, se complementaron con la asesoría de miembros del Estudio Palacios & Torrejón, y por encargo de Guillermo Alfonso Palacios. Debe precisarse que los nuevos funcionarios de Comunicore, nombrados con posteridad al inicio del pago de la deuda, han negado su vinculación con esta empresa, e indican de manera uniforme haber procedido siguiendo instrucciones de Joule Hondi Vila Vila. Asimismo en lo concerniente al cambio de Razón Social de Comunicore, la escritura que lo contiene habría sido falsificado lo mismo que la firma del letrado que lo autoriza y la del notario que lo tramitó; **DECIMO CUARTO:** que, fluye de la investigación preliminar que la última transferencia que realizó la Municipalidad Metropolitana de Lima a favor de COMUNICORE por concepto de pago de la deuda, se realizó el 10 de Febrero del 2006, y se ha acreditado que ésta última empresa utilizó el dinero que le fue entregado por la Municipalidad Metropolitana de Lima para cumplir con el pago de la sesión de derechos que celebró con Relima, lo que

hizo en varios centros pagados entre el 18 de Enero y el 23 de Febrero del 2006. También se ha acreditado que COMUNICORE no pagó al Fisco el monto correspondiente al IGV ni ningún otro tributo por la operación del cobro de la deuda, pues la deducción del 6% hecho por la Municipalidad Metropolitana de Lima fue usado como crédito fiscal por Relima, y Comunicore declaró **cero** como ingresos del correspondiente año Fiscal. También cabe anotarse (señalar) que con fecha 22 de Febrero del 2006, la Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima dispuso que se pague a Comunicore S/ 146, 754.06 por concepto de gastos financieros derivados del pago electrónico vía "confirming" del Banco Continental; **DÉCIMO QUINTO:** Cabe señalar además que el dinero cobrado por Comunicore a la Municipalidad Metropolitana de Lima, se ha acreditado que ha sido distribuido de la siguiente manera: \$ 210, 000 (Doscientos diez mil Dólares) se transfirieron a favor de Odilón Gaspar Amado Junior, a modo de comisión por la operación realizada; \$ 150, 000 (ciento cincuenta mil dólares) se transfirió a la cuenta de una de las empresas de Miguel Garro Barrera; y 20.5 Millones de soles fueron dispuestos mediante el giro cheques y, el monto obtenido de hacer efectivo el cobro de los mismos, fue entregado a personas vinculados al denunciado Miguel Garro Barrera. Es de anotar que para desplegar la modalidad de cobro usando cheques, utilizada para evitar en seguimiento del dinero a través del sistema financiero, Miguel Garro Barrera contó con la participación permanente de Joulé Handi Vila Vila y Gonzalo Arturo Noya Mesones. Sobre este punto debe precisarse que el representante de Relima, Marcelo Cicconi, ha comunicado que recientemente ha denunciado penalmente a sus ex Gerentes Odilón Gaspar Amado Junior y Miguel Garro Barrera, por que con la operación de pago se perjudicó a su representada; sin embargo, esta empresa conocía de las irregularidades de esta operación, por lo menos desde que la Sunat la observó el año 2007, cuando Relima presentó como pérdida la cesión del derecho de cobro; **DÉCIMO SEXTO:** que, durante

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
JUZGADO PENAL DE LIMA

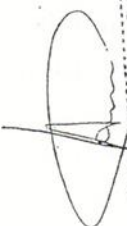
00022
reunidos

investigación preliminar se ha realizado el Dictamen Pericial Contable número 08-2010-OPC/SL-MP-FN que obra a folios 1052 y siguientes, practicado por los C.P.C de la Fiscalía de la Nación Aurelio Bermudes Alvarez y Rosario Porras Aguirre, en relación a la operación de pago a Comunicore, determinándose con ella lo siguiente: **Uno.-** se ha establecido en la negociación del laudo arbitral en el aspecto financiero, que la Municipalidad Metropolitana de Lima, de acuerdo a sus comunicaciones define en el año 2005 que el pago total del importe de la deuda arbitral a la empresa Vega Upaca S.A, se deberá efectuar en el primer trimestre del año 2006 por la suma de S/ 34' 032, 188.16 (deuda ajustada en la pericia). Si en el supuesto caso se hubiese llegado a un acuerdo con la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Empresa Vega Upaca S.A. sobre el pago del monto del laudo arbitral a plazos, por el interés legal correspondiente, se hubiera tenido que pagar la suma de S/ 14' 459, 649.85 por intereses en el plazo de diez años; **Dos.-** Se ha establecido que en la facturación del laudo arbitral por la empresa Vega Upaca S.A.-Relima- a la Municipalidad Metropolitana de Lima, se consideraron comprobantes de pago que no corresponden al laudo arbitral por importe de S/1' 909, 276.60; **Tres.-** se ha establecido que el monto que no corresponde al laudo arbitral incluido en las facturas de la empresa Vega Upaca S.A. y pagado por la Municipalidad Metropolitana de Lima a la empresa COMUNICORE S.A., fue recuperado por la Municipalidad Metropolitana de Lima por la misma cantidad ya anotada; **Cuarto:** se ha determinado que la Municipalidad Metropolitana de Lima, con los recursos propios ha cancelado las 10 facturas a la Empresa COMUNICORE S.A. por el importe neto de S/ 33' 784, 976.88; **Cinco:** se ha establecido que la Municipalidad Metropolitana de Lima cumplió con depositar la retención del IGV efectuado en el pago del laudo arbitral por la cantidad de S/ 2' 156, 487.88; **DÉCIMO SÉTIMO:** que, además se ha recabado durante la investigación preliminar el Informe Especial número 482-2010-CG/ORCC IE que obra como anexo, elaborado

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
12º JUZGADO PENAL DE LIMA

11

por la Controlaría General de la República en relación a pago de Comunicore, ha identificado lo siguiente: **Uno.-** caso uno, irregularidades en el pago de la deuda del laudo arbitral, determinándose un mayor costo por S/ 4' 794, 258.59 para la Municipalidad Metropolitana de Lima, al haberse optado por la opción del prepago del total de la deuda de S/ 35' 941, 464.93, sin contar con la disponibilidad presupuestaria, no obstante tener otra alternativa de pago mas beneficiosa para la Municipalidad Metropolitana de Lima, más aun conociéndose el valor de la sesión de dicha deuda a la empresa Comunicore en S/ 14' 635,000; **dos.-** Caso dos: funcionarios municipales incluyeron y omitieron irregularmente facturas y notas de crédito en la conciliación del Laudo Arbitral el 01 de Julio de 1998 con la empresa Relima y pagaron en exceso a Comunicore la suma de S/ 1' 907, 700. 87; **tres.-** Caso tres: La Municipalidad Metropolitana de Lima reembolsó ilegalmente la suma de S/ 142, 343.23 a la empresa Comunicore por gastos financieros de una operación de confirming en el Banco Continental, que eran de cargo únicamente de la empresa.-----


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

CADO RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.-

DÉCIMO OCTAVO: mediante el Acuerdo de Concejo número 245 de fecha 04 de Agosto del 2005 que obra a folios 6429, el Concejo de la Municipalidad Metropolitana de Lima, acordó renovar el contrato de concesión con Relima por el plazo de 10 años (plazo que coincidentemente se había acordado para el pago de la deuda. El mismo día se firmó el contrato mencionado, acto en el que participaron Carlos Asmat Dyer en su calidad de Director Municipal de Servicios a la Ciudad y el Gerente general de Relima Odilón Gaspar Amado Junior. Es de advertir que antes que se apruebe la renovación del contrato y de que se suscriba el mismo, el Director Municipal de Renovación Carlos Chávez Málaga, recabó el informe del Estudio -Benites, De las Casas, Formo y Ugáz de fecha 19 de Enero del 2005 que se

12

00023

relimitres

pronuncia por la procedencia de la renovación; el informe de la Oficina General de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad Metropolitana de Lima con fecha 15 de abril del 2005, también concluye señalando la posibilidad legal de renovar el contrato; y ante un nuevo informe del Estudio anotado, su fecha 29 de abril del 2005, en referencia a la reversión de los bienes de la concesión, señaló que operará en el mes de Octubre del 2015; **DÉCIMO NOVENO:** sobre este punto el director de Servicios a la Ciudad Carlos Manuel Asmat Dyer elaboró el Informe Técnico de la prestación de los servicios de limpieza realizadas en Lima cercado por la Empresa Vega Upaca - Relima, en virtud al contrato de concesión suscrito con la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el que se pronuncia a favor de la renovación de la concesión; en este punto la Dirección de Servicios a la Ciudad, mediante la Carta número 058-DEC/CEP, de fecha 01 de Junio del 20045 que obra a folios 6399, el Colegio de Economistas del Perú presentó el "informe definitivo sobre la evaluación económica financiera de la propuesta de relima a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el que se concluye que la propuesta de renovación hecha por Relima, es económica y financieramente conveniente; con todo este acervo, por el lado de Relima participaron en la renovación del contrato, además de su Gerente General, el Gerente Financiero Miguel Garro Barrera y el asesor legal Guillermo Alfonso Palacios Dodero. Durante la investigación preliminar se llegó a establecer que se llevaron a cabo actos de control sobre aspectos relacionados con la ejecución del contrato de concesión con Relima, habiéndose emitido los informes siguientes: **1)** Informe Número 083-99-CG/AA3 elaborado por la Contraloría General de la República, de fecha 29 de diciembre de 1999, mediante el cual se establece responsabilidades de tipo administrativo en la que habrían incurrido diversos funcionarios en el periodo comprendido entre noviembre del año 1994 y junio del año 1996; y en base a sus conclusiones se formularon una serie de recomendaciones al Concejo Municipal y a la Inspectoría General que

13

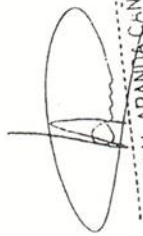
NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
17 JUZGADO PENAL DE LIMA

habrían sido atendidas sólo parcialmente desde el año dos mil cuatro; **2)** El Informe número 002-2008-2-0434 elaborado por la Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima de fecha 21 de Diciembre del 2008 en el que se advierte una serie de irregularidades en la ejecución de la concesión, verificados en el periodo comprendido entre Enero y Diciembre del 2005; **3)** El Informe número 008-2008-2-0434 elaborado por la misma Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima, de fecha 21 de diciembre del 2008, en el que nuevamente se advierte una serie de irregularidades en la ejecución de la concesión, verificados en el periodo comprendido entre Enero 2006 a Diciembre del 2007.

DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS.-

VIGÉSIMO: que, durante la investigación preliminar se ha podido establecer que al interior de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se ha realizado determinados actos de Delegación de Competencia; así Tenemos: Mediante resolución de Alcaldía Número 003 del 03-01-2005, se delegó a la Dirección General de Finanzas, la autorización de egresos y demás obligaciones derivadas de la normatividad presupuestal aplicable a los Gobiernos Locales, lo cual incluye la autorización de pago. Por resolución de Alcaldía número 2546 del 17 de octubre del 2005, se delegó también a la Dirección General de Finanzas la función de reconocer las obligaciones pendientes de pago correspondientes a ejercicios anteriores, teniendo en cuenta la normatividad aplicable para el pago de sentencias judiciales y se le encargó el saneamiento de derechos bancarios y de proveedores a menor costo y plazos que signifiquen mejoras económicas para la Municipalidad Metropolitana de Lima, así como el saneamiento y reducción de pasivos, deudas y cualquier obligación o contingencia, dentro del plan de consolidación del régimen patrimonial de la institución anotada. Esta delegación de funciones fue ratificada

14


NELLY M. ARANDA C. NOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

00024
entrecuota

mediante Resolución de Alcaldía número 2848 del 29 de Diciembre 2005. Al respecto debe anotarse que la Ley General de Procedimiento Administrativo, en su artículo 68°, señala que en caso de delegación de funciones, subsiste el denominado “deber de vigilancia” para el delegante, quien deberá vigilar la gestión del delegado y que podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia. Entonces, en observancia a esta norma, era de cargo del Alcalde el ejercer este deber de vigilancia para con los gerentes a los que les había delegado funciones, entre ellos el Gerente de Finanzas. Por su parte la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto en su artículo 7° permite delegación de funciones en materia presupuestal, pero el titular de la entidad delegante, es responsable solidario con el funcionamiento delegado. También, se debe tener en cuenta que versiones periodísticas han dado cuenta de que el Partido Unidad Nacional utilizó el inmueble en que operaba Comunicore como local de campaña. En este contexto, se explica lo afirmado por Henry Brochowicz Vela, ex Gerente General de Comunicore, en un video propalado por los medios de comunicación y que se había recogido el 01 de Julio 2009, en el que se alude el apoyo a ciertas candidaturas, y que respecto del destino del dinero cobrado a la Municipalidad Metropolitana de Lima, textualmente señaló: “de ahí sacaron plata para Relima y para la Municipalidad Metropolitana de Lima”, y al preguntarle si Castañeda sabía de estos pagos, respondió: “Como no va a saber”.


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1° JUZGADO PENAL DE LIMA

VINCULACION ENTRE MIGUEL GARRO BARRERA Y FUNCIONARIOS DE LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA.-

VIGÉSIMO PRIMERO: que, en el mismo video difundido por los medios de comunicación, Henry Brochowicz Vela señala que Garro Barrera tenía “**contactos**” en la Municipalidad. Coincidentemente el Gerente Administrativo de la Municipalidad Metropolitana de Lima Carlos Chávez Málaga, fue contratado por Garro Barrera, el 01 de

agosto del 2007, para que asesore a la gerencia de su empresa CS Perú Logística S:A:C, pactando como contraprestación por ello el pago de tres mil dólares (\$ 3,000) mensuales. Este contrato estuvo vigente hasta Diciembre del 2009, cuando los medios de comunicación denunciaron los hechos investigados, y al parecer Chávez Málaga no prestó efectivamente los servicios para los que fue contratado.-----

CARGOS QUE SE IMPUTAN A CADA UNO DE LOS DENUNCIADOS.-

VIGÉSIMO SEGUNDO: que, la imputación que se formula contra el denunciado **JUAN GILBERTO BLEST GARCÍA** como coautor del delito de **Colusión Desleal**, radica a que en su condición de Gerente de Fianzas tuvo a su cargo la negociación del monto de la deuda. Comunicore; así como en la forma de pago y su posterior ejecución. Además suscribió el convenio de pago con COMUNICORE, un día no laborable, sustentó ocultando información ante la Contraloría General de la República y el Concejo Metropolitano la obtención de créditos bancarios con el fin de obtener fondos para pagar a COMUNICORE, y al obtener estos créditos destinó los recursos a un destino no autorizado y, finalmente, determinó la modalidad de pago con avances en cuenta y confirming y también autorizó el pago indebido. De otro lado, la imputación contra esta persona respecto a la comisión del delito contra la Administración Pública **Malversación de Fondos** en calidad de autor, se sustenta en que elaboró la documentación que sirvió como sustento para solicitar informe previo a la Contraloría General de la República, para lograr que se autorice un préstamo bancario mayor al necesario, con la finalidad de obtener recursos para el pago a COMUNICORE; también le ocultó información al Concejo Metropolitano; con los mismos fines, instruyó al subgerente de tesorería sobre el modo en que debían ser destinados tales recursos y la oportunidad para hacerlo, incumpliendo los parámetros establecidos por la Contraloría y al Concejo Metropolitano para la aplicación de esos fondos; tampoco esperó la autorización del Concejo Metropolitano para pagar


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
12 JUSGADO PENAL DE LIMA

00025
Recibido

COMUNICORE; por último, ordenó y ejecutó acciones presupuestarios y administrativos con la finalidad de "Regularizar" el pago ya efectuado; **VIGÉSIMO TERCERO:** que la imputación formulada contra el denunciado **ANGEL ALFONSO PÉREZ RODAS**, en su calidad de coautor del delito de **Colusión Desleal**, se sustenta en que , en su calidad de Gerente Municipal Metropolitano, tomó conocimiento y tuvo participación tanto en la negociación para la determinación y pago de la deuda a COMUNICORE, así como el procedimiento de pago; y, de otro lado, tuvo conocimiento y participó en la renegociación del contrato de concesión con RELIMA. Este funcionario incluso tuvo directa participación en la gestión del préstamo por suma mayor a la necesaria para generar el saldo con el cual poder pagar la deuda a COMUNICORE; **VIGESIMO CUARTO:** que, la imputación contra el denunciado **CARLOS MANUEL CHAVEZ MÁLAGA**, como coautor del delito de **Colusión Desleal**, radica en que, en su calidad de Gerente de Administración de la Municipalidad Metropolitana de Lima, participó en el proceso de negociación de la renovación del contrato de concesión, suscribió uno de los contratos que sirvió para obtener recursos para el pago de la deuda a COMUNICORE; y, según lo referido el ex Gerente de COMUNICORE a los medios, sería el "contacto" de Miguel Garro Barrera en la Municipalidad Metropolitana de Lima, pues fue contratado por éste último para que le asesore en una de sus empresas, por lo que le pagaba sin que realmente realizara ninguna prestación; **VIGÉSIMO QUINTO:** que, la imputación contra el denunciado **CARLOS MANUEL ASMAT DYER**, radica en que éste, en su calidad de coautor del delito de **Colusión Desleal**, y como Gerente de Servicios a la Ciudad, presentó un informe, evidentemente participando a favor de RELIMA, en el que destacaba virtudes, sin haber tomado en cuenta la serie de irregularidades que después fueron puestos en evidencia por el sistema de control; y además suscribió la renovación del contrato de concesión con RELIMA, en representación de la Municipalidad Metropolitana de Lima; **VIGÉSIMO SEXTO:** que, la imputación

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1^o JUZGADO PENAL DE LIMA

formulada contra el denunciado **ULISES RODOLFO MERINO ROJAS**, en cuanto a la coautoría del delito de **Colusión Desleal**, radica en que en su calidad de Subgerente de Tesorería de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ejecutó todas las disposiciones respecto del trámite del pago a COMUNICORE dictadas por Juan Gilberto Blest García; en ese sentido determinó las fuentes de financiamiento, las cuentas utilizadas, los movimientos bancarios entre cuentas y el destino del **"saldo"** obtenido de los préstamos en el marco de la reestructuración de deudas, conjuntamente con Juan Gilberto Blest García, suscribió la solicitud de pago el 30 de diciembre 2005 sin hacer las mismas indagaciones sobre los antecedentes de la empresa beneficiada; del mismo modo ejecutó la devolución del confirming a COMUNICORE, y no obstante conocer las observaciones de la SUNAT, no revisó el monto en exceso pagado a COMUNICORE. De otro lado, la imputación contra este denunciado en cuanto al delito contra la Administración Pública - **Malversación de Fondos** en calidad de autor, se sustenta en que ejecutó las distintas disposiciones del Gerente de Finanzas relacionados con el manejo del dinero proveniente de los préstamos bancarios para la reestructuración de la deuda bancaria relacionadas con el manejo de dinero proveniente de los préstamos bancarios para la reestructuración de la deuda bancaria; solicitó la apertura de cuentas, el movimiento del dinero y de modo más específico, el pago en avances en cuanta y la operación de confirming, así como posteriormente, los movimientos de cuentas para trasladar fondos desde otras cuentas para cubrir los sobregiros ocasionados con las operaciones de pago; **VIGÉSIMO SÉTIMO:** que, la imputación contra el denunciado **ODILON GASPAS AMADO JUNIOR**, en su calidad de cómplice primario del delito de **Colusión Desleal**, radica en que éste como Gerente General de RELIMA, le correspondió tomar las decisiones y aceptar los acuerdos de ambos procesos, tuvo conocimiento que la empresa beneficiada sería COMUNICORE y firmó el contrato de cesión de derechos con esta, cuando ya las facturas


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
Tribunal Penal de Lima

00026

veinti seis

habían sido presentadas; además que por todo ello cobró un "bono de éxito" por completar la operación de pago; **VIGÉSIMO OCTAVO:** que la imputación contra el denunciado **MIGUEL ANGEL GARRO BARRERA**, como cómplice primario del delito de Colusión Desleal, radica en que como Gerente Administrativo de RELIMA, tuvo a su cargo el control de la empresa, la misma que ha utilizado para lograr el irregular pago; para cuyo efecto, buscó el contacto necesario para poder acceder a facilidades dentro de la estructura orgánica de la Municipalidad Metropolitana de Lima; además dispuso del dinero cobrado; **VIGÉSIMO NOVENO:** que, se imputa al denunciado **GUILLERMO ALFONSO PALACIOS DODERO**, como cómplice primario del delito de Colusión Desleal, se sustenta en que; en su calidad de asesor legal de RELIMA, utilizando su estudio asociado "Palacios Torrejón", no sólo ha participado como apoderado de RELIMA, sino también ha participado con Miguel Ángel Garro Barrera en realizar todo el tinglado legal para que COMUNICORE pueda efectuar el cobro de la deuda proveniente del Laudo Arbitral; **TRIGÉSIMO:** que, la imputación formulada contra el denunciado **RAFAEL SANTIAGO RUIZ CONTRERAS**, como cómplice primario del delito de Colusión Desleal, radica en que, ejerciendo el cargo de Presidente de Directorio inició y concluyó la tramitación para el cobro total de la deuda, suscribiendo el contrato de cesión de derechos de RELIMA y negoció el pago con la Municipalidad Metropolitana de Lima, coordinando con su co-denunciado Juan Gilberto Blest García; asimismo, suscribió el convenio de pago, firmó una serie de documentos relacionados con las cuentas bancarias y disposición del dinero cobrado; entre ello, los cheques con los que se retiró el dinero; **TRIGÉSIMO PRIMERO:** que en cuanto al denunciado **HENRY FERNANDO BRACHOWICZ VELA**, como cómplice primario del delito de Colusión Desleal, radica en que éste como Gerente General de COMUNICORE suscribió toda la documentación relativa a las cuentas bancarias y la disposición del dinero, entre ello; los cheques, conjuntamente con Rafael Santiago

NELLY M. ARANDA CÁNOTE
JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

Ruiz Contreras; **TRIGÉSIMO SEGUNDO:** que en cuanto denunciado **SERGIO EDUARDO GUERRA CASTILLO**, como cómplice secundario del delito de **Colusión Desleal**, radica en que éste, en su condición de Sub gerente de contabilidad de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ha intervenido en la elaboración de determinación del monto de la deuda, monto que tuvo un exceso de cerca de dos millones de nuevos soles; **TRIGÉSIMO TERCERO:** que la imputación formulada contra el denunciado **DANIEL JULIAN ARIAS DONAYRE**, como cómplice secundario del delito de **Colusión Desleal**, radica en que en su condición de Asesor de la Gerencia de Finanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima, ha intervenido activamente en la determinación del monto de la deuda, pues tuvo a su cargo la labor de revisar toda la documentación referente a pagos hechos a RELIMA durante el tiempo fijado en el Laudo Arbitral; y no obstante ello, fijó una cantidad en exceso de cerca de dos millones de nuevos soles; **TRIGÉSIMO CUARTO:** que la imputación formulada contra el denunciado **JOSÉ LUIS PINILLOS BROGGI**, como cómplice secundario del delito de **Colusión Desleal**, radica en que éste como Director y Accionista de COMUNICORE, ha tenido pleno conocimiento de las gestiones realizadas por Miguel Ángel Garro Barrera, en principio para adquirir COMUNICORE y luego los convenios que se ha realizado para que se le ceda a su empresa el derecho de cobro respecto a la deuda contraída por la Municipalidad Metropolitana de Lima, ejecutando luego la cobranza; **TRIGÉSIMO QUINTO:** que la imputación formulada contra el denunciado **JOULE HANDI VILA VILA**, como cómplice secundario del delito de **Colusión Desleal**, radica en que éste contactó a decenas de personas para que a cambio de una propina pudieran cobrar mas de veinte Millones en cheques girados a sus nombres, para así, los principales denunciados, pudieran disponer del dinero en efectivo; para tal fin propuso a estas personas que serían nombradas como accionistas, directivos o representantes de COMUNICORE; además gestionó de modo fraudulento el cambio de razón social de COMUNICORE. D


NELLY M. ARANDA CAÑOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN DELITO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

00027
Veinti siete

otro lado la imputación contra esta persona respecto a la comisión del delito Contra la Fe Pública- **Falsificación de Documentos Públicos** en la calidad de autor, se sustenta en que el denunciado presentó los títulos del **cambio de Razón Social** de la Empresa COMUNICORE, presuntamente falsificados, ante los Registros Públicos, logrando así una inscripción registral; **TRIGÉSIMO SEXTO:** que la imputación formulada contra el denunciado **GONZALO ARTURO NOYA MESONES**, como cómplice secundario del delito de **Colusión Desleal**, radica en que ha participado activamente en el acopio del dinero cobrado en cheques girados a las personas que fueron reclutadas por su co-denunciado Joule Handi Vila Vila; asimismo ha sido la persona que trasladaba el dinero cobrado, siendo éste quien daba las instrucciones a su referido coinculpa-

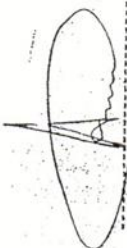
NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1.º JUZGADO PENAL DE LIMA

DE LA IMPUTACIÓN FISCAL.-

TRIGÉSIMO SÉTIMO: De acuerdo con los términos de la denuncia formalizada por la titular de la acción penal, los hechos materia de denuncia se encuadran en la hipótesis legal prevista en el delito:

Delito contra la Administración Pública - Colusión Desleal .- El artículo 384° del Código Penal sanciona "el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervengan en razón de su cargo o comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros...". Los bienes jurídicos tutelados con este tipo penal es cautelar la seguridad, el prestigio y los intereses de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional, en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del funcionario público, conforme al deber que se le impone de fidelidad y lealtad al cargo; y además, el patrimonio de la administración pública. Respecto a éste último cabe indicar que sólo podrá ser considerada ilícita aquella

conducta que perjudique o sea idónea para lesionar el patrimonio Estado o entidad pública; en caso contrario, el comportamiento imputado es atípico. **El primer presupuesto** de este hecho punible es la concertación ilegal o confabulación clandestina para llegar a establecer condiciones en forma deliberada para beneficiar ilícitamente a particulares en perjuicio del Estado o entidad pública; **el segundo presupuesto**, es el perjuicio que en virtud de un acuerdo o concertación resulte defraudatorio a los intereses estatales; **tercero**, mediante formas contractuales, para lo cual se usa el cargo o comisión especial; además, que este acuerdo resulte idóneo para perjudicar el patrimonio público. Como elemento **objetivo**, se tiene la conducta prohibida por el tipo de colusión desleal puede recaer sobre contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otras operaciones semejantes, en los que necesariamente se debe verificar una confluencia de las manifestaciones de voluntad del funcionario encargado y del particular interesado, con la finalidad de la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado o entidad pública. **El sujeto activo** de la Colusión Desleal sólo puede ser el funcionario público al que se le ha comisionado negociar y que está facultado a decidir en la operación de que se trate, al actuar por razón a su cargo. No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de facultades específicas de decisión que el tipo de colusión exige. Si el funcionario público carece de estas prerrogativas, no se le podrá atribuir la autoría del injusto mencionado. Los "interesados" son los particulares que contratan con el Estado, y su participación en el evento ilícito se sanciona en sede de participación necesaria, ya que adolecen de la condición especial exigida por el tipo penal para los autores. Los verbos rectores de la conducta prohibida es "concertar" y "Defender", lo cual supone el despliegue de un engaño en contra de la administración. Como elemento **subjetivo** del tipo penal en comento, se exige el dolo en el agente, entendido como conocimiento y voluntad



NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
17 JUZGADO PENAL DE LIMA



de perpetrar un acuerdo ilícito con los interesados, en menoscabo del patrimonio de la Administración municipal.

TRIGESIMO OCTAVO: Delito contra la Administración Pública-

Malversación de Fondos.- El Art. 389° del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que da el dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio a la función encomendada. El Bien Jurídico protegido en este tipo penal, es la racional aplicación de los fondos públicos, en observancia del Principio de Legalidad presupuestal. Es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración, que se menoscaba con la afectación de los mismos a fin que no sean legalmente determinados, pues la ley o reglamento u orden emanada

exigen tengan un determinado destino, el mismo que no puede cambiar al criterio del funcionario el destino de los bienes, para hacer aplicados de una manera diferente y definitiva. Como elemento **objetivo** se tiene la conducta típica prohibida que consiste en aplicar de modo definitivo (sin que exista posibilidad de recuperación o reposición), el dinero o los bienes administrados, perjudicando así la prestación de los servicios o el cumplimiento de las funciones encomendadas. El verbo rector en el tipo penal de Malversación de fondos es, "**malversar**", que significa: "aplicar a usos propios fondos públicos. Dar a estos inversión distinta a su destino" (Guillermo Cabanellas). Es la aplicación definitiva y diferente de los bienes o dinero administrados por parte del funcionario que ostenta su administración, destino que es variado a su criterio, violando lo ordenado, legislado o reglamentado. El elemento **subjetivo** de este tipo de delito, es el dolo, que se exige para la configuración del delito. Así este injusto se verifica si el autor, conoce o quiere aplicar de modo definitivo y diferente, los bienes o fondos que administra.

TRIGESIMO NOVENO: Delito Contra la Fe Pública.-Falsificación

de Documentos Públicos.-El Artículo 427° del Código Penal sanciona a aquél que hace en todo o en parte un documento público

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, y si de su uso puede resultar algún perjuicio. En su segundo párrafo, este artículo sanciona a aquél que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio. El bien jurídico protegido es la fe pública, y como elemento **objetivo** resulta del comportamiento típico que se verifica cuando el agente, que puede ser cualquier persona, fabrica un documento apócrifo con la finalidad de introducirlo al tráfico jurídico como si fuera legítimo. Este tipo penal no requiere que se ocasione un perjuicio, bastando que el documento tenga la potencialidad de producirlo. El elemento **subjetivo** en esta clase de delitos, es el dolo, es decir, la voluntad y conciencia en el sujeto activo del acto que realiza.-----

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADA EN LO PENAL
17 JUEZADO PENAL DE LHA

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

CUADRAGÉSIMO: Según lo previsto por el artículo setenta y siete del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley veintiocho mil ciento diecisiete, recibida la denuncia fiscal; el Juez penal sólo podrá abrir instrucción, en caso que, de la denuncia y sus recaudos, se pueda establecer **a)** que aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, **b)** que se individualizado a su presunto autor o partícipe; y, **c)** que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.-----

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En cuanto al primer requisito -respecto a la existencia de un delito-, ello está referido a que los hechos que son objeto de la denuncia penal deben encontrarse subsumidos en alguno de los supuestos de hecho previstos en la ley penal sustantiva, que de la denuncia y recaudos que la acompañan, deben aparecer elementos razonables para considerar que los hechos constituyen delito y por lo tanto den mérito a que se abra instrucción; además, debe entenderse que no es suficiente la mera adecuación

00029
Venturose

la conducta incriminada al tipo penal, conforme se plantea por el Ministerio Público, para abrir instrucción, puesto que el Juez debe fundamentar el auto de apertura justamente en la existencia de causa probable, ello en virtud de una interpretación adecuada del principio constitucional de Legalidad, pero, asimismo, es necesario precisar que se encuentra íntimamente vinculado a ello la garantía constitucional genérica al debido proceso, contemplado en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución política, concordado con el literal "d" del inciso veinticuatro del artículo segundo de la Constitución.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: En cuanto al segundo requisito, referido a la individualización del presunto autor o partícipe, debe atenderse al hecho de que el nombre cumple la función de individualización, en tanto instrumento jurídico de designación de la persona humana y, para los efectos de cumplir con la función de individualización, se hace necesario que se establezca minimamente el nombre de la persona en quien recae la imputación delictiva, entendiéndose ésta no solamente con los nombres de pila o los apellidos o el prenombre y un apellido o el sobrenombre o apodo, sino que es necesaria la consignación del íntegro del nombre, ello en virtud de la existencia de personas que tengan igualdad de prenombre o apellido que dificulta la plena individualización del imputado, buscando evitar se produzcan homonimias.

CUADRAGESIMO TERCERO: Para el tercer requisito, es necesario verificar si el transcurso del tiempo ha operado extintivamente sobre la acción penal, para lo cual se debe constatar si ha transcurrido el plazo de prescripción, tomando como referencia la conminación penal de cada delito, acorde con las normas sustantivas que la regulan, lo que resulta necesario a fin de no incoar la persecución punitiva en sede judicial respecto de una acción penal extinta en virtud de los efectos producidos por la prescripción que supone una limitación a la potestad punitiva del Estado o ius puniendi; incorporando además, un sistema de numerus apertus al acoger cualquier otra causa de


Nelly M. Arango Canote
NELLY M. ARANGO CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

extinción de la acción penal, que se presente al momento de calificación de la denuncia.-----

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Por último en los casos en los que se presenten requisitos de procedibilidad previstos expresamente en la Ley, esos deben ser apreciados por el Juez, verificando su cumplimiento. Que, en el caso de faltar los tres requisitos citados, o al menos uno de ellos, será pertinente expedir el auto denegatorio de instrucción, en tanto que de faltar sólo el requisito de procedibilidad, será pertinente devolver la denuncia la Ministerio Público.

ANÁLISIS DEL HECHO CONCRETO

CUADRAGÉSIMO QUINTO: En el caso de autos se advierte lo siguiente: **a)** la imputación contenida contra los denunciados se sustenta en la denuncia formalizada por la señorita representante del Ministerio Público que obra en autos respecto al pago realizado por la Municipalidad Metropolitana de Lima, a favor de Comunicore, por la suma de S/. 35'941,464.93; **b)** que, las irregularidades encontradas se cuestionan mediante el Dictamen Pericial Contable número 08-2010-OPC/SL-MP-FN, pericia debidamente autorizada por los Contadores Públicos Colegiados Aurelio Bermudes Alvarez y Rosario Porras Aguirre; **c)** el Informe Especial número 482-2010-CG/OR EE practicada por la Contraloría General de la República; **d)** la diversa documentación cursadas entre la Empresa Vega - Upacá - Relima- con la Municipalidad Metropolitana de Lima y entre esta institución con la empresa Comunicore detallada en los fundamentos de hecho **e)** en el Informe número 002-2008-2-0434 elaborado por la Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima de fecha 21 de Diciembre del dos mil ocho; **f)** en el Informe número 008-2008-2-0434 elaborado por la misma Oficina General de Control Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima, respecto a la renovación del contrato de concesión a Relima.-----


NELLY M. ARANDA CANOTE
JEFE ESPECIALIZADA
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

00030

Trinta.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En cuanto al requisito de individualización del presunto autor o partícipes en los hechos denunciados, se advierte que dicho requisito se encuentra suficientemente verificado con la Consulta en Línea que se ha realizado con la RENIEC que se adjunta a la denuncia y que corresponde a cada uno de los denunciados.-----

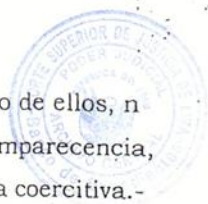
CUADRAGÉSIMO SÉTIMO: En lo que respecta al requisito negativo referido a la concurrencia de cualquier causa de extinción de la acción penal, se denota que los hechos se habrían producido entre los meses de Diciembre del dos mil cinco y Enero y Febrero de dos mil seis, y siendo que el plazo de prescripción ordinaria de la acción penal en el caso concreto, de acuerdo con la conminación legal establecida en los artículos Trescientos ochenta y cuatro, trescientos ochenta y nueve y cuatrocientos veintisiete del Código penal, el término aún no ha transcurrido, y no habiendo operado ninguna otra causal que surta efectos extintivos sobre la acción penal se verifica el tercer supuesto para la apertura de instrucción.-----

DE LA MEDIDA COERCITIVA

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: En relación a la medida de coerción personal, teniendo en cuenta que la determinación de la misma se erige partiendo de la verificación de la penal concurrencia de los requisitos señalados en el artículo ciento treinta y cinco del código Procesal Penal, el cual prescribe: "El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible de determinar: **a)** Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (...), **b)** Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de la libertad (...), **c)** Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (...), presupuestos materiales que se sintetizan en "prueba suficiente", "pena probable" y

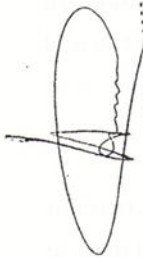
27

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA



“peligro procesal”, siendo así que ante la ausencia de uno de ellos, no es posible decretar la medida de detención, sino la de comparecencia, en función del carácter subsidiario de esta última medida coercitiva.-

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En el caso de autos, respecto a lo expuesto precedentemente, se aprecia lo siguiente: **i)** existen suficientes elementos que permiten determinar a priori la intervención de los denunciados en los hechos sub-materia, ello fundamentalmente en los anexos que acompañan la denuncia y que forman parte de la investigación pre procesal, y que por cierto han sido fundamento de la denuncia propuesta por el Ministerio Público; **ii)** en cuanto al presupuesto de pena probable superior a un año de pena privativa, ello también se verifica en razón a que el tipo penal de omisión de actos oficiales admite una pena de hasta dos años; **iii)** en cuanto al presupuesto de peligro procesal, de los recaudos que se acompañan a la denuncia aparece que los denunciados han sido debidamente identificados, habiendo prestado su declaración preliminar en sede fiscal, por otro lado de autos se aprecia que los denunciados cuentan con trabajo estable donde pueden ser ubicados de ser necesario, no presentándose, a criterio de la suscrita, elementos que denoten peligro en el tramite del proceso.-----


NELLY M. ARANDA CÁRDENA
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

RESOLUCIÓN

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con lo establecido por el artículo setenta y siete del Código de procedimientos Penales, primer, modificado por la Ley veintisiete mil ciento diecisiete, y que los hechos denunciados son constitutivos de los delitos previstos en los artículos trescientos ochenta y cuatro, trescientos ochenta y nueve y cuatrocientos veintisiete -primer punto del primer párrafo- del Código Penal, encontrándose debidamente individualizados los presuntos autores y no habiendo prescrito la acción penal, la señora Juez del Décimo Segundo Juzgado penal de Lima:

00031

Trinte,

RESUELVE ABRIR INSTRUCCIÓN en VIA ORDINARIA contra ANGEL ALFONSO PEREZ RODAS, JUAN GILBERTO BLEST GARCIA, CARLOS MANUEL CHAVEZ MALAGA, CARLOS MANUEL ASMAT DYER, y ULISES RODOLFO MERINO ROJAS, como presuntos **coautores** del delito CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA -**Colusión Desleal**-, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; CONTRA ODILON GASPAS AMADO JUNIOR, MIGUEL ANGEL GARRO BARRERA, GUILLERMO ALFONSO PALACIOS DODERO, RAFAEL SANTIAGO RUIZ CONTRERAS y HENRY FERNANDO BRACHOWICZ VELA, como presuntos **cómplices primarios** del delito CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA - **Colusión Desleal**-, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; CONTRA SERGIO GUERRA CASTILLO, DANIEL JULIAN ARIAS DONAYRE, JOSE LUIS PINILLOS BROGGI, JOULE HANDI VILA VILA y GONZALO ARTURO NOYA MESONES, como presuntos **cómplices secundarios**, del delito CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA -**Colusión Desleal**-, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; CONTRA JUAN GILBERTO BLEST GARCIA y ULISES RODOLFO MERINO ROJAS, como presuntos autores del delito CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA -**Malversación de Fondos**-, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; y CONTRA JOULE HANDI VILA VILA, como presunto **autor** delito CONTRA LA FE PUBLICA -**Falsificación de Documentos Públicos**-, en agravio de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos -SUNARP-, Mario Renán Tincopa Bendezú y Augusto Balbín Guadalupe; dictándose en contra de los inculcados mandato de **COMPARECENCIA RESTRINGIDA**, sujetos a las siguientes reglas de conducta: **a)** no variar de domicilio ni abandonar la ciudad sin conocimiento y autorización del Juzgado, **b)** no concurrir a lugares de dudosa reputación ni ingerir bebidas alcohólicas en exceso, **c)** concurrir todos los fines de mes al local del Juzgado a dar cuenta y justificar sus actividades, así como a firmar el Libro de Control respectivo, **d)** asistir a todas las diligencias

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

29

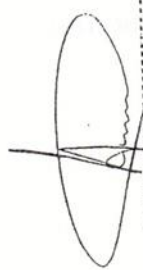
programadas por el Juzgado, para cuyo efecto, serán debidamente notificados; y e) depositar en las Oficinas del banco de la Nación a nombre de esta judicatura, el monto de la **CAUCIÓN** que se fija de la siguiente manera: para los inculpados Odilón Gaspar Amado Junior, Miguel Angel Garro Barrera, Guillermo Alfonso Palacios Dodero, Rafael Santiago Ruíz Contreras y Henry Fernando Brachowicz Vela, la suma de **VEINTE MIL NUEVOS SOLES** cada uno de ellos; y para los inculpados Angel Alfonso Pérez Rodas, Juan Gilberto Blest Garcia, Carlos Manuel Chávez Málaga, Carlos Manuel Asmat Dyer, Ulises Rodolfo Merino Rojas, Sergio Guerra Castillo, Daniel Julián Arias Donayre, José Luis Pinillos Broggi, Joule Handi Vila Vila y Gonzalo Arturo Noya Mesones, la suma de **DIEZ MIL NUEVOS SOLES** cada uno, suma que depositaran en el término de diez días de notificados en el Banco de la Nación a nombre de esta Judicatura; todo ello, bajo apercibimiento de revocarse la medida de comparecencia dictada, en caso de incumplimiento de las reglas impuestas, previo requerimiento.

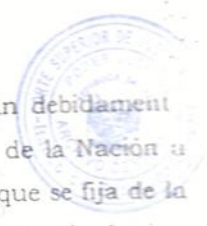
ACTIVIDAD PROBATORIA:

Para los fines de la presente investigación realicé las siguientes diligencias:

1. RECÍBASE la declaración instructiva de los inculpados, acuerdo al siguiente rol:

- Para los inculpados Alfonso Pérez Rodas y Carlos Manuel Chávez Málaga, los días **veintiséis y veintisiete** del presente mes, a las Nueve y treinta de la mañana respectivamente, bajo apercibimiento de ley en caso de incomparecencia; **NOTIFICÁNDOSE**.
- Para los inculpados Carlos Manuel Asmat Dyer y Ulises Merino Rojas, los días **veintiocho y treinta y uno** del presente mes a las Nueve y treinta de la mañana respectivamente, **NOTIFICÁNDOSE**; Bajo apercibimiento de ley en caso de incomparecencia.
- Para los inculpados Odilón Gaspar Amado Junior, Guillermo


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA



00032
Trece
08

Alfonso Palacios Dodero y Henry Fernando Brachowicz Vela, los días **cuatro, siete y ocho** de Marzo del presente año, a las nueve y media de la mañana respectivamente; bajo apercibimiento de ley en caso de inconcurrencia. **NOTIFICÁNDOSE.**

-Para los inculpados Rafael Santiago Ruíz Contreras, Sergio Guerra Castillo y José Luis Pinillos Broggi, los días **nueve, diez y once** Marzo del presente año, a las nueve y media de la mañana respectivamente; bajo apercibimiento de ley en caso de inconcurrencia; **NOTIFICÁNDOSE.**

- Para los inculpados Joule Handi Vila Vila, Gonzalo Arturo Noya Mesones, Miguel Angel Garro Barrera y Juan Gilberto Blest Garcia, para los días **catorce, quince, dieciséis y diecisiete** de Marzo del presente año, a las nueve y media de la mañana respectivamente; bajo apercibimiento de ley en caso de inconcurrencia, notificándose.

2. RECÍBASE la declaración preventiva del Procurador Público encargado de los delitos de Corrupción, el día **cuatro** de Marzo del presente año, notificándose.

3.-Recíbese la preventiva del Procurador Público encargado de los asuntos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, así como de Mario Renán Tincopa Bendezú y Augusto Balbín Guadalupe, los días quince, dieciséis y diecisiete de Marzo del presente año, a las tres de la tarde respectivamente, notificándose.

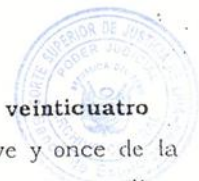
4.-Recábese los antecedentes policiales, judiciales y penales de cada uno de los inculpados.

5.-Recíbese las **testimoniales** de:

- Cedia Kuroiga, Liliana Loayza Manrique, José Alberto Danós Ordoñez, Ada Constantino Fernández, Mauricio Zapata Rivera y Freddy Jorge Davelouis Tassara, los días **dieciocho, veintiuno y veintidós** de Marzo del presente año, a las nueve y once de la mañana respectivamente, debiendo concurrir dos personas por día, notificándose.

- De Juan Gutiérrez Tijero, Víctor de la Rosa Chacón Arias, Alex Angel Montoya Agüero, Adrián Lucero Aquino, Zoila Hilda Leño

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
ENCARGADO PENAL DE LIMA



Suárez y Carlos Alvarado Lam, los días **veintitres, veinticuatro veinticinco** de Marzo del presente año, a las nueve y once de la mañana respectivamente, debiendo concurrir dos personas por días, notificándose.

- De Víctor Bustamante Flores, Manuel Jesús Tenorio Cruz, Sandra Isabel Vitella Bernilla, Carlos Roberto Vitella Bernilla, Eduardo Piccino Martín y Arturo Antonio Belaunde Lossio, los días **veintiocho, veintinueve y treinta** de Marzo del presente, a las nueve y once de la mañana respectivamente, debiendo concurrir dos personas por día, notificándose.

- De Maurilio Da Matta Filho, Aldo Alejandro Doderó Miranda y Oscar Luis Castañeda Lossio, el **treinta y uno** de Marzo del presente año a las nueve y once de la mañana respectivamente los dos primeros; y el **uno** de Abril próximo el último, a las diez de la mañana, notificándose.

NELLY M. ARANDA S. NOTE
JUEZ ESPECIALIZADA EN PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

6.- OFICIESE a la Oficilia Mayor del Congreso de la República, con el propósito de que se sirva **identificar** al funcionario de apellido LAZO que acompañó a Oscar Luis Castañeda Lossio a las sesiones que fue citado, para poder luego recibir su testimonial.

7.- OFICIESE a la Municipalidad Metropolitana de Lima para que remita lo siguiente:

- Informe pormenorizado y documentado sobre el estado de deudas con la Banca Nacional, a Junio del dos mil diez.
- Informe pormenorizado y documentado sobre el estado de las deudas con la Banca Nacional, a Setiembre del dos mil diez.
- Informe detallado sobre la recaudación municipal de los años dos mil cinco y dos mil seis.

8.- Se proceda a **ratificar el Dictamen Pericial** número 08-2010-OPC/SL-MP-FN por parte de sus autores, el día **cuatro** de Abril próximo a las diez de la mañana, oficiándose donde corresponda para la concurrencia de los peritos.

9.- LEVANTESE el Secreto bancario de todos los inculcados, para que, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros,



entidades financieras y bancarias **INFORMEN** sobre sus movimientos de los estados de cuenta bancaria que puedan poseer.

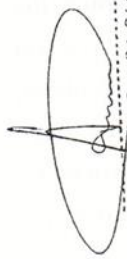
10.- OFICIESE a los Bancos Interbank, Wiese (hoy Scotiabank), Crédito y Continental **INFORMEN** sobre los estados de las deudas de la Municipalidad Metropolitana de Lima en el año dos mil cinco, detallando los pagos realizados.

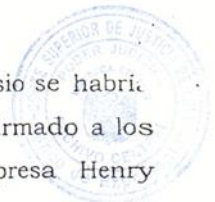
PRACTIQUENSE todas las diligencias que sean necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos; **al primer otrosí:** OFICIESE a la Oficina de Registros Públicos -Registro de Personas Jurídicas- para que remita copia de la Ficha Registral o Partida Electrónica de la Empresa Relima Ambiental S.A., tanto de su constitución, así como de los Directorios de los años 2004, 2005, 2006 y actual; **al segundo, cuarto y quinto otrosíes:** téngase presente; **al tercer otrosí:** de conformidad con lo que dispone el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales **TRABESE embargo preventivo sobre los bienes que sean de propiedad de los inculpados**, hasta por un monto suficiente para cubrir la reparación civil en caso de condena; debiendo los inculpados señalar bienes libres sobre los que debe recaer la medida, al momento de rendir sus respectivas instructivas; sin perjuicio de **Oficiarse a los Registros Públicos** para que informen si cuentan con **inmuebles y vehículos** a sus nombres; así como a los diferentes bancos para que informen si tienen aperturas cuentas corrientes o de ahorro a sus nombres.


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO PENAL
17° JUZGADO PENAL DE LIMA

Y **ATENDIENDO ADEMÁS:** **Primero:** que la representante del Ministerio Público ha formalizado también denuncia en contra de **Oscar Luis Castañeda Lossio**, por el delito Contra la Administración Pública -**Colusión Desleal y Malversación de Fondos**-, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; **Segundo:** que, respecto al delito de **Colusión Desleal**, se le imputa en la denuncia postulatoria, que en su condición de Alcalde de Lima, debía conocer y decidir en relación a la aplicación irregular del pago de COMUNICORE, y que esta requería de su aprobación. Se atribuye

asimismo que el denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio se habría beneficiado del pago de COMUNICORE, según lo ha afirmado a los medios de prensa el Gerente General de esta empresa Henry Fernando Brachowicz Vela; **Tercero:** “ El Juez Penal ejerce un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal , por lo que el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial; sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público; es su misión actuar de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el juez debe de evaluar si la promoción de la acción penal a los requisitos que establece la ley procesal; es decir, le corresponde un papel de defensor del ordenamiento Jurídico. De esta manera, el auto de promoción penal esta sujeto a requisitos legales: Que, el hecho sea delictivo, que la acción no esté prescrita y que estén satisfechos los requisitos de procedibilidad; aunado a ello nuestro Código sustantivo ha establecido la proscripción de la responsabilidad objetiva; que como es el caso de autos, en el que los cargos inculcados en contra de Oscar Luis Castañeda Lossio, no pueden fundarse en una suposición de que, dada su calidad de Alcalde Metropolitano, debía conocer la operación; **Cuarto:** que, representante del Ministerio Público no ha aportado prueba suficiente ni elemento de convicción alguno que permita establecer que existan indicios que éste (denunciado) hubiere **concertado o confabulado con los interesados para defraudar y perjudicar económicamente a la Municipalidad Metropolitana de Lima;** asimismo, al sostener que conocía los detalles, **sin precisar cual es el o los indicios que la lleven a determinar el conocimiento de la operación de pago o de la cancelación del monto a pagar;** tampoco ha precisado **el modo en que este denunciado habría manifestado su decisión de pagar a COMUNICORE o en que términos, o la forma o la medida en que se benefició con esta operación.** Además, el incumplimiento o

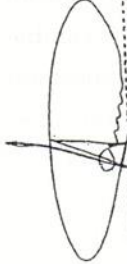

NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
T.º JUZGADO PENAL DE LIMA



00034

Tratado

cumplimiento defectuoso de las funciones de vigilancia hacia los funcionarios públicos del municipio limeño, no permiten concluir que Oscar Luis Castañeda Lossio haya cometido el delito de Colusión, si la imputación que se le formula en la denuncia, no encuadra dentro de los alcances fácticos del delito referido, pues **en la denuncia no se hace mención de que hubiere concertado o confabulado clandestinamente para perjudicar ilícitamente a la Municipalidad Metropolitana de Lima**; es decir, no emanan los elementos objetivos y subjetivos del delito de colusión. A todo esto, debe agregarse que mediante la delegación de facultades antes ya señalada, Oscar Luis Castañeda Lossio no realizó acto alguno de negociación ni percepción del erario municipal, lo cual, lo excluye de los elementos que los tipos penales requieren para su configuración; **Quinto:** que, debe tenerse en cuenta además que la información periodística en la que el Ministerio Público apoya complementariamente los cargos que ha propuesto contra el alcalde metropolitano, no ha sido ratificada durante la investigación preliminar, resultando así inválida para fundar la imputación propuesta, más aun si la sindicación del denunciado Henry Fernando Brachowicz Vela no ha sido corroborada por otros actos de investigación y menos aun se sustentan en otros elementos probatorios que evidencien verosimilitud de dicha imputación; **Sexto:** que, en cuanto a la renovación del contrato con RELIMA, se infiere de los recaudos acompañados que esta fue decidida por el Concejo Metropolitano, decisión en la que el Alcalde no vota para tomar acuerdos, conforme así lo señala taxativamente el artículo 17 de la ley 27972 -Ley Orgánica de Municipalidades-; **Sétimo:** que, en cuanto a la imputación por el delito de **Malversación de Fondos**, esta se sustenta en que, en su condición de Alcalde tenía la obligación de supervisar el manejo presupuestal y financiero; al respecto, debe anotarse que Oscar Luis Castañeda Lossio emitió disposiciones de carácter general y le correspondía estar informado; de igual manera, el prestar su consentimiento sobre el manejo de los créditos bancarios, así como el manejo presupuestal;


NELLY M. ARANDA CANOTE
JUEZ CONSTITUCIONAL PENAL
1º JUZGADO PENAL DE LIMA

además, suscribió el Acuerdo de Concejo número 294 que aprobó la reestructuración de la deuda por 87 millones, en el que adicionalmente se autoriza al denunciado Juan Gilberto Bles García -**Gerente de Finanzas**-, al **Gerente Municipal** Angel Pérez Rodríguez y al **Gerente Administrativo** Carlos Chávez Málaga a suscribir los contratos bancarios de préstamo, y finalmente defendió la operación la operación de pago, calificándola de ventajosa; **Octavo:** que, la imputación propuesta en estos términos, alude nuevamente a un cumplimiento defectuoso por parte del Alcalde Metropolitano, de sus obligaciones como tal; que, como ya se ha indicado, no resulta idóneo para fundar una imputación penal (abrir instrucción), pues más bien se trata de una atribución de responsabilidad de carácter objetivo, proscrito por el Art. VII del Título Preliminar del Código Penal; **Noveno:** que, de la investigación preliminar, no aparece que el denunciado Oscar Luis Castañeda Lossio haya ordenado ni dispuesto que los fondos de la Municipalidad Metropolitana de Lima, se cambie de aplicación o se disponga la utilización del dinero presupuestado para otros fines o destino completamente distinto; que la imputación del Ministerio Público, es el no haber controlado el uso del dinero o supervisado el manejo presupuestal; pero, dicha conducta que se le atribuye no encaja o encuadra dentro de los alcances de lo previsto en el artículo 389º del Código Penal, más aun cuando no ha tenido en su poder suma alguna para darle una aplicación distinta dentro de la misma administración municipal, resultando atípica esta imputación; **Décimo:** que, la ley 27972 -Ley Orgánica de Municipalidades- crea la figura del Gerente Municipal, siendo éste el responsable de todo el movimiento administrativo y por ende, el encargado de informar al alcalde del movimiento administrativo interno. De lo actuado aparece que **Juan Gilberto Bles García**, mediante el Informe número 2006-06-069-MML/GF, recién con fecha 23 de Junio del 2006 informó detalladamente al **Gerente Municipal** sobre los pagos realizados a favor de COMUNICORE, en el primer trimestre del indicado año; **Undécimo:** que, de la denuncia

NELLY M. ARANDA CROTE
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL
JUZGADO PENAL DE LIMA

00035
Veinticuatro

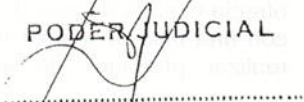
recaudos que lo acompañan, deben aparecer elementos razonables para considerar que los hechos constituyen delito y por lo tanto den mérito para que se abra instrucción; **además, debe entender que no es suficiente la mera adecuación de la conducta incriminada al tipo penal, conforme plantea la representante del Ministerio Público para abrir instrucción**, puesto que el Juez debe fundamentar el auto de procesamiento justamente en la existencia de una causa probable, ello en virtud de una interpretación adecuada del Principio Constitucional de Legalidad, pero asimismo es necesario precisar que se encuentra íntimamente vinculado a ello la garantía constitucional genérica al Debido Proceso, contemplado en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, concordante con el parágrafo "d" del inciso veinticuatro, artículo dos de la Carta Fundamental del Estado. En el extremo del caso de la denuncia expuesta no existen dichos indicios suficientes ni elementos de juicio reveladores que justifiquen la iniciación de un proceso penal.

RESOLUCIÓN

Por las consideraciones anotadas, en aplicación de lo consagrado por el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política y a lo establecido en el tercer apartado del artículo setenta y siete del Código Adjetivo, modificado por la Ley veintiocho mil ciento diecisiete, la señora Juez del Décimo Segundo Juzgado, resuelve:-----

DECLARAR: NO HA LUGAR a la apertura de instrucción contra **OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO**, por el delito **CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA -Colusión Desleal y Malversación de Fondos-**, en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima; se ordene el **ARCHIVO DEFINITIVO** de la denuncia en este extremo resuelto, consentida que sea la presente resolución; cítese al señor Fiscal Provincial y comuníquese a la Sala Superior.


NELLY ARANDA CANCIO
JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL

PODER JUDICIAL

CESAR AUGUSTO BELGADO GRANADOS
SECRETARIO JUDICIAL
12° Juzgado Penal de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

37

VI. FOTOCOPIAS DE:

VI.1 ACUSACIÓN FISCAL

“De acuerdo al procedimiento del Hábeas Corpus, no interviene el fiscal provincial Penal”.

VI.2. AUTO DE ENJUICIAMIENTO.

“En el presente, proceso, la Sala Penal no emite Auto de Enjuiciamiento. En un Proceso Constitucional siendo material de cautelar un derecho constitucional en el presente proceso, el juez dicta sentencia”.

VII. SÍNTESIS DEL JUICIO ORAL.

“Siendo que el Proceso es por Habeas Corpus, el cual se da por la vulneración de un Derecho Constitucional que afecta el derecho a la Libertad y derechos conexos; dado la naturaleza del proceso. No hay Juicio Oral”.

“En un Proceso Constitucional siendo material de cautelar un derecho constitucional en el presente proceso, el juez dicta sentencia”.



DECIMO OCTAVO JUZGADO PENAL DE LIMA

Exp. 00547-2012
Sec. ZAPATA VEGA

PROCESO DE HABEAS CORPUS

Lima, treinta de enero
Del Año dos mil doce.-

RAQUEL BEATRIZ CASTAÑO HIGUAIN
JUEZ PENAL
SECRETARIA DE LIMA

VISTA: oído el informe oral solicitado la demanda constitucional de Habeas Corpus interpuesta por **OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO** contra los magistrados de la Sexta Sala Penal con Reos Libres de Lima, las doctoras Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro García por cuanto la resolución de fecha catorce de setiembre del año dos mil once afecta sus derechos conexos a la libertad como son Tutela Procesal Efectiva – Debido Proceso (Debida Motivación) y al Principio Acusatorio previstos en la última parte del artículo veinticinco del Código Procesal Constitucional; **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que conforme lo dispone el artículo uno primer párrafo del Código Procesal Constitucional el Proceso de Habeas Corpus tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razones por la que éstas deben ser ciertas, concretas, mediatas y directas, cuando su naturaleza no sean públicas y notorias; **SEGUNDO:** Que, para la accesión a dicho proceso constitucional, debe establecerse: a) la concurrencia de un derecho constitucional o fundamental igualmente cierto; b) su vulneración o amenaza; y, c) determinación de los agentes involucrados, activo en el caso del infractor y pasivo en cuanto a quien se le ha vulnerado tales derechos; **TERCERO:** Que, de la revisión de la demanda escrita se tiene que el demandante pretende con la demanda constitucional que se declare la nulidad de la Resolución de fecha catorce de setiembre del 2011 emitida por la Sexta Sala Especializada en lo penal para procesos con reos libres y ordene se emita una nueva resolución de conformidad con lo decidido por el Señor Fiscal Superior de la Sexta Fiscalía superior Penal de Lima y en la línea del voto singular en minoría del doctor Carlos Escobar Antezano y señala: **1)** que han afectado el derecho a la debida motivación y a obtener una resolución razonable y fundada en derecho y menciona que la resolución emitida por la Sexta Sala Penal no se ha realizado una debida motivación al momento de emitir dicha resolución y por tanto carece de una falta de motivación adecuada, suficiente y congruente y **2)** afectación al derecho al Debido Proceso – Principio Acusatorio debido a que la Sala ante el dictamen del titular de la acción que solicita se confirme el auto que declaró no haber mérito a abrir instrucción, decidió de manera arbitraria y usurpadora de la función del Ministerio Público, revocar la resolución del Décimo Segundo Juzgado Penal ordenando se apertura instrucción en contra del beneficiario, poniéndolo en un proceso sin fiscal y por tal razón se ha vulnerado el principio acusatorio. La defensa del beneficiario señala que el principio acusatorio establece la repartición de tareas en el proceso penal, el juzgamiento recae en el juez penal y la acusación en el Ministerio Público, es por ello, que no puede haber juicio sin acusación. Si el Ministerio Público en cualquiera de sus instancias decide no incoar la acción penal o no acusar, el proceso penal debe concluir como lo ordena el Tribunal Constitucional. La sala penal no puede adoptar otra decisión que no sea la de archivar o poner fin a la incidencia, cuando el

PODER JUDICIAL

JOSE LUIS MONTERO ZAPATA
SECRETARIO JUDICIAL

fiscal superior dictamina en contra del ejercicio de la acción penal. Así mismo, tenemos la declaración explicativa del demandado, Oscar Luis Castañeda Lossio, quien se ratifica en el contenido de la demanda de Habeas Corpus y precisa que los habeas corpus interpuestos a su favor versan sobre otros hechos. **CUARTO:** El Procurador del Poder Judicial contesta la demanda interpuesta conforme se desprende a fojas ciento once y solicita se declare Improcedente la demanda constitucional estando a lo dispuesto por los artículo 1 y 2 del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) y por los siguientes fundamentos: **uno)** a criterio de la parte demandante la resolución contiene una motivación insuficiente, la que no constituye lógica y no constituye una justificación razonada para emitir un pronunciamiento, y **dos)** que la sala decidió en forma arbitraria y usurpadora de la función del Ministerio Público, revocar la resolución emitida por Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima y ordena que se aperture instrucción dentro de un proceso penal sin fiscal, lo que ha generado una vulneración al principio acusatorio, por que no puede haber juicio sin acusación, es decir no se puede continuar un proceso penal cuando el Ministerio Público no sostiene la acción penal. Además, el Procurador precisa que el auto de apertura de instrucción constituye la primera resolución que dicta el juez y da inicio al proceso penal, si es que existe previamente la formalización de denuncia por parte del Fiscal, y dicha resolución se emite de acuerdo a los requisitos del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales. Si bien es cierto, el Juez Penal no aperturó instrucción en contra del hoy favorecido, también lo es que existía la formalización de la denuncia realizada por el Representante del Ministerio Público al existir indicios de la comisión de un delito, y el ejercicio de la acción penal está confiada al Ministerio Público, como lo dispone los incisos 1, 4 y 5 del artículo 159 de la Constitución, por ello el Fiscal Provincial apela el auto de No ha lugar a la apertura de Instrucción. Que el Procurador considera que la defensa del beneficiario realiza una interpretación errónea a las jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre el contenido del Principio Acusatorio que está referida a la etapa intermedia y no al finalizar una investigación preliminar, o sea antes de dar inicio al proceso. El demandante cuestiona que la sala no haya tenido en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Caso Umbert Sandoval – Exp.: 2005-2006-HC, en el cual se declara fundada la demanda, poniendo fin al proceso seguido contra Manuel Enrique Umbert Sandoval, ratificando la autoridad del Ministerio Público como único titular de la acción penal y si el proceso penal continúa pese a que el Representante del Ministerio Público en doble instancia decide no acusar, entonces se estaría vulnerando el principio acusatorio, pero el caso de autos es distinto al Caso Umbert Sandoval; **QUINTO:** Que a fojas ciento y treinta y cinco obra la declaración explicativa de la doctora Leonor Ángela Chamorro García, quien ha señalado que en calidad de Juez Superior ponente integrante de la Sexta Sala Penal con Reos Libres de Lima, conoció el cuaderno que contiene la resolución de primera instancia que declara en un extremo no ha lugar a la apertura de instrucción contra el ahora favorecido Luis Castañeda Lossio en la denuncia fiscal por la presunta comisión de los delito de colusión desleal y malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima, procedimiento en el cual se ha respetado a cabalidad los derechos constitucionales del favorecido; Que en cuanto a la resolución, ésta se encuentra debidamente motivada y se ha sustentado en el punto 4.2 en el cual se realiza el análisis del caso y en forma detallada se encuentra el razonamiento esgrimido de la resolución por mayoría, cuya lectura debe darse en forma integral, por lo que solicita se declare Improcedente la demanda interpuesta. Además, hace presente que se encuentran en trámite dos habeas corpus presentado por Jorge Edmundo Delgado Buzio y por los mismos hechos; **SEXTO:** Que siendo el Habeas Corpus un proceso

HAQUEL BEATRIZ CENTENO HUAMAN
JUEZ PENAL (P)
CETTE SUPLENTE DEL MINISTERIO DE LIMA

PODER JUDICIAL

JOSE LUIS MONTERO ZAPATA
SECRETARIO JUDICIAL
Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima

194
Bozo
Luis

sumarísimo y estando a que la doctora Hilda Cecilia Piedra Rojas se encuentra delicada de salud y siendo que en el presente Habeas Corpus se cuestiona una resolución judicial se dispuso prescindir de la declaración explicativa por encontrarse delicada de salud. **SETIMO:** Es necesario señalar que el voto singular del doctor Escobar Antezano se basa en que no existen suficientes indicios de la participación del denunciado en los hechos que son materia de denuncia fiscal por considerar ausencia de indicios, pero no hace referencia al principio acusatorio; **OCTAVO:** Que conforme se tiene de la razón del secretario cursor y de las copias obrantes en autos se tiene que las demandas de habeas corpus interpuestas corresponden a hechos distintos a los demandados en el presente proceso. Que analizada la demanda constitucional interpuesta y las vulneraciones señaladas como es la falta de motivación suficiente así como la vulneración al principio acusatorio, constituyen elementos de del debido proceso, derecho susceptible de protección por el proceso de amparo, la suscrita considera procedente su tutela en el proceso de habeas corpus, en tanto la pretendida afectación de estos derechos se derive una vulneración o amenaza de la libertad individual que se encuentra reconocido en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional. En el presente caso, dado que la resolución judicial cuestionada dispone que el juez de la causa abra instrucción contra el demandante y que el mandato a señalarse implicaría restricciones a la libertad individual dentro de un proceso penal, por lo que considero procedente analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso en el presente habeas corpus. Realizada la investigación sumaria, se tiene que con relación al punto 1) que guarda relación con la motivación y fundamentación de la resolución de fecha catorce de setiembre del año dos mil once y que en copia obra a fojas cincuentidos a noventa y siete, en la cual a fojas setenta y tres en el punto 4.2 se advierte el análisis del caso, la Sala ha tenido en cuenta al momento de resolver: .) Lo opinado por el Fiscal Superior y .) Lo alegado por la defensa con relación al principio acusatorio. La Sala consideró en su oportunidad que lo invocado por la defensa no era aplicable al caso realizando un análisis y señala que la Sala Penal tenía legitimidad para resolver la cuestión objeto de impugnación (Auto de No Ha Lugar) teniendo en cuenta lo opinado por el Fiscal Superior y de la lectura de la resolución se observa el razonamiento de la Sala por lo que no puede decirse que la motivación es insuficiente, que no es lógica y que no constituye una justificación razonada para emitir resolución, por lo que la Sala ha cumplido con lo establecido en el artículo 139.5 de la Constitución Política que es una de las garantías de la administración de justicia. Que con relación al punto 2) se cuestiona que no se haya respetado el principio acusatorio y que no haya tenido en consideración lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el expediente N°2005-2006-PHC/TC Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval que desarrolla el concepto del principio acusatorio, que se basa en la separación de funciones entre el Ministerio Público y Poder Judicial. Por este principio acusatorio, es el Ministerio Público quien tiene la titularidad de la persecución penal, estando reservado al juzgador el fallo. Este principio fundamenta el rol de la Fiscalía en la persecución del delito, ya que sin denuncia presentada por el fiscal no se puede activar la función jurisdiccional. Este razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional que sin ser vinculante obliga a los jueces a tenerlo presente. Que en este caso tenemos que tanto el fiscal provincial como el procurador público han apelado de la resolución emitida por el juez de primera instancia que declaro No haber mérito para abrir proceso penal contra el beneficiario y el fiscal superior opinó por que se confirme el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción. En el proceso, materia de habeas corpus, se observa lo siguiente:

MARQUEZ BEATRIZ CENTENO HUAMAN
JUEZ PENAL (P)
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA PENAL DE LIMA

1. El fiscal formuló denuncia contra el beneficiario, ejercitando de ese modo la acción penal, atribución constitucional que da contenido al Principio Acusatorio.

PODER JUDICIAL
JOSE LUIS HERNANDEZ ZAPATA
SECRETARÍA JUDICIAL
Órgano Judicial Poder Judicial de Lima



2. El juez de primera instancia evaluó la denuncia fiscal (emitida en ejercicio del Principio Acusatorio) y decidió emitir un auto declarando no haber mérito para abrir proceso penal, lo que forma parte del ejercicio de la función jurisdiccional penal.
3. Resulta claro que la decisión del juez de primera instancia (contraria a la opinión del fiscal provincial) no vulnera el Principio acusatorio, ya que dicho principio se agota en el ejercicio exclusivo y excluyente de la acción penal por parte del fiscal provincial.
4. El juez de primera instancia, en este caso concreto, se limita a evaluar la procedencia de la denuncia fiscal, del mismo modo en que un juez civil evalúa la procedencia de una demanda con pretensiones civiles, pudiendo rechazarla de plano (en casos de manifiesta improcedencia, por ejemplo). Por lo tanto, la evaluación del juez de primera instancia es una evaluación de procedencia, una evaluación para el acceso al proceso penal de una pretensión penal formulada por el titular de la acción penal.
5. Toda decisión judicial puede ser objeto de impugnación ante una autoridad superior, de conformidad con el artículo 139.6 de la Constitución Política, por tanto el auto del juez de primera instancia que declaró "no ha lugar la apertura de instrucción" podía ser válidamente apelado, como en efecto lo ha sido.
6. Según lo expuesto hasta este punto quedan claras dos conclusiones preliminares: a) la acción penal fue ejercida por el fiscal provincial, sin ser cuestionada por ninguna de las partes, b) el auto del juez de primera instancia es una decisión judicial sobre la procedencia de la acción ejercida por el fiscal provincial.
7. La sala superior debía y, en efecto lo hizo, solicitar al fiscal superior que emita opinión respecto a la apelación del auto de no apertura de instrucción, y en tal sentido la opinión del fiscal superior se encontraba limitada exclusivamente a la legalidad y consistencia interna del auto apelado.
8. Dicho de otro modo, el análisis del fiscal superior sólo podía evaluar la procedencia judicial (el acceso al proceso penal) de la acción penal impulsada por el juez de primera instancia. Tal evaluación, resulta claro, no constituye una manifestación del Principio Acusatorio sino un mero examen de legalidad.
9. En realidad, el fiscal superior no podría entrar a examinar las razones por las cuales el fiscal provincial decidió formular denuncia fiscal, en este caso concreto, porque el dictamen que emite en el recurso de apelación contra el auto de no apertura de instrucción no es la vía procesal adecuada que habilite tal competencia.
10. Por tanto, resolver en contra de la opinión del fiscal superior, en este caso concreto, no constituye vulneración al Principio Acusatorio.

RAQUEL BEATRIZ CENTENO HUAMAN
 JUEZ PENAL (P)
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

Si se aceptara la posición de la defensa del beneficiario, se tendría que con la opinión del Fiscal Superior se concluiría el proceso, vulnerando de ese modo el derecho a la pluralidad de instancias judiciales reconocida en el artículo 139.6 de la Constitución Política, haciendo, en la práctica, inútil un pronunciamiento de la Sala Penal.

Por las consideraciones precedentes y de conformidad con los artículos uno, dos y cuatro del Código Procesal Constitucional y administrando justicia a nombre de la nación: **FALLO** declarando **INFUNDADA** la demanda constitucional de Habeas

PODER JUDICIAL

JOSE LUIS LOPEZ...
 SECRETARIO

Corpus interpuesta por **OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO** contra las magistradas de la Sexta Sala Penal con Reos Libres de Lima, las doctoras Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro García por cuanto la resolución de fecha catorce de setiembre del año dos mil once afecta sus derechos conexos a la libertad como son tutela procesal efectiva – Debido Proceso (debida motivación) y al Principio Acusatorio previstos en la última parte del artículo veinticinco del Código Procesal Constitucional; **DISPONGO:** Que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, archívese definitivamente, previa notificación.



RAQUEL BEATRIZ CENTENO HUAMÁN
JUEZ PENAL (P)
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

JOSE LUIS MONTERO ZAPATA
SECRETARIO JUDICIAL
Décimo Cuadro Juzgado Penal de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

“La apelación interpuesta por la defensa del demandante Oscar Luis Castañeda Lossio, en sus recurso de fojas 219 y siguientes, dirigida contra la Sentencia de fecha 30 de enero del 2012 obrante de fojas 192 a 196, expedida por la señora Juez del 18° Juzgado Penal de Lima, que resolvió declarar Infundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus promovida por el citado y dirigida contra las señoras Jueces Superiores Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro García, por supuesta vulneración a la Libertad Individual conexo con el Debido Proceso, relativo a la Motivación de Resoluciones Judiciales y además, contra el Principio Acusatorio”.

El apelante fundamentó su recurso alegando en primer término:

- a) “Que, la Juez a quo ha repetido el fundamento 4.2 de la resolución impugnada que tampoco a su criterio expresa ningún fundamento, indicándose que no se ha precisado el por qué existe suficiente motivación por parte de la Sala Penal”.
- b) “Que, los Fiscales Superiores sí pueden revisar las actuaciones funcionales de los Fiscales Provinciales, pudiendo modificar o revirarse de las decisiones de los Fiscales Provinciales”.

Lo que el recurrente pretende con su recurso, es que “se declare nulo el auto que expidiera la Sexta Sala Penal para Reos Libres de fecha 14 de setiembre del 2011, expediente número 34432-2010, a fojas 52 y siguientes, que Revocó por Mayoría el extremo resuelto por la señora Juez del 12° Juzgado Penal de Lima, que declaró no ha lugar a abrir instrucción contra Óscar Luis Castañeda Lossio por Delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Desleal y Malversación de Fondos, en agravio de la Municipalidad de Lima Metropolitana”.

VIII. FOTOCOPIA DE LA RESOLUCIÓN DE LA SALA SUPERIOR.

260 / doscientos sesenta

Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
Segunda Sala Penal con Reos
en Cárcel de Lima
AREA DE RELATORIA
Fecha: 23/04/12
RECIBIDO
935

SS. CHUNGA PURIZACA.
RODRÍGUEZ VEGA.
RODRÍGUEZ ALARCÓN.

261
Desección
y cm

HÁBEAS CORPUS

Exp. Nro. 315-2012-"0" (547-2012-0-1801).

Resolución N°..... 554

Lima, once de abril del dos mil doce.-

RECIBIDO FS ()
MESA DE PAPIEROS
FIRMA
2012 Apr 23 AM 9:47
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LIMA
SEGUNDA SALA PENAL PARA
PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL

VISTOS; oídos los informes orales conforme a la constancia de Relatoría de fojas 252; interviniendo como Juez Superior ponente la Doctora Mariela Rodríguez Vega; estando a lo preceptuado por el artículo 138° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- ANTECEDENTES. Es materia de pronunciamiento la apelación interpuesta por la defensa del demandante Óscar Luis CASTAÑEDA LOSSO, en su recurso de folios 219 y siguientes, dirigida contra la sentencia de fecha 30 de enero del 2012 obrante de fojas 192 a 196, expedida por la señora Juez del 18° Juzgado Penal de Lima, que resolvió declarar **INFUNDADA** la demanda constitucional de **HÁBEAS CORPUS** promovida por el citado y dirigida contra las señoras Jueces Superiores **HILDA CECILIA PIEDRA ROJAS** y **LEONOR ANGELA CHAMORRO**

GARCÍA, por supuesta vulneración a la Libertad Individual conexo con el **DEBIDO PROCESO**, relativo a la **MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES** y además, contra el **PRINCIPIO ACUSATORIO**.



SEGUNDO.- El apeante fundamentó su recurso alegando en primer término:

- A. Que la juez a quo ha repetido el fundamento 4.2 de la resolución impugnada que tampoco a su criterio expresa ningún fundamento, indicándose que no se ha precisado el por qué existe suficiente motivación por parte de la Sala Penal.
- B. Que los Fiscales Superiores sí pueden revisar las actuaciones funcionales de los Fiscales Provinciales, pudiendo modificar o revirarse de las decisiones de los Fiscales Provinciales.

TERCERO.- DELIMITACIÓN DEL PETITORIO. La que el recurrente pretende con su recurso, es que se declare nulo el auto que expidiera la Sexta Sala Penal para Reos Libres de fecha 14 de setiembre del 2011, expediente número 34432-2010, a fojas 52 y siguientes, que **REVOCÓ POR MAYORÍA** el extremo resuelto por la señora Juez del 12° Juzgado Penal de Lima, que declaró no ha lugar a abrir instrucción contra Óscar Luis Castañeda Lossio por Delito Contra la Administración Pública en la modalidad de **COLUSIÓN DESLEAL** y **MALVERSACIÓN DE FONDOS**, en agravio de la Municipalidad de Lima Metropolitana.

CUARTO.- Que, vistos los actuados, este Colegiado considera que el tema de fondo se concreta en una sola pregunta: ¿La Sala Penal Superior está facultada a ordenar que el Juez a quo abra instrucción ante una supuesta discrepancia entre lo **opinado** por el Fiscal Superior y el Fiscal Provincial que ha formulado denuncia penal?

QUINTO.- SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN ALEGADA. Que, en cuanto a la falta de motivación que alega el apelante, apreciada la sentencia materia de alzada de folios 192 y siguientes, este Superior Colegiado

26
posicionada
señala
ya

estima que la juez a quo sí hizo una apreciación motivada, aunque de manera escueta, acerca de los fundamentos expuestos en el acápite 4.2 del auto expedido por las juezes superiores demandadas, (véase folios 73 y siguientes), siendo el propio abogado defensor quien lo ha resaltado en el acápite II.1, (ver fojas 219 y 220 de autos); en efecto, la juez a quo ha hecho énfasis en lo que las Jueces Superiores demandadas han tenido en cuenta al momento de resolver, como lo es: **A) La opinión del Fiscal Superior y B) Lo alegado por la defensa con relación al principio acusatorio.**

SSEXTO.- En cuanto a la opinión brindada por el Fiscal Superior, (ver fojas 36 y siguientes), este dictamen no vincula a los miembros de la Sala ad quem, porque lo que están haciendo es absolver el grado del recurso de apelación del Fiscal Provincial denunciante, no vulnerándose principio constitucional alguno, ya que procedieron en cumplimiento de uno de los principios de la Administración de Justicia: La Pluralidad de Instancia, consagrado en el inciso 6, artículo 139° de la Constitución Política, derecho que tiene toda persona que es parte en un proceso, de recurrir a la instancia superior cuando no está conforme con lo resuelto por el inferior y así lo ha hecho el Fiscal Provincial, por ello las demandadas emitieron pronunciamiento sobre el fondo del hecho materia de apelación, que además reúne la motivación suficiente que justifica la decisión de revocar el auto impugnado, que conforme lo ha mencionado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, la motivación es suficiente cuando de su contenido se pueda advertir de forma clara el sentido de su decisión y la base fáctica y legal sobre lo que se apoya. En el presente caso, las demandadas señalaron de forma clara, el por qué se debe abrir proceso al denunciado Casañeda Lossio, tema que es de absoluta competencia de la justicia ordinaria.

SSEXTIMO.- SOBRE LA INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.

La parte demandante ha alegado que las magistradas demandadas han violando el principio acusatorio y de unidad de la función Fiscal. Lo que considera este Colegiado es que no es correcta tal afirmación, porque el



presente caso el Fiscal Superior, luego de habersele corrido traslado como parte en el proceso, emitió una **opinión** ante lo resuelto en la primera instancia, siendo la Sala Superior la que finalmente resolvió la apelación, revocando por mayoría el extremo del auto que abre instrucción que declaró no ha lugar a abrir instrucción y, reformándola, dispusieron que el juez de la causa abra instrucción contra el demandante Óscar Luis Castañeda Lossio. Como ya se subrayó en el considerando sexto, lo que los miembros de la Sala ad quem hicieron, fue absolver el grado previa opinión del Fiscal Superior, no siendo aplicable al caso la jurisprudencia que invoca, ya que no es una consulta por discrepancia del Juez Penal ante una solicitud de sobreseimiento por parte del Fiscal Provincial lo que absolvió el Fiscal Superior, cuyo procedimiento está normado en el segundo párrafo del artículo 220° del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley 24388 y este tema ha sido analizado por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en las resoluciones invocadas por el demandante; inclusive, las magistradas emplazadas que dieron sus votos en mayoría, fundamentaron en su resolución las razones por las cuales tienen legitimidad para resolver la cuestión objeto de impugnación, lo que refuerza el argumento de que no hubo falta de motivación en la resolución cuestionada.

OCTAVO.- El abogado de la defensa ha hecho alusión a la Queja número 1678-2006, de fecha 13 de abril del 2007, cuyos fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto son precedentes vinculantes, cuyo considerando cuarto dice: "...si el Fiscal no formula acusación,... le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar al Fiscal que acuse... si el órgano judicial está conforme con el dictamen no acusatorio del Fiscal Provincial y por ello no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación y si a continuación, con motivo del recurso de apelación de la parte civil, el **Fiscal Superior igualmente emite un dictamen no acusatorio, ratificando el parecer del Fiscal Provincial... no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación;...**"; este fundamento no es de aplicación al presente caso, porque el Fiscal

262
doscientos sesenta y dos

Provincial es quien ha denunciado un hecho que considera delito y es él quien a su vez ha recurrido en apelación ante el Superior en grado para alcanzar revocatoria y lograr que se abra instrucción contra el accionante; además, según el auto en mayoría de la Sala, (ver fojas 52 a 95), se hace mención a que el Procurador Público Especializado en los Delitos de Corrupción, también interpuso apelación, lo que implica que las demandadas sólo cumplieron con absolver el grado en base a la impugnación efectuada por ambos apelantes y sobre ello es que debían pronunciarse con la opinión previa del Fiscal Superior. Consecuentemente, no se advierte vulneración a la motivación de resoluciones judiciales, al principio acusatorio¹ ni al principio de unidad de la función Fiscal², porque la actuación de las demandadas no son incompatibles con esos contenidos que vincula al Ministerio Público, ya que aceptar los planteamientos de la defensa en ese sentido, coadyuvaría a quebrantar el principio constitucional de pluralidad de instancias que confiere al órgano jurisdiccional; peor aun, considerar que con la opinión del representante del Ministerio Público, se pudiera dar por terminado un proceso, sería conferirle facultades jurisdiccionales al Ministerio Público, cuyo representante además no sólo ha iniciado la acción penal, sino que es el apelante y siendo las normas procesales penales de orden público y de obligatoria observancia, la Sala Penal Superior cumplió con resolver la cuestión planteada y tomó una decisión en mayoría, en base al examen de la denuncia e instrumentos adjuntos en cumplimiento del artículo 77° del

[Handwritten signature]

¹ El Principio Acusatorio ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional Peruano en la Sentencia emitida en el Exp. N° 2005-2006-PHC/TC del 13 de marzo del 2006, referida al principio acusatorio, en donde el punto seis de los fundamentos señala: " La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159° de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin", señalando igualmente, en este sentido, que la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria.

² A través del Principio de Unidad de la Función Fiscal, se busca la uniformidad en la actuación de quienes aparecen como representantes del Ministerio Público, quienes deben de actuar, en palabras de Alberio Binder: "...como un todo ante a la sociedad y ante la judicatura", (véase su obra Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 304); Por el Principio de Unidad, el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior, no son partes distintas en el proceso penal, sino que integran el mismo sujeto procesal: El Ministerio Público. "En su rol de director de la investigación y su intervención en el juzgamiento, los representantes del Ministerio Público pueden intervenir, (respetando sus jerarquías y competencias), en las diligencias de investigación y las judiciales e incluso delegar funciones o ser reemplazados, sin que ello afecte al proceso penal", (Sánchez Velarde, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. Editor: IDEMSA. Año 2009. Pág. 75).



Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley 24388 y ordenando al Juez Penal que abra instrucción, está legitimada para tal acción.

NOVENO.- No se debe de soslayar, que inclusive el señor Juez Superior que dio su voto en discordia, no hizo mención alguna respecto a la legitimidad de la Sala para resolver la cuestión objeto de impugnación, tema que no ha sido materia de cuestionamiento, de lo contrario no hubiera emitido su voto. Por consiguiente, este Colegiado estima que no se ha vulnerado el derecho constitucional postulado por el demandante, concluyéndose que deberá confirmarse la sentencia venida en grado, de conformidad con el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Por lo precedentemente expuestos y los propios fundamentos de la recurrida, de conformidad con lo consagrado en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, los magistrados integrantes del Colegiado "C" de la Segunda Sala Penal Especializada para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, resuelven:

CONFIRMAR la sentencia venida en grado de fecha 30 de enero del 2012 obrante de fojas 192 a 196, que resolvió declarar **INFUNDADA** la demanda constitucional de **HÁBEAS CORPUS** promovida por el ciudadano Oscar Luis Castañeda Lossio y dirigida contra las señoras Jueces Superiores **HILDA CECILIA PIEDRA ROJAS** y **LEONOR ÁNGELA CHAÑORRO GARCÍA**, por supuesta vulneración a la Libertad Individual conexa con el **DEBIDO PROCESO**, relativo a la **MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES** y contra el **PRINCIPIO ACUSATORIO**; con lo demás que contiene. Notifíquese y devuélvase.-

D^a. JOSÉ CHUNGA PURIZACA

Presidente

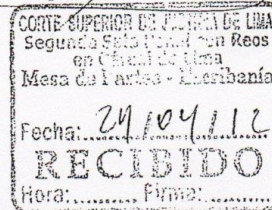
D^a. MARIELA RODRÍGUEZ VEGA

Juez Superior

D^a. DORIS RODRÍGUEZ ALARCON


Juez Superior


Secretario (a)

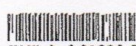


“Se presentó el recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el Sr. Luis Castañeda Lossio, contra la sentencia de Vista de fecha 11 de abril de 2012, la misma que Confirmó la resolución expedida por el a quo el 30 de enero de 2010, que declare Infundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por el recurrente contra las juezes Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro García por su resolución del 14 de setiembre de 2011 (exp. 34432-2010) que revocó por mayoría el extremo de no abrir instrucción contra el recurrente”. Por estos motivos “el demandante Solicito se eleven los autos al Tribunal Constitucional, para que este Alto Tribunal y con mejor criterio revoque la recurrida”.

IX. FOTOCOPIA DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÙ.


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL




FXP N° 02920-2012-PHC/TC
LIMA
OSCAR LUIS CASTAÑEDA LOSSIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de agosto de 2013, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 261, su fecha 11 de abril de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de enero de 2012 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispuso abrirle instrucción por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos (Exp N° 34432-2010)

Afirma que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrirle instrucción por los delitos mencionados, pronunciamiento judicial que al ser apelado por el fiscal provincial originó que el fiscal superior opinara dando su conformidad con lo resuelto por el juzgado citado; sin embargo, la Sala emplazada ordenó que se le abra instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal. Señala que la cuestionada resolución no contiene una debida motivación y que al mismo tiempo resulta insuficiente ya que carece de una justificación razonada, que afecta sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio acusatorio. Agrega que la Sala emplazada decidió de manera arbitraria y usurpó la función del Ministerio Público, pues no existe proceso sin acusación.

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial se apersonó al proceso y solicitó que la demanda sea declarada improcedente.

El Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 30 de enero de 2012, declaró infundada la demanda, por considerar que el recurrente fue denunciado penalmente por el fiscal provincial, quien de ese modo ejerció la acción penal, atribución constitucional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Quinto Folio del expediente

que le da contenido al principio acusatorio, en ese sentido, si el juez de primera instancia declaró no haber mérito para abrir proceso penal, ello no vulnera el principio acusatorio. Ante ello la Sala Penal emplazada solicitó al fiscal superior opinión respecto de la apelación del auto de no apertura de instrucción y en tal sentido, tal opinión se encontraba limitada a la legalidad y consistencia interna del auto aplado, evaluación que no constituye una manifestación del principio acusatorio, sino un mero examen de legalidad. por ello, resolver en contra de la opinión del Fiscal Superior no constituye una vulneración del principio acusatorio

La Sala revisora confirmó la aplada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011, emitida por la Sala Penal emplazada en el l'exp N.º 34432-2010, que revocando la resolución que declaró no ha lugar a la apertura de instrucción en contra del recurrente, ordenó al juzgado de la causa le abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
2. Sobre el particular, conviene indicar que es de conocimiento público que mediante la Resolución de fecha 22 de julio de 2013, emitida por la Sexta Sala Penal para Procesos con Rcos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el l'exp. N.º 54432-2010 se declaró fundada la excepción de naturaleza de acción propuesta por el recurrente

Este hecho evidencia que luego de presentada la demanda ha cesado la agresión, por lo que cabría declarar su improcedencia; sin embargo, atendiendo al agravio producido y que éste se puede presentar en otros procesos penales, el Tribunal emitirá un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

El Ministerio Público, su independencia y el principio de unidad del Ministerio Público

3. Conforme a lo dispuesto en los artículos 158º y 159º de la Constitución, el Ministerio Público es un órgano autónomo, que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta impartición de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros.

Asimismo, el artículo 1º de la Ley Orgánica del Ministerio Público (I.OMP) señala



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



que: "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación".

4. En ese sentido, al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos por la Constitución. Siendo justamente ello lo que le permite al Tribunal ejercer un control estrictamente constitucional, más no funcional, de su actividad, habiendo en su momento señalado que la actividad del Ministerio Público se encuentra ordenada por el principio de *interdicción de la arbitrariedad* que se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado.
5. En este marco constitucional que ante la existencia de suficientes elementos meritorios que hacen necesaria una investigación judicial, el fiscal deberá formalizar la denuncia ante la judicatura penal competente, decisión que evidencia el desarrollo de una mínima actividad probatoria así como un razonable grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal (juicio oral).
6. El problema se puede presentar en relación a que ocurre cuando el fiscal provincial penal considera que debe formular denuncia penal o dictamen acusatorio y el fiscal superior es de opinión contraria. Esto nos lleva inevitablemente a tomar en consideración cuáles son los alcances y los límites de la independencia y la autonomía del Ministerio Público.
7. Como referencia, en la STC 00004-2006-PI/TC, el Tribunal subrayó que:

"La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de *albedío funcional*.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per...

La independencia como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa...

De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el principio de independencia de la jurisdicción...

Independencia externa Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto...

Independencia interna De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial...

8 El razonamiento transcrito no puede predicarse al Ministerio Público, salvo en el caso de la independencia externa, pues en el caso de la independencia interna, no puede sostenerse lo mismo ni legislativamente ni argumentativamente.

En el primer caso, el artículo 5º de la LOMP, regula la autonomía funcional de los fiscales, y establece expresamente que "Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores" (subrayado fuera del original).

Conforme a dicho dispositivo, los fiscales de menor grado o rango, deben sujetarse a las instrucciones de sus superiores, dado que queda claro que el Ministerio Público es un órgano orgánica y jerárquicamente estructurado...

En sentido similar, cabe destacar que en el caso del retiro de la acusación fiscal en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



el transcurso del juicio oral, el inciso d) del artículo 3874 del Nuevo Código Procesal Penal prescribe que *“La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador”*

9 En el segundo caso, no hay previsión legislativa para determinar la actuación de dos fiscales, de distintos grados, dentro de un mismo proceso o con relación a una incidencia.

En el caso del Poder Judicial el asunto es clarísimo, dado que en caso que se interponga un recurso de apelación, los actuados son elevados al superior, quien puede confirmar, revocar o anular la resolución venida en grado, sin embargo, no puede ordenarle a la instancia inferior cómo debe resolver un asunto o cuestión litigiosa, a lo sumo puede disponer la realización de determinadas diligencias o actuaciones probatorias o que se emita una nueva sentencia pronunciándose sobre extremos anteriormente omitidos

En el caso del Ministerio Público, lo que existe es una práctica que no solo carece de sustento normativo, sino que además, no es igual en todos los casos. Sin querer agotar todos los supuestos, veamos algunos ejemplos.

a. Qué ocurre cuando el fiscal provincial en su dictamen refiere que no hay mérito para formalizar denuncia penal (supuesto parcialmente regulado en el artículo 78° del CdePP) y el dictamen es apelado en sede del Ministerio Público, éste es puesto en conocimiento del fiscal superior quien puede coincidir o no con el criterio del fiscal provincial. En el primer caso, no hay previsión de cómo debe proceder el fiscal superior, pero entendemos que no hay problema alguno, pues correspondería que el caso se archive, mientras que en el segundo supuesto, corresponde que el fiscal provincial acate lo ordenado por el fiscal superior, pues así lo establece la norma procesal precedentemente citada, la que además coincide con lo regulado en el artículo 5° de la LOMP (principio jerárquico)

b. El problema se presentaría cuando el fiscal provincial formula denuncia y este criterio no es compartido por el juez penal quien archiva el proceso, y en vía de recurso de apelación la Sala Penal Superior conoce del recurso, y como lo dispone el tercer párrafo del artículo 77° del CdePP, remite los actuados a conocimiento del fiscal superior. Sin embargo, dicha norma solo establece el plazo para que se emitan tanto el dictamen fiscal superior así como la resolución correspondiente de la sala superior; sin embargo, no establece cuáles son las consecuencias derivadas de la coincidencia o discrepancia en el contenido de los dictámenes emitidos por los representantes del Ministerio Público

En caso de coincidir ambos dictámenes, es evidente que la denuncia penal presentada inicialmente subsiste, por lo que el Poder Judicial está facultado para ordenar que se abra instrucción; pero en caso que el dictamen del fiscal superior discrepe del dictamen del fiscal provincial ¿qué criterio debe mantenerse? En aplicación del artículo 5° de la LOMP, consideramos que debe primar el del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

fiscal superior.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CIDA
FOJAS 584

ARCHIVO CENTRAL
de Expedientes
Quinto
Octavo

c Otro supuesto es el que se presenta cuando el fiscal en su dictamen refiere que no hay mérito para formular acusación en un proceso penal, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 220° del CdePP y conforme al cual, conforme se expone en los diversos incisos contenidos en dicho dispositivo, puede disponer el archivaamiento del proceso, la ampliación de la instrucción o elevar la misma al superior jerárquico.

Queda claro que el objetivo de tal elevación, es para que el superior jerárquico se pronuncie de modo que si coincide con el criterio del fiscal, en el sentido que no hay mérito para acusar, en aplicación del principio acusatorio, es imposible que el juez penal pueda imponer sanción alguna (STC 2005-2006-PHC/TC). Si por el contrario, el superior jerárquico ordena que se acuse, corresponde que el fiscal presente el dictamen acusatorio respectivo

Sin embargo, lo que no está regulado, es cómo se debe proceder cuando el fiscal superior o supremo no comparte el criterio del inferior quien ha formulado acusación mientras que el juez penal opina que no hay mérito para pasar a juicio oral, de modo que elevados los actuados para su conocimiento, emite dictamen señalando que no procede acusar a determinada persona. Se puede asumir como hasta ahora ha ocurrido que ¿hasta una acusación para que el juez penal emita un pronunciamiento de fondo? La respuesta es clara si tenemos que tal acusación es emitida por el fiscal superior, pero no tanto si lo ha sido por el fiscal provincial, ya que es contraria al dictamen del fiscal superior. Dicho de otro modo, aunque el fiscal provincial acuse, si el fiscal superior discrepa de la acusación, ¿puede el juez competente dictar una sentencia condenatoria? Consideramos que en aplicación del precitado artículo 5° de la LOMP, cuando un actuado llega a conocimiento del fiscal superior o supremo, es el criterio de éste el que debe primar sobre el criterio de los fiscales de menor jerarquía

10. Lo expuesto por supuesto no debe afectar las relaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial: de hecho, parte de la independencia y la autonomía del Poder Judicial se sustenta en que lo expuesto por los representantes del Ministerio Público no es vinculante para los órganos del Poder Judicial; y ello efectivamente es correcto, dado que la Constitución y las respectivas leyes orgánicas le otorgan a cada uno de tales órganos respectivos, el conjunto de competencias o atribuciones que les corresponden; sin embargo, el Poder Judicial, en materia penal no puede actuar al margen de las competencias del Ministerio Público, en tanto que éste es el titular de la acción penal y el órgano encargado de emitir dictámenes en forma previa a las resoluciones judiciales que la ley contempla, entre las cuales está la de emitir dictamen acusatorio (artículo 225° del CdePP). Sin embargo, las discrepancias que puedan presentarse entre los distintos funcionarios del Ministerio Público, no pueden ni deben ser zanjadas por la práctica o los criterios que viene aplicando el Poder Judicial, sino que deben serlo conforme a las reglas previstas para tal efecto por la LOMP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA
FOJAS 585

ARCHIVO CENTRAL
BANCO DE EXPEDIENTES
Cinco

11 En consecuencia, el Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes son los que puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la I.OMP. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles.

En caso contrario, el Poder Judicial puede terminar dando más validez a los dictámenes de un fiscal adjunto al provincial, por encima de lo opinado por un fiscal superior o supremo, sin tomar en cuenta los principios de unidad y de jerarquía en el Ministerio Público

Finalmente, cabe precisar que el presente criterio jurisprudencial será aplicable por todos los órganos jurisdiccionales penales o mixtos a los casos que tengan en trámite. Los casos resueltos con criterios diferentes al presente no generan violación alguna, pues recién con la presente sentencia este Tribunal adopta una posición sobre la problemática analizada en el fundamento 9 c), *supra*

03
Análisis del caso

12 Se cuestiona la resolución dictada por la Sala Penal emplazada que ordena se abra instrucción contra el recurrente, a pesar de que el fiscal superior discrepó, expresamente, de la denuncia del fiscal provincial. Cabe señalar que este proceso llegó a conocimiento de la Sala emplazada porque luego de interponerse la denuncia penal por parte del Ministerio Público, el Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima, declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra el recurrente por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo que se ordenó el archivo definitivo de la denuncia en dicho extremo, decisión respecto de la cual discrepó el fiscal provincial.

09 A
13 Por ello, tanto la denuncia del fiscal provincial como la resolución del juez que señalan no haber lugar a la apertura de instrucción fueron puestos en conocimiento del fiscal superior competente, quien expresamente por dictamen del 24 de junio de 2011 opinó que se confirme la resolución del Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima. Es evidente que el dictamen del fiscal superior contradice el dictamen del fiscal provincial denunciante. En consecuencia ¿cuál dictamen es el que debe quedar subsistente?

14 El Poder Judicial ha optado por considerar válido el dictamen del fiscal provincial y ha ordenado al juez de la causa que abra instrucción al recurrente; sin embargo, no ha considerado que este dictamen quedó sin efecto por el propio mérito del dictamen emitido por el superior, quien además es superior jerárquico del fiscal provincial. Y es que siendo el Ministerio Público el titular de la acción penal, corresponde a sus órganos emitir pronunciamiento sobre el particular, en el momento y oportunidad que corresponda, pero en modo alguno puede el Poder



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOJAS 586

ARCHIVO CENTRAL
de Expedientes
Arriola
oduriz
Seis

Judicial escoger cual dictamen queda subsistente y en consecuencia, cuál de ellos le sirve de sustento para emitir la resolución que considera pertinente De modo que el dictamen del fiscal superior, prima sobre el dictamen del fiscal provincial, el cual queda sin efecto, y en consecuencia, no puede generar consecuencias procesales de ninguna naturaleza

- 15 En ese sentido, aunque inicialmente se presentó una denuncia fiscal de manera oportuna, ésta no puede surtir los efectos esperados (que se abra instrucción), dado que aunque el dictamen fiscal superior no vincula a los jueces del Poder Judicial, si obliga a los fiscales inferiores, quienes deben adecuar su comportamiento funcional al contenido de los dictámenes de sus superiores jerárquicos Por ello, aquella denuncia quedó sin efecto desde el momento en que el fiscal superior dictaminó en contrario, por lo que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente para tal efecto y a través del funcionario competente para ello: en el caso de autos, el fiscal superior.
- 16. Consecuentemente, se advierte que al recurrente se le inició un proceso penal sin que haya existido una denuncia fiscal válida Consecuentemente, corresponde declarar fundada la demanda y disponer que la Sala Penal emplazada no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

H A RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **ORDENAR** que, en el futuro, la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima actúe conforme al fundamento 9.c.

Publíquese y notifíquese

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO SELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

X. DIEZ JURISPRUDENCIAS DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS CON INDICACIÓN DE LA SUMILLA DE EXPEDIENTES QUE HUBIEREN SIDO RESUELTOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y COMPETENTE CON LA INDICACIÓN DEL EXPEDIENTE, SU NÚMERO Y EL AÑO. SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO.

1. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 06994-2015-HC

Lima, 31 de octubre del 2020

SUMILLA: El Tribunal Constitucional, mediante sentencia Por lo expuesto, este Tribunal declara que el extremo de la demanda que alega el paradero desconocido de la niña de iniciales R.Y.V.V. y la supuesta vulneración de su derecho a la libertad personal, debe ser desestimado, pues su ubicación ha sido determinada exactamente en el domicilio indicado en los hechos de la demanda (calle Señor de Los Milagros 212, distrito de Mariano Melgar, Región Arequipa). Cabe añadir que se ubicó a la niña favorecida en compañía de doña Peggy Valencia Tapullima (su madre) y que manifestó al juez del habeas corpus que vive con ella de manera voluntaria, quien además cubre sus necesidades de educación y vestido. Por tanto, en el contexto descrito, no se aprecia la alegada afectación del derecho a la libertad personal de la beneficiaria.

-En cuanto al segundo extremo de la demanda, el cual sostiene que el juez del habeas corpus debe disponer la entrega de la niña de iniciales R.Y.V.V. a su padre, don Adán Velásquez Sánchez, es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional ha dejado claro a través de su jurisprudencia que no cabe acudir a la judicatura constitucional para dilucidar temas propios de la judicatura ordinaria, tales como los relativos a los procesos de familia, tenencia o régimen de visitas. Asimismo, ha dicho que tampoco puede utilizarse la vía constitucional como un mecanismo ordinario de ejecución de acuerdos, resoluciones o sentencias, pues ello excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad (STC Exp. 00862-2010-PHC/TC; STC Exp. 00400-2010-PHC/TC y STC Exp. 02892-2010-PHC/TC). Y también ha precisado que en aquellos casos en los que las posibilidades de actuación de la judicatura ordinaria hayan sido claramente agotadas, cabrá acudir de manera excepcional a la judicatura constitucional (STC Exp. 0005-2011-PHC/TC).

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N 04829-2016-HC

Lima 31 de octubre del 2020

Sumilla: El artículo 159 de la Constitución establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como emitir dictámenes antes de la expedición de las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. Desde esta perspectiva, se entiende que el Fiscal no decide, sino que más bien pide que el órgano jurisdiccional juzgue o que, en su caso, determine la responsabilidad penal del acusado; esto es, que realiza su función persiguiendo el delito con denuncias o acusaciones, sin que ello suponga capacidad de juzgamiento o decisión. de la información en copias certificadas. No obstante, el Magistrado Blume Fortini (en su voto singular) opina que no debió declararse improcedente el Recurso de Agravio Constitucional, sino entrar al fondo del asunto y evaluar la pretensión del demandante

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N 00737-2018-HC
Arequipa, 31 de octubre del 2020

Sumilla: Este Tribunal aprecia que lo que realmente se pretende en el caso de autos es que la judicatura constitucional se pronuncie sobre la alegación de inocencia, subsunción de las conductas en un determinado tipo penal, la valoración de las pruebas y su suficiencia; así como la aplicación de un acuerdo plenario y una resolución suprema al proceso penal, y el pago de las costas constituyen aspectos propios de la judicatura ordinaria y no de la justicia constitucional.

Asimismo, respecto a la determinación de la pena impuesta es un elemento que le compete analizar a la judicatura ordinaria conforme a los límites mínimos y máximos establecidos en la legislación penal, toda vez que para su determinación se requiere del análisis de las pruebas que sustentan la responsabilidad penal del procesado, así como la aplicación de un acuerdo plenario al caso penal en concreto. Por consiguiente, en este extremo es de aplicación el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N 04771-2019-HC

Arequipa, 31 de octubre del 2020

Sumilla: Según se aprecia en los considerandos de la Resolución Directoral 019-2018-INPE/12 (folio 188), el pedido de traslado se sustentó en el Oficio 046-2018-INPE/19, de fecha 26 de enero de 2019, remitido por la Dirección de la Oficina Regional Sur de Arequipa, sobre propuesta de traslado por medidas de seguridad, en la causal de intento de fuga del favorecido. Asimismo, se analizó el Acta 005- 2018-INPE-19-331/CTP, de fecha 26 de diciembre de 2017 (folio 71), a través de la cual los integrantes del Consejo Técnico Penitenciario acordaron por unanimidad proponer el traslado por medida de seguridad del favorecido. En cuanto a este, en el Informe 011-2018-INPE/19-331-J.D.S (folio 49), se señala que falsificó la revisión de la Sentencia 196-2016-Tacna. A través de esta, la Corte Suprema de Justicia de la República reformaba a siete años la pena privativa de la libertad primigenia que vencería el 19 de enero de 2036 y comunicaba que esta vencía el 20 de enero de 2018, con la cual pretendió obtener su libertad. A partir del análisis de la conducta del favorecido, se concluye que existe una conducta inapropiada de su parte por intentar sorprender a la autoridad penitenciaria con el uso de documentos falsos para obtener su libertad. Por consiguiente, este Tribunal advierte que existieron razones que motivaron y sustentaron el traslado del favorecido del Establecimiento Penitenciario de Tacna al de Cochamarca (Cerro de Pasco) por razón de seguridad.

5.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N 01699-2018-HC

Lima 31 de octubre del 2020

En este sentido, la norma es clara respecto a que los periodos de trabajo en la aplicación temporal deben diferenciarse. Así, este Tribunal considera que el periodo en que laboró y estudió la recurrente estuvo vigente la Ley 26320, la cual en su artículo 4, prohibía el otorgamiento de beneficios penitenciarios para los sentenciados por el delito previsto por el artículo 296 del Código Penal, por lo que a la recurrente no le correspondía que se le haya otorgado beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación, toda vez que los días laborados y en los que accedió a la educación fueron realizados previo a la promulgación del Decreto Legislativo 1296, no contando para el cómputo de tal beneficio penitenciario.

Efectos de la sentencia 19. Al haberse estimado el recurso de agravio constitucional excepcional, corresponde que se declare nula la resolución de fecha 1 de marzo de 2018 expedida por la Sala Penal de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda de habeas corpus de autos, por la que se ordenó se le otorgue a la recurrente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y el estudio y que se disponga su libertad.

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N 03708-2019-HC

Lima 19 de octubre del 2020

Sumilla: En cuanto al alegato de la parte demandante en relación con la condena, consistente a que no existe ningún documento sobre los supuestos mensajes de Facebook con el agraviado; que existen contradicciones en las declaraciones de la madre y en las versiones del agraviado; que se ha tomado en cuenta lo dicho por testigos no presenciales; que un testigo se retractó de su imputación; que la Policía Nacional del Perú realizó una exhaustiva investigación y determinó que no existió delito de violación sexual; que debe ser absuelto de los cargos imputados, etc.; este Tribunal aprecia que lo que realmente se pretende es que la judicatura constitucional se pronuncie sobre la valoración de las pruebas y su suficiencia, los cuales constituyen aspectos propios de la judicatura ordinaria y no de la justicia constitucional. Por ello, en este extremo, debe rechazarse en aplicación del artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONTITUCIONAL

EXP. N 03176-2018-HC

Lima 19 de octubre del 2020

Sumilla: Este Tribunal, en reiterada y constante jurisprudencia, ha precisado que, si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad personal, toda vez que las actuaciones del Ministerio Público, en principio, son postulatorias, y no decisorias sobre lo que la judicatura resuelva. Por consiguiente, el Dictamen 45-2011-FS-FECOR, cuya nulidad se solicita, no tiene incidencia negativa, directa y concreta en la libertad personal de la favorecida.

5. Este Tribunal, en relación con el derecho al debido proceso, ha considerado que este derecho puede ser analizado a través del proceso de habeas corpus siempre que la presunta amenaza o violación al derecho constitucional conexo constituya también una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad personal. En el caso de autos, se solicita la nulidad del auto de enjuiciamiento de fecha 6 de junio de 2011; sin embargo, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el precitado auto, en sí mismo, no agravia el derecho a la libertad personal, puesto que no incide en una afectación negativa, directa y concreta en el mencionado derecho que constituye materia de tutela del proceso constitucional de habeas corpus.

8.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N 01651-2019-HC

Lima 17 de agosto del 2013

Sumilla: La Empresa de Transportes y Servicios Múltiples Moderno Express S.A. interpone demanda de hábeas data contra un Notario Público a fin de que se le informe quién solicitó la legalización de apertura del Libro de Actas de la empresa, y cómo es que ostentó la representación legal para poder realizar dicho trámite. El Tribunal

Constitucional declara improcedente la demanda pues el demandante pretende cuestionar el proceder del Notario, lo que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública.

9.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N 00769-2018-HC

Huánuco: 19 de octubre del 2020

Sumilla: Este Tribunal aprecia que lo que realmente se pretende en el caso de autos es que la judicatura constitucional se pronuncie sobre la valoración de las pruebas y su suficiencia, la aplicación del recurso de nulidad al proceso penal y asuntos de mera legalidad, constituyen aspectos propios de la judicatura ordinaria y no de la justicia constitucional. Por consiguiente, en este extremo es de aplicación el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

10.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N 03599-2017-HC

Lima: 19 de octubre del 2020

Sumilla: El principio de retroactividad benigna, regulado en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, dispone la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo.

Ello ocurre en este caso. El demandante fue sentenciado con la pena mínima prevista en el artículo 297 del Código Penal, por lo que al modificarse el mismo, estableciendo una sanción menor, correspondía que la sanción sea reducida al nuevo mínimo regulado.

No obstante, las resoluciones cuestionadas, emitidas por la Segunda Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Callao y por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declarando improcedente la sustitución de la pena solicitada por el favorecido, así como no haber nulidad en la precitada resolución (Expediente 2586-2002-97-0701-JR-PE04 / R.N. 3410-2013), no han considerado lo dispuesto por el citado artículo 103 de la Constitución.

XI. DIEZ DOCTRINAS ACTUALIZADAS, COMENTADAS (UTILIZAR EL SISTEMA APA ÚLTIMO), EN LAS DOCTRINAS CITADAS DEBEN FIGURAR EL COMENTARIO PERSONAL DE ÉSTAS.

1. Hábeas Corpus

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998. Estos derechos pueden definirse como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, p. 46.

Comentario:

El Doctrinario nos expresa el concepto del término Habeas Corpus, que se origina básicamente del derecho del respeto de la Dignidad del ser Humano, que la misma es reconocida a nivel nacional e internacional.

2. Hábeas Corpus

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico. Revista Peruana de Jurisprudencia, Nº 50. Para el caso peruano, los términos que se pueden emplear en referencia a estos derechos, son indistintamente derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos. Ya en otro lugar he argumentado las razones en el empleo indistinto de esta terminología para referirse a una misma realidad”. Pag. 3- 32

Comentario:

Estoy de acuerdo con el doctrinario, debido que el concepto de Habeas Corpus se puede emplear a derechos denominados derechos constitucionales, derechos fundamentales y derechos humanos

3. Hábeas Corpus Innovativo

DONAYRE MONTESINOS, Christian. El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional, Juristas, Lima 2005. El hábeas corpus procedente en estas circunstancias es el denominado hábeas corpus innovativo, el cual ha sido definido por el Tribunal Constitucional como aquel que “procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante, p. 181.

Comentario:

El Hábeas Corpus Innovativo, su finalidad es aunque haya cesado la amenaza o violación de la Libertad personal, asegura que tales situaciones no se repita en lo sucesivo para ello se solicita la intervención jurisdiccional.

4. Procedencia del Hábeas Corpus

CABANILLAS HERNÁNDEZ, Gilbert (2018) sostiene que es viable la procedencia del habeas corpus en materia de derecho de familia, para lo cual precisa: 13 “...En tanto la tenencia y el régimen de visitas no resultan eficaces a la protección de los principios de protección especial e interés superior del niño y a los derechos a crecer en ambiente de afecto y de seguridad moral y material, a tener una familia y no ser separado de ella; en tanto no basta con tener sentencia favorable para garantizar su eficacia, por lo que, en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de hábeas corpus, a fin de hacer efectivo la sentencia judicial a favor de uno de los padres...”.

Comentario:

Este autor esboza los fundamentos jurídicos que justifican el uso del hábeas corpus en el derecho de familia, partiendo de que la problemática está orientada a que siendo el proceso constitucional de hábeas corpus de naturaleza especial que protege la libertad individual corporal por antonomasia, se extienda al ámbito del Derecho de Familia, a fin de proteger la libertad, la dignidad, la libertad personal de la familia y de los menores, ya que no basta con tener sentencia favorable que ordene la tenencia o el régimen de visitas a favor de uno de los padres para garantizar su eficacia jurídica, razón por la cual en muchos casos se ha tenido que acudir al proceso de hábeas corpus para hacer efectivo la sentencia judicial a favor de uno de los padres.

5. La procedencia del Hábeas Corpus en la Tenencia y régimen de visitas.

LOBATO VARGAS, Karen (2016) propone la procedencia del habeas corpus en la tenencia y régimen de visitas precisando que: 14 “...Una sentencia emitida con fecha 2 de junio del 2009, no ha podido ser ejecutada hasta el 2014, razón como la expuesta hacen necesario plantear una salida eficaz a dicho problema; se propone sostener la procedencia de la Garantía Constitucional de Hábeas Corpus en el Derecho de Familia en casos relacionados con la tenencia y el régimen de visitas, cuando las posibilidades de actuación de la jurisdicción ordinaria son desbordadas”.

Comentario:

La autora en su tesis de grado sobre la garantía constitucional de hábeas corpus en los casos del derecho de familia sobre tenencia y régimen de visitas, deja claramente establecido cual es el escenario para la procedencia del habeas corpus en materia de derecho de familia, al referirse que cuando las posibilidades de actuación de los operadores jurídicos que laboran en la jurisdicción ordinaria se ven desbordadas; ello se puede graficar en que la realidad judicial a nivel nacional con ciertas excepciones, demuestra que una vez establecida por el A quo la tenencia y el régimen de visitas en favor de uno de los padres o de los familiares mediante sentencia consentida o ejecutoriada, dicha resolución en la mayoría de los casos puede tomar meses e incluso años en poder ser ejecutada prolongando su eficacia jurídica en el tiempo, en donde el más perjudicado es el menor ya que en ese tiempo no podrá reunirse o visitar a su otro padre afectando con ello su derecho a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; esta coyuntura obedece en muchos casos por la excesiva carga procesal, pero también existen casos en donde la culpa corresponde a la pasividad de las partes o la falta de impulso de oficio del magistrado.

6. Aplicación del Constitucionalismo.

(Sagues, 2007). Sagues anota la crítica de Prieto Sanchíz, quien dice que en esta línea de aplicación del constitucionalismo en todas las ramas privilegia el actuar del juez, “arrinconando” la actuación del Poder Legislativo

Comentario:

Efectivamente, el Constitucionalismo es un instrumento para poner fin a la arbitrariedad del Poder Legislativo a través del actuar del Juez.

7. La lucha por la libertad.

Gerardo Eto (Eto, 2002). Escribe que la lucha de las personas por su libertad frente al poder político ha existido siempre. Esta afirmación puede enmarcarse en una concepción liberal de la libertad. La libertad personal es lo más importante, entre los liberales, así también, para ellos, el individuo es el punto de partida de la ciudadanía y sujeto de derechos.

Comentario:

Considero que la lucha por la defensa del derecho a la Libertad ha sido una finalidad permanente del género humano, por cuanto es uno de los derechos inherentes de la persona humana.

8. Estado de Excepción frente al derecho de la Libertad.

(García V. , 2010). Víctor García Toma intenta conceptualizar al Estado de excepción como una situación de anormalidad en el Estado Constitucionalidad. Esta situación de anormalidad es una 66 de 130 circunstancia fáctica peligrosa y necesita una respuesta inmediata del Estado. Esta definición, aunque escueta, en líneas generales, podría ser útil para trabajar un concepto más real.

Comentario:

La Declaratoria del Estado de Emergencia tiene como finalidad la necesidad de asegurar la existencia misma del Estado y asegurar la libertad y la seguridad ciudadana.

9. La regulación de Habeas Data

Noguera Ramos, Ivan (1994). Detención y libertades en el proceso penal peruana. Finalidad del Habeas Corpus "La finalidad principal del Hábeas Corpus es el restablecimiento de la libertad personal vulnerada o amenazada; es decir, volver al estado anterior a la privación de libertad de la persona". Señala que "el Hábeas Corpus persigue dos finalidades: una Inmediata, es decir reponer el derecho violado o vulnerado y, la segunda: Mediata que es sancionar penalmente a los responsables".

078 170

Comentario:

En mi opinión, el objeto del Hábeas Corpus es restablecer un derecho constitucional (libertad personal y conexos) vulnerado, deteniéndolo o impidiendo su amenaza. El Hábeas Corpus no tiene como finalidad determinar responsabilidad penal del beneficiado por esta figura, solo verificar alguna amenaza o afectación de la libertad individual y, en caso de producirse, ordenar la reposición de las cosas al estado anterior.

10. Hábeas Corpus Reparador

Landa Arroyo, Cesar (2010). "Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Hábeas Corpus Reparador" "Se dirige contra detenciones calificadas de arbitrarias y se da bajo tres supuestos: Primero: Las producidas fuera de los supuestos del Mandato Judicial (escrito y motivado) o de flagrante delito, o también de la llamada 'Cuasi flagrancia'. Segundo: La que, pese a producirse dentro del Mandato judicial o flagrante delito se prolonguen por encima de las 24 horas más el término de la distancia en el caso de delitos comunes o de 15 días más el término de la distancia en el caso de delitos calificados, y; Tercero: Las ordenadas por funcionarios distintos a los jueces o por jueces que carecen de competencia y las que se ejecutan por personas distintas a la policía" (Pág. 249).

Comentario:

El Hábeas Corpus Reparador, tiene por finalidad y se dirige con detenciones arbitrarias, y es un medio para que el derecho de la Libertad sea restaurado.

XII. SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL EN EL SISTEMA PROCESAL MIXTO.

SÍNTESIS DEL PROCESO.

- En “la presente acción constitucional se solicita que se declare la nulidad de la Resolución de fecha catorce de setiembre del 2011 emitida por la Sexta Sala Especializada en lo penal para procesos con reos libres y ordene se emita una nueva resolución de conformidad con lo decidido por el Señor Fiscal Superior de la Sexta Fiscalía superior Penal de Lima y en la línea del voto singular en minoría del doctor Carlos Escobar Antezano y señala: “1) que han afectado el derecho a la debida motivación y a obtener una resolución razonable y fundada en derecho y menciona que la resolución emitida por la Sexta Sala Penal no se ha realizado una debida motivación al momento de emitir dicha resolución y por tanto carece de una falta de motivación adecuada, suficiente y congruente y 2) afectación al derecho al Debido Proceso- Principio Acusatorio debido a que la Sala ante el dictamen del titular de la acción penal que solicita se confirme el auto que declaró no haber mérito a abrir instrucción, decidió de manera arbitraria y usurpadora de la función del Ministerio Público, revocar la resolución del Décimo Segundo Juzgado Penal ordenando se apertura instrucción en contra del beneficiario, poniéndolo en un proceso sin fiscal y por tal razón se ha vulnerado el principio acusatorio”. La defensa “del beneficiario señala que el principio acusatorio establece la repartición de tareas en el proceso penal, el juzgamiento recae en el juez penal y la acusación en el Ministerio Público, es por ello, que no puede haber juicio sin acusación”. Si el Ministerio Público en cualquiera de sus instancias decide no incoar la acción penal o no acusar, el proceso penal debe concluir como lo ordena el Tribunal Constitucional. La sala penal no puede adoptar otra decisión que no sea la de archivar o poner fin a la incidencia, cuando el fiscal superior dictamina en contra del ejercicio de la acción penal. Así mismo, tenemos la declaración explicativa de la demanda de Habeas Corpus y precisa que los habeas corpus interpuestos a su favor versan sobre otros hechos.

- “El Juez del Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 09 de enero del 2012. RESUELVE ADMITIR a trámite el Proceso de Hábeas Corpus interpuesto a favor de Luis Castañeda Lossio contra los Magistrados de la Sexta Sala Penal con Reos Libre del Lima doctores Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro”.
- “El Procurador del Poder Judicial ejerce su acción de contradicción conforme se desprende a fojas ciento once y solicita se declare Improcedente la demanda constitucional estando a lo dispuesto por los artículo 1 y 2 del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) y por los siguientes fundamentos: 1) que la sala decidió en forma arbitraria y usurpadora de la función del Ministerio Público, revocar la resolución emitida por el Décimo Juzgado Penal de Lima y ordena que se aperture instrucción dentro de un proceso penal sin fiscal, lo que ha generado una vulneración al principio acusatorio, porque no puede haber juicio sin acusación, es decir no se puede continuar un proceso penal cuando el Ministerio Público no sostiene la acción penal”.

Además, “el Procurador precisa que el auto de apertura de instrucción constituye la primera resolución que dicta el juez y da inicio al proceso penal, si es que existe previamente la formalización de denuncia por parte del Fiscal, y dicha resolución se emite de acuerdo a los requisitos del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales”.

Si bien es cierto, “el Juez Penal no abrió instrucción en contra del hoy favorecido, también lo es que existía la formalización de la denuncia realizada por el Representante del Ministerio Público al existir indicios de la comisión de un delito, y el ejercicio de la acción penal está confiada al Ministerio Público, como lo dispone los incisos 1, 4 y 5 del artículo 159 de la Constitución, por ello el Fiscal el Fiscal Provincial apela el auto de No ha lugar a la apertura de Instrucción”. Que, “el Procurador considera que la defensa del beneficiario realiza una interpretación errónea a las jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre el contenido del Principio Acusatorio que está referida a la etapa intermedia y no al finalizar

una investigación preliminar, o sea antes de dar inicio al proceso”. El “demandante cuestiona que la sala no haya tenido en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso Umbert Sandoval – Exp: 2005- 2006-HC, en el cual se declara fundada la demanda, poniendo fin al proceso seguido contra Manuel Enrique Umbert Sandoval, ratificando la autoridad del Ministerio Público como único titular de la acción penal y si el proceso penal continúa pese a que el Representante del Ministerio Público en doble instancia decide no acusar, entonces se estaría vulnerando el principio acusatorio, pero el caso de autos es distinto al Caso Umbert Sandoval”l.

- “En un Proceso Constitucional no hay puntos controvertidos, y siendo material de cautelar un derecho constitucional en el presente proceso, el juez dicta sentencia”.
- Siendo que “el Proceso es por Habeas Corpus, el cual se da por la vulneración de un Derecho Constitucional que afecta el derecho a la Libertad y derechos conexos; dado la naturaleza del proceso. No hay audiencia de pruebas”.
- **SENTENCIA DEL JUZGADO ESPECIALIZADO.**

“La señora Juez del 18° Juzgado Penal de Lima, que resolvió declarar Infundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus promovida por el citado y dirigida contra las señoras Jueces Superiores Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro García, por supuesta vulneración a la Libertad Individual conexo con el Debido Proceso, relativo a la Motivación de Resoluciones Judiciales y además, contra el Principio Acusatorio”.

- **SENTENCIA DE SALA SUPERIOR.**

“La sentencia de Vista de fecha 11 de abril de 2012, la misma que Confirmó la resolución expedida por el a quo el 30 de enero de 2010, que declare Infundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por el recurrente contra las jueces Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro García por su resolución del 14 de setiembre de 2011 (Exp. 34432-2010) que revocó por mayoría el extremo de no abrir instrucción contra el recurrente”.

- **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

“Con sentencia de fecha 23 de agosto de 2013, en sesión de plano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, Resolvió: Declarar Fundada la demanda, y Ordenaron que, en el futuro la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima actué conforme al fundamento 9.c.”

En este sentido, “el dictamen del Fiscal Provincial Penal de Lima queda sin efecto su denuncia desde el momento en que Fiscal Superior dictaminó en contrario, es por ello que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente”.

XIII.- OPINIÓN ANÁLITICA DEL TRATAMIENTO DEL ASUNTO SUB- MATERIA (PERSONAL).

Estoy de acuerdo con la sentencia de fecha 23 de agosto de 2013, emitida por el Tribunal Constitucional, que resolvió declarar Fundada el Hábeas Corpus interpuesto a favor de Luis Castañeda Lossio contra los Magistrados de la Sexta Sala Penal con Reos Libre del Lima doctores Hilda Cecilia Piedra Rojas y Leonor Ángela Chamorro, y se ordenaron que en el futuro la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima actúe conforme al fundamento 9.c.

En este sentido, el dictamen del Fiscal Provincial Penal de Lima queda sin efecto su denuncia desde el momento en que Fiscal Superior dictaminó en contrario, es por ello que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente.

ANEXO 01. EVIDENCIA DE SIMILITUD DIGITA

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

por Alberto Arturo Alexander Isasi Chávez

Fecha de entrega: 21-sep-2021 07:42a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 1653803207

Nombre del archivo: PROCESO_DE_HABEAS_CORPUS_AAAIch.docx (51.72M)

Total de palabras: 4117

Total de caracteres: 21646

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.upci.edu.pe Fuente de Internet	7%
2	lpderecho.pe Fuente de Internet	5%
3	repositorio.upao.edu.pe Fuente de Internet	3%
4	m.monografias.com Fuente de Internet	3%
5	docplayer.es Fuente de Internet	3%
6	hhabogadoseconomistas.com Fuente de Internet	2%
7	Submitted to Universidad Peruana de Las Americas Trabajo del estudiante	1%

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 20 words

ANEXO 02. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN REPOSITORIO



FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN O TESIS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL UPCI

1.- DATOS DEL AUTOR

Apellidos y Nombres: ISASI chavez Alberto Arturo Alexander.
DNI: 47324017 Correo electrónico: alexander.izasi@gmail.com
Domicilio: Jr. las Turbolas 680 la Huayrona - S.J.L
Teléfono fijo: _____ Teléfono celular: 923 - 316 - 213

2.- IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJO Ó TESIS

Facultad/Escuela: Derecho y ciencias Políticas
Tipo: Trabajo de Investigación Bachiller () Tesis (x)
Título del Trabajo de Investigación / Tesis:
- " PROCESO DE HABEAS CORPUS " y
- " VARIACIÓN DE TENENCIA "

3.- OBTENER:

Bachiller () Título (x) Mg. () Dr. () PhD. ()

4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Por la presente declaro que el documento indicado en el ítem 2 es de mi autoría y exclusiva titularidad, ante tal razón autorizo a la Universidad Peruana Ciencias e Informática para publicar la versión electrónica en su Repositorio Institucional (<http://repositorio.upci.edu.pe>), según lo estipulado en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, Art23 y Art.33.

Autorizo la publicación de mi tesis (marque con una X):

- Sí, autorizo el depósito y publicación total.
 No, autorizo el depósito ni su publicación.

Como constancia firmo el presente documento en la ciudad de Lima, a los 03 días del mes de NOVIEMBRE del 2021.



Firma



**UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS E INFORMÁTICA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



"VARIACIÓN DE TENENCIA"

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

AUTOR:

BACH. ALBERTO ARTURO ALEXANDER ISASI CHAVEZ

ASESOR:

DR. FERNANDO ARMAS ZÁRATE

ID ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4390-438X>

DNI N° 07973958

LIMA-PERÚ

2021

MATERIA : VARIACIÓN DE TENENCIA

NUMERO DE EXPEDIENTE : 06269-2014

DEMANDANTE : MANUEL ALVAREZ CALDERON PIANA.

DEMANDADO : IRINA SILVIA MALAGA BERICH

ÍNDICE

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA -----	4
II. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA-----	6
III. SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – TACHAS-EXCEPCIONES -----	7
IV. FOTOCOPIA(S) DE RECAUDO(S) Y PRINCIPALES MEDIOS PROBATORIOS.-----	8
V. SÍNTESIS DEL AUTO DE SANEAMIENTO-----	18
VI. FIJACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS-----	19
VII. SÍNTESIS DE LA AUDIENCIA CONCILIATORIA * (SOLO EN ALIMENTOS) -----	19
VIII. SINTESIS DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS * -----	19
IX. ALEGATOS (PROCESO DE CONOCIMIENTO) -----	20
X. FOTOCOPIA DE LA SENTENCIA DEL JUEZ ESPECIALIZADO -----	21
XI. SÍNTESIS DE LA APELACIÓN DE SENTENCIA-----	28
XII. FOTOCOPIA DE LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE SUPERIOR. -----	29
XIII. SÍNTESIS DEL RECURSO DE CASACIÓN. -----	41
XIV. FOTOCOPIA DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA: CASACIÓN O SENTENCIA (ACCIÓN DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL), SI FUERA EL CASO. -----	44
XV. DIEZ JURISPRUDENCIAS DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS CON INDICACIÓN DE LA SUMILLA DE EXPEDIENTES QUE HUBIEREN SIDO RESUELTOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE, CON LA DEL EXPEDIENTE SU NÚMERO Y AÑO. -----	51
XVI. DIEZ DOCTRINAS ACTUALIZADAS, COMENTADAS Y ANALIZADAS POR EL BACHILLER SOBRE LA MATERIA CONTROVERTIDA (UTILIZAR ESTILO APA ÚLTIMO), EN LAS DOCTRINAS CITADAS DEBEN FIGURAR EL COMENTARIO PERSONAL DE ÉSTAS. -----	55
XVII. SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL O PROCEDIMENTAL SEGÚN SEA EL CASO. -----	61
ANEXO 01. EVIDENCIA DE SIMILITUD DIGITA-----	71
ANEXO 02. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN REPOSITORIO -----	74

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Que, por escrito de fojas treinta y siete a cuarenta y tres subsanado por escrito de fojas cincuenta y cuatro, don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana interpone demanda de Variación de Tenencia contra doña Irina Silvia Málaga Bekich, respecto a sus menores hijos Ariana Álvarez Calderón Málaga y Manuel Alonso Álvarez Calderón Málaga de siete y cinco años de edad al momento de interponer su acción. Refiere el demandante, que con fecha veintitrés de marzo del dos mil ocho contrajo matrimonio con la demandada Irinia Silvia Málaga Bekich, de cuya relación procrearon a sus dos menores hijos Ariana y Manuel Alonso Álvarez Calderón Málaga, quien en la actualidad viven conjuntamente con su señora madre en Malecón Grau N°307-309, departamento 602 del Distrito de Chorrillos, en la Provincia y Departamento de Lima. Indica también, que con la madre de sus menores hijos se encuentra separado por más de cuatro años debido a su conducta reprochable, por cuanto de una relación extramatrimonial ha procreado a una hija, sin embargo, en el entendido de que sus menores hijos podrían estar mejor con ella por la edad con que contaba, suscribieron un Acta de Conciliación Extrajudicial, donde se le otorgó a ella la Tenencia y Custodia de sus hijos y se acordó el Régimen de Visitas para él, lo que se viene incumpliendo por parte de la demandada en perjuicio de los derechos de sus menores hijos, que motiva la interposición de la presente demanda. Señala asimismo, que fue el incumplimiento de la demandada, que lo obligó a iniciar el proceso judicial de Ejecución de Acta de Conciliación respecto al extremo acordado sobre Régimen de Visitas, dictándose el auto definitivo que puso fin a la instancia, sin que haya sido objeto de recurso de impugnación alguno, por lo que quedó consentida, procediéndose a su ejecución; siendo requerida la demandada hasta en dos oportunidades para que se cumpla con lo ordenado, sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento ni podido visitar a sus dos menores hijos, como lo demuestra con las tres constataciones policiales efectuadas por la Comisaría del sector a su solicitud. Señalando finalmente, que en su condición de padre viene cumpliendo con pasar una pensión alimenticia en forma mensual de mil ochocientos nuevos soles, además del mantenimiento del departamento donde residen sus menores hijos y la madre, por haberse así dispuesto en el proceso sobre Reducción de Alimentos que fuera tramitado ante el

Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Chorrillos que le fijo dicha suma a favor de sus menores hijos. Ampara su demanda en lo establecido por los artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Perú, artículo 25 inciso 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 81, 82 y 91 del Código de los Niños y Adolescentes, como también en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

II. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

(Síntesis)

Resolución Nro.2

Lima, veintisiete de junio

Del dos mil catorce.-

AUTOS Y VISTOS : Al escrito presentado por el demandante : Téngase por cumplido con lo ordenado; y dando cuenta el escrito de demanda, y **ATENDIENDO**;

PRIMERO: Que, examinada la demanda que antecede se advierte que ésta reúne los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos contrario sensu en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.- **SEGUNDO**: Que, la acción interpuesta reviste un conflicto de intereses con relevancia jurídica, debiendo ser dilucidado por el órgano jurisdiccional a fin de brindar tutela jurisdiccional efectiva.-

TERCERO: Que, la pretensión invocada se encuentra circunscrita dentro de los alcances del artículo 81° del Código del Niño y del Adolescente, por lo que se califica en forma positiva. Por estos fundamentos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del cuerpo de normas invocado precedentemente,

Se resuelve:

ADMITIR a trámite la demanda interpuesta por **MANUEL ALVAREZ CALDERON PIANA**, sobre **RÉGIMEN DE VISITAS**, en contra de **IRINA SILVIA MALAGA BEKICH**; tramítese por la vía del proceso **ÚNICO**; en consecuencia, córrase traslado a la demandada por el plazo de cinco días para que la conteste con las formalidades establecidas en la norma adjetiva civil, bajo apercibimiento de declarársele rebelde, con conocimiento del Representante del Ministerio Público.

Dicho Auto admisorio fue corregida mediante resolución tres de fecha catorce de julio del dos mil catorce, ENTENDIÉNDOSE que la demanda es VARIACIÓN DE TENENCIA y no como erróneamente aparece consignado.

III. SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – TACHAS-EXCEPCIONES

La demandada doña Irina Silvia Málaga Bekich, quien al no contestar los términos de la demanda, fue declarada rebelde por la resolución cinco.

TACHAS – EXCEPCIONES: No se formuló Tachas y Excepciones por la parte demandada.



05885578

República del Perú



66722883

REPUBLICA DEL PERU
REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL
ACTA DE NACIMIENTO

CUI 72586-067



OFICINA REGISTRAL
31 10 / 2008 LIMA
SAN BORJA
ALVAREZ CALDERON
MANUEL ALONSO
LIMA
SAN BORJA
10 50 A 30 10 2008
2 CLINICA
MADRE: MALAGA
PATERNA: IRINA SILVIA
MALECON GRAU 311 DPTO 602 - CHORRILLOS
ALVAREZ CALDERON
MANUEL TULIO
DECLARANTE
ALVAREZ CALDERON
MANUEL TULIO
GUTIERREZ CARHUASLLA LUIS ANGEL

14 LIMA
40 MALAGA
1 MASCULINO
14 LIMA
40 MALAGA
1 MASCULINO
28 BEKICH
1 LIMA
29 PIANA
1 LIMA
29 PIANA
1 PADRE
1 40043371
1 40043371
10178891

TREINTA DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO
SANTA ISABEL AV. GUARDIA CIVIL N° 135

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL

Observaciones:
El firmante es el padre del niño.
Firma del declarante: *[Signature]*
Firma del registrador: *[Signature]*
Firma y Sello del Registrador: *[Signature]*
Firma y Sello del Registrador: *[Signature]*

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL



5 N° 10 - 1 - A

[Handwritten initials]



05885580



República del Perú



ANEXO 1-A



REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL

ACTA DE NACIMIENTO

N° 78305720
Código Único de Identificación
GUI

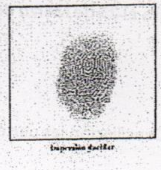
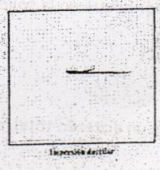
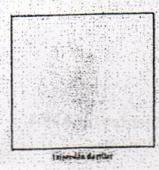
FECHA DE NACIMIENTO 13 DE SETIEMBRE DE 2013 HORA 08:52 AM
LOCALIDAD LIMA / LIMA / SAN BORJA (14-01-40 000)
LUGAR DE OCURRENCIA CLINICA SANTA ISABEL
SEXO FEMENINO

Nombre:	ALESSIA COCHELLA MALAGA	
DATOS DE LOS PADRES	PADRE	MADRE
Prenombres	DANTE MIGUEL	IRINA SILVIA
Primer Apellido	COCHELLA	MALAGA
Segundo Apellido	ROESSL	BEKICH
Nacionalidad	PERUANA	PERUANA
Documento de Identidad	DNI/LE 40884053	DNI/LE 40541389
Domicilio de la madre	CALLE LA CORUÑA 261 URB. LA ESTANCIA, LIMA-LIMA LA MOLINA	

FECHA DE REGISTRO 28 DE OCTUBRE DE 2013
OFICINA REGISTRAL LIMA / LIMA / SAN BORJA (14-01-40 000)
DECLARANTE / VINCULO IRINA SILVIA MALAGA BEKICH / MADRE
DOCUMENTO DE IDENTIDAD DNI/LE 40541389
REGISTRADOR CIVIL ORTIZ ROCANO, LUIS ENRIQUE
DNI 09427175
OBSERVACIONES

[Handwritten Signature]
Firma del Declarante

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL
[Handwritten Signature]
LUIS ENRIQUE ORTIZ ROCANO
REGISTRADOR CIVIL



COPIA CERTIFICADA 01-2010



CENTRO DE CONCILIACIÓN
CIBERTRIBUNAL PERUANO



CENTRO DE CONCILIACIÓN
Cibertribunal Peruano
Resolución Ministerial No.138-2000-JUS
Av. Santa Cruz No. 937
Miraflores

ANEXO 1-B

ACTA DE CONCILIACION No. 03-2010.

En la ciudad de Lima a los doce días del mes de Mayo del año dos mil diez ante mí, Ana Teresa García Pérez, identificada con D.N.I. No.07794440 en mi calidad de Conciliadora, debidamente autorizada por el Ministerio de Justicia mediante la acreditación No.4616, se presentó el señor Manuel Tulio Álvarez-Calderón Piana identificándose con DNI N° 40043371 indicando domicilio en Calle Monteflor N° 536, departamento 102, Distrito de Santiago de Surco asesorado por el Doctor Manuel Ortega Gonzalo con Registro del CAL Nro. 22364 y su cónyuge la señora Irina Málaga Bekich, con DNI N° 40541389 domiciliada en Malecón Grau N° 307, departamento 602, distrito de Chorrillos, Departamento y Provincia de Lima asesorada por la Dra. Yazmin Patricia Simon Regalado con Registro del CAL Nro. 23350, ambas partes debidamente notificados.

3 DOMG

ASISTENCIA DE AMBAS PARTES

Habiéndose citado a las partes conciliantes para la realización de la Audiencia de Conciliación como primera citación, el 16 de Abril del 2010 a las 10:00 a.m., contando con la asistencia del solicitante, se procedió a señalar una segunda fecha para el 22 de Abril a las 10 a.m., continuándose con las Audiencias los días: 28 de Abril a las 4 p.m., 7 de mayo a las 10:00 a.m. y para hoy, a las 9:30 a.m., contando con la asistencia de ambas partes.

Handwritten initials and marks on the left margin.

La Conciliadora les indica que este mecanismo de resolución de conflictos les permite iniciar una comunicación para poder conciliar en los temas solicitados y que les permita dentro de un clima de respeto y bajo la dirección del Conciliador poder solucionar la controversia en este caso, en bienestar de sus hijos y de la paz social.

DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA:

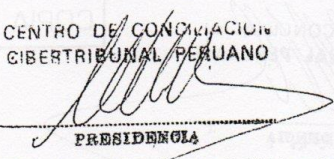
Según lo indicado en la solicitud, los conciliantes buscan acordar sus obligaciones de padres con sus menores hijos: Ariana Álvarez - Calderón Málaga, nacida el 18 de Abril del 2007 y Manuel Alonso Álvarez - Calderón Málaga nacido el 30 de Octubre del 2008. Asimismo las partes declaran ser casados ante la Municipalidad Distrital de San Isidro el 23 de Marzo del 2006 por lo que en la solicitud incluyen el estado del patrimonio conyugal.

ACUERDO TOTAL

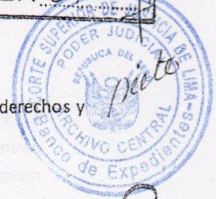
En esta etapa de la Audiencia de Conciliación las partes llegan a un acuerdo total, en los siguientes términos:

1.- Patria Potestad

En este tema, la Conciliadora les indica que ambos padres ejercen conjuntamente la Patria Potestad sobre sus dos menores hijos, en lo que indica los artículos 418, 419 y siguientes del Código Civil, que se les aplique,


PRESIDENCIA

1-3



por no ser parte de un convenio o acuerdo extrajudicial cualquier limitación o renuncia de sus derechos y obligaciones.

2.- Tenencia

Los conciliantes acuerdan que la tenencia estará a cargo de la madre, señora Irina Málaga Bekich, estableciéndose como domicilio con los hijos Malecón Grau N° 307, departamento 602, distrito de Chorrillos, Departamento y Provincia de Lima.

3.- Régimen de Visita

Los conciliantes acuerdan el Régimen de Visita, para que el padre salga con sus hijos:

Los días martes y jueves de 5 a 7 p.m.

Los fines de semana serán intercalados un sábado y el siguiente fin de semana un domingo. En los siguientes horarios: los sábados de 12:30 a 6:00 p.m. y de ser domingo desde las 9 a.m. a las 3 p.m.

Para las Fiestas Navideñas se acuerdo que el 24 de Diciembre saldrá a tomar un lonche entre las 3 p.m. a las 5 p.m. y el 25 de Diciembre será la salida desde las 2:30 p.m. a 6:30 p.m. Para el Año Nuevo el 1 de Enero la salida será de 2:30 a 6:30 p.m.

Con referencia a los días feriados calendarios o días feriados puentes no laborables que se aplican en el Perú, acordaron que serian intercalado el salir con sus hijos en un horario de 9 a.m. a 3 p.m., es decir, si la madre sale fuera de Lima con sus hijos, el siguiente feriado la madre permanecerá en Lima para que el padre puede visitarlos.

Todas estas salidas con el padre serán con el apoyo de una niñera, que de ser la salida domingos o feriados no laborables, será pagada por el padre ese día de trabajo de la niñera. En caso que no pudiera ser asistido por una niñera se cambiara la fecha de salida por un día de la semana o la señora Irina Málaga Bekich se encargara de colocarle un reemplazo.

Los conciliantes acuerdan que este régimen de visita puede ser modificado en la medida que ambos lo decidan en bienestar y desarrollo de sus hijos.

4.- Pensión de Alimentos para los menores hijos:

Los conciliantes acordaron la suma de dinero y la forma como se cumple con las obligaciones pecuniarias para la pensión de alimentos de sus dos hijos, en los siguientes términos:

4.1. El padre depositará la suma de S/. 3,800.00 (Tres mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles) en la cuenta de ahorro MN Nro. 194 15777490056 del Banco de Crédito del Perú, el día 30 de cada mes dándole una prórroga no más de cinco días en cancelar el monto acordado. Este dinero será empleado para las necesidades de alimentos, vestir y medicamentos de futuras enfermedades de niños, así en lo que se aplique para el pago de la niñera y mantenimiento del departamento donde vive la madre y los hijos.

4.2. El padre se compromete a asumir los gastos de educación, los que comprenden pago de matrícula, la mensualidad del centro de educación, los útiles escolares, el uniforme (de verano y de invierno) y los gastos de recreación que el instituto educativo organiza.

LB



[Handwritten signature]
PRESIDENCIA

4.3. El padre asume el pago de las dos actividades extracurriculares de ballet y gimnasia que su hija Ariana Álvarez - Calderón Málaga, asimismo a los derechos de la membresía como socio en el Club Regatas, donde realiza estas actividades.

4.4. La madre asume el pago de un seguro médico, y el padre efectuará el pago de las vacunas para niños que les corresponda según el cuadro de vacunación.

4.5. Los padres declaran que el departamento donde viven la madre y sus dos hijos, ubicado en Malecón Grau N° 307, departamento 602, distrito de Chorrillos, Departamento y Provincia de Lima, no les genera ningún pago de arrendamiento, siendo la única obligación de los conciliantes el pago del impuesto predial y de arbitrios.

5.- Patrimonio Conyugal

Los conciliantes acuerdan:

1. Los cónyuges declaran tener como bien conyugal el inmueble ubicado en Calle Arias Araguez 270 departamento 302 en el distrito de Miraflores, el que a la fecha se encuentra arrendado y que mediante este ingreso esta cancelando una hipoteca que lo afecta, estando a cargo del señor Manuel Tulio Álvarez-Calderón Piana el cumplir con depositar este ingreso para los pagos de las cuotas del préstamo hipotecario. Ambos cónyuges acuerdan dar en anticipo de legitima a sus dos menores hijos dicho inmueble, suscribiéndose una escritura pública que será anotada en Registros Públicos luego de haberse levantado la hipoteca. Cancelada la hipoteca este bien queda bajo la administración de la señora Irina Málaga Bekich.
2. Ambos cónyuges acuerdan comprar un departamento en un plazo máximo de dos meses en el Proyecto de Inmueble Aqualina ubicado en el distrito de Santiago de Surco, por el precio no mayor a US\$ 180,000.00. En este acto el señor Manuel Tulio Álvarez- Calderón Piana se compromete depositar como cuota inicial la suma de US\$ 115,000.00 y el saldo del precio será financiado por el sistema bancario, siendo de cargo del señor Manuel Tulio Álvarez- Calderón Piana de solicitar el crédito. Los pagos de las cuotas del crédito hipotecario se realizarán de la renta generada por el arrendamiento de este departamento que acuerdan los conciliantes suscribir para cumplir con la cancelación. Asimismo acuerdan que este bien será materia de Anticipo de Legítima para sus menores hijos. De no concretarse este proyecto en el plazo de dos meses señalado, se adquirirá otro inmueble por el precio antes pactado y con las mismas condiciones
3. Con referencia a los inmuebles mencionados en los puntos 1 y 2, acuerdan que serán entregados a uso y usufructo a la señora Irina Málaga Bekich.

En este acto se procede a firmar en señal de confirmar los acuerdos por los hechos acontecidos en este proceso de Conciliación Extrajudicial.

[Handwritten signature]
ANA TERESA GARCÍA PEREZ
Conciliador - Abogado
Reg. CAL 20017
Conciliadora N° 4616



COPIA CERTIFICADA 01.03.17

CENTRO DE CONCILIACION
GIBETRIBENAL PERUANO

RESIDENCIA

I-B



Manuel Tulio Álvarez-Calderón Piana
Manuel Tulio Álvarez-Calderón Piana
DNI Nro. 40043371

Irina Málaga Bekich
Irina Málaga Bekich
DNI Nro. 40541389



ANEXO - LC



14° JUZGADO FAMILIA

EXPEDIENTE : 13491-2011-0-1801-JR-FC-14
MATERIA : EJECUCION DE ACTA DE CONCILIACION
ESPECIALISTA : QUICANO CELADA CINDY JANISSE ALEXANDRA
DEMANDADO : MALAGA BEKICH, IRINA SILVIA
DEMANDANTE : ALVAREZCALDERON PIANA, MANUEL TULIO

Señora Juez:

En cumplimiento de mis funciones informo a usted que la ejecutada ha señalado su domicilio procesal a fojas 54; y del cargo de notificación de fojas 213-214 se puede advertir que la ejecutada ha sido debidamente notificada con la resolución 04 en su domicilio procesal. Es cuanto informo a usted para los fines pertinentes.

Lima, 26 de setiembre del 2013.

**Resolución Nro. DOCE
LIMA, VEINTISEIS DE SETIEMBRE
DEL DOS MIL TRECE**

Vista la razón que antecede: Téngase presente. **AUTOS Y VISTOS:**

Puestos en despacho en la fecha; y, **ATENDIENDO:**

PRIMERO: Que, por escrito de demanda don **MANUEL TULIO ALVAREZ-CALDERON PIANA** solicita la ejecución del Acta de Conciliación N° 03-2011 de fecha 12-05-10, a fin que se cumpla con el acuerdo contenido en el acta antes mencionada, el cual consiste en las visitas que el demandante efectuaría a sus menores hijos ARIANA Y MANUEL ALONSO ALVAREZ-CALDERON MALAGA, emplazando con dicho fin a doña IRINA SILVIA MALAGA BEKICH.

SEGUNDO: Que, admitida la demanda a trámite, mediante resolución 01 del 27-10-11 se expide el mandato ejecutivo, por lo que se requiere a la ejecutada para que cumpla con dar cumplimiento al régimen de visitas contenido en el acta de conciliación antes indicada bajo apercibimiento de multa. Que, la emplazada fue notificada con la demanda, anexos y resolución 01 conforme se advierte del cargo de fojas 18-19, y que mediante escrito de fecha 15-11-11 la demandada presenta su escrito de contestación; asimismo por resolución 02 se le requiere que cumpla con precisar si lo que formula es una contradicción y de

JUDICIAL
HRCP
HUGO RAUL CURI PARIONA
NOTIFICADOR
Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE LIMA

ANEXO A-C



ser el caso precise las causales. Posteriormente, mediante resolución 03 se declara nula la resolución 01 sólo en el extremo que concede el plazo de cinco días; debiendo entenderse que el plazo es de tres días; por lo que se le concede a la demandada el plazo de tres días a fin que precise la causal de su contradicción.

TERCERO: Que, mediante escrito de fecha 16-04-12, la demandada refiere subsanar las observaciones advertidas mediante resolución 03, indicando que la causal en que formula su contradicción es la contenida en el inciso 1 del artículo 690-D del Código Procesal Civil; por lo que mediante resolución 04 se rechazó la contradicción formulada por la demandada debido a que "...no constituye causal de contradicción para el título materia de ejecución..." y tráiganse para resolver; por lo que de conformidad a lo previsto en el artículo 690-E del Código Procesal Civil corresponde a esta judicatura ordenar llevar adelante la ejecución sin más trámite.

CUARTO: Que, mediante resolución 07 de fecha 07-12-12 se declara nulo el acto de notificación de la resolución 04 y nula la resolución 05.

QUINTO: Que, la resolución 04 de fecha 06-06-12 se dispone rechazar la contradicción y tráiganse para resolver; conforme la razón que antecede se aprecia, que esta resolución ha sido debidamente notificada a la ejecutada Irina Silvia Malaga Bekich.

Por lo que, estando a lo señalado en el considerando precedente, y en atención a lo previsto en el artículo 412 del Código Procesal Civil, se resuelve:

ORDENAR LLEVAR ADELANTE LA EJECUCIÓN hasta que la ejecutada **IRINA SILVIA MALAGA BEKICH** cumpla con el régimen de visitas contenido en el Acta de Conciliación Extrajudicial número 03-2010, de fecha 12 de mayo del 2010, con costas y costos. Reasumiendo sus funciones la Señora Juez Titular que suscribe.

PODER JUDICIAL
HRCF
HUGO RAUL CURI PARIONA
NOTIFICADOR
Juzgado de Familia de Lima

PODER JUDICIAL
HRCF
HUGO RAUL CURI PARIONA
NOTIFICADOR
Juzgado de Familia de Lima

ANEXO L-D



14° JUZGADO FAMILIA

EXPEDIENTE : 13491-2011-0-1801-JR-FC-14
MATERIA : EJECUCION DE ACTA DE CONCILIACION
ESPECIALISTA : QUICANO CELADA CINDY JANISSE ALEXANDRA
DEMANDADO : MALAGA BEKICH, IRINA SILVIA
DEMANDANTE : ALVAREZCALDERON PIANA, MANUEL TULIO

Señora Juez:

En cumplimiento de mis funciones informo a usted que las partes han sido notificadas con la resolución 12 conforme consta del reporte SERNOT que se anexa, y no han presentado ningún recurso impugnatorio hasta la fecha. Es cuanto informo a usted para los fines pertinentes.

Lima, 27 de noviembre del 2013

**Resolución Nro. CATORCE
LIMA, VEINTISIETE DE NOVIEMBRE
DEL DOS MIL TRECE**

Vista la razón que antecede: Téngase presente. Dando cuenta al escrito que antecede: Verificándose de autos que las partes no han interpuesto recurso de impugnación contra la resolución 12 de fecha 26-09-13, pese a encontrarse debidamente notificadas conforme se aprecia de los reportes del SERNOT que se anexan, y conforme lo dispuesto en el artículo 123° del Código Procesal Civil: "*Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: 1) No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos...*": **SE RESUELVE: DECLARAR CONSENTIDA** la resolución número 12 de fecha antes indicada.

Al pedido de requerimiento: Conforme lo dispuesto en el artículo 181° del Código de los Niños y Adolescentes: **REQUIERASE** a la ejecutada cumpla con el régimen de visitas contenido en el Acta de Conciliación Extrajudicial N° 03-2010 de fecha 12 de mayo del 2010 en el plazo de tres días bajo apercibimiento de multa. **NOTIFICANDOSE A LA EJECUTADA A SU DOMICILIO REAL Y PROCESAL.**

PODER JUDICIAL
HRCF
HUGO RAUL CURI PARIONA
NOTIFICADOR
Juzgado de Familia de Lima
CALLE SIERRA PEROTE DE LA UNIÓN 1000

V. SÍNTESIS DEL AUTO DE SANEAMIENTO

AUDIENCIA ÚNICA

DIECISÉIS DE OCTUBRE DEL DOS MIL CATORCE

RESOLUCIÓN S/N.

El juzgado luego de la revisión de los autos, se advierte que concurren los presupuestos procesales tales como, competencia del Juez, capacidad procesal, y requisitos de la demanda y las condiciones de la acción como son: legitimidad para obrar, interés para obrar y voluntad de la ley; Asimismo no se han deducido excepciones ni defensas previas; advierte que no existe vicio de nulidad alguno por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 555 del Código Procesal Civil: se declara **SANEADO** el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal valida.

VI. FIJACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Juzgado luego de declarar SANEADO EL PROCESO continuando con el estado del proceso, señala que corresponde escuchar a las partes asistentes a la AUDIENCIA ÚNICA a fin de que propongan los puntos controvertidos; luego de escuchar a las partes, la juez procede a la **FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**:

Determinar si es procedente otorgar la Variación de Tenencia de los menores **ARIANA y MANUEL ALONSO ALVAREZ- CALDERON MALAGA** a favor del accionante.

VII. SÍNTESIS DE LA AUDIENCIA CONCILIATORIA * (SOLO EN ALIMENTOS)

En el presente Proceso no se propone formula conciliatoria por la inasistencia de la parte demandada.

VIII. SINTESIS DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS *

En el presente Proceso nos encontramos frente a una demanda de Variación de Tenencia, tramitándose la misma como proceso único y el Juzgado cita a la AUDIENCIA ÚNICA, en la misma el Juez admite los medios probatorios de la parte demandante don MANUEL TULIO ALVAREZ CALDERON PIANA y habiendo sido declarado rebelde la parte demandada mediante resolución número cinco de fecha veintidós de setiembre del dos mil catorce. Asimismo, la Judicatura ordena PRUEBAS DE OFICIO: Evaluación psicológica a practicarse a la parte demandante y a la parte demandada; dispone una visita social en el domicilio de la parte demandante y demandada; solicita a la Dirección Migraciones del Ministerio del Interior respecto del Movimiento migratorio actualizado de la demandada; ordena una entrevista de los menores Adriana y Manuel Alonso Álvarez; y no habiendo concurrido los menores materia del presente proceso quienes además deben ser evaluados psicológicamente al igual que los padres, se cita a una audiencia

complementaria, la misma que se lleva a cabo sin la asistencia de la demandada, se prescinde de la entrevista de los menores antes mencionados.

En este acto, la Juez comunica que la audiencia ha culminado, y una vez que se remitan los informes sociales de las partes, el informe psicológico de la parte demandada y de los menores materia del presente proceso, los autos se remitirán al Ministerio Público para la emisión del dictamen de ley.


Una vez remitida actuados al Ministerio Público para el dictamen de ley; la misma que opina se declare Fundada la demanda de los presente autos.

IX. ALEGATOS (PROCESO DE CONOCIMIENTO)

En el proceso único no se emite informes de alegatos, y mediante resolución número dieciocho de fecha veinticuatro de agosto del dos mil quince, se pone los autos al Despacho para Sentenciar.

X. FOTOCOPIA DE LA SENTENCIA DEL JUEZ ESPECIALIZADO

24F
Doscientos cuarenta y siete



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTO JUZGADO DE FAMILIA**

SENTENCIA

EXPEDIENTE : N°06269-2014-0-1801-JR-FC-04
DEMANDANTE : MANUEL TULIO ALVAREZ CALDERON PIANA
DEMANDADO : IRINA SILVIA MALAGA BEKICH
MATERIA : VARIACIÓN DE TENENCIA
ESPECIALISTA L. : PATRICIA HERNANDEZ MEDINA

RESOLUCIÓN N° DIECINUEVE 4C
219115

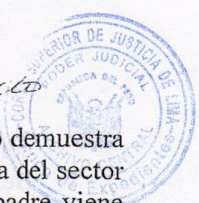
Lima, primero de setiembre del dos mil quince.-

VISTOS: Resulta de lo actuado, que por escrito de fojas treinta y siete a cuarenta y tres subsanado por escrito de fojas cincuenta y cuatro, don Manuel Tulio Alvarez Calderón Piana interpone demanda de Variación de Tenencia contra doña Irina Silvia Málaga Bekich, respecto a sus menores hijos Ariana Alvarez Calderón Málaga y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga de siete y cinco años de edad al momento de interponer su acción. Refiere el demandante, que con fecha veintitrés de marzo del dos mil ocho contrajo matrimonio con la demandada Irinia Silvia Málaga Bekich, de cuya relación procrearon a sus dos menores hijos Ariana y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga, quien en la actualidad viven conjuntamente con su señora madre en Malecón Grau N°307-309, departamento 602 del Distrito de Chorrillos, en la Provincia y Departamento de Lima. Indica también, que con la madre de sus menores hijos se encuentra separado por más de cuatro años debido a su conducta reprochable, por cuanto de una relación extramatrimonial ha procreado a una hija, sin embargo, en el entendido de que sus menores hijos podrían estar mejor con ella por la edad con que contaba, suscribieron una Acta de Conciliación Extrajudicial, donde se le otorgó a ella la Tenencia de Custodia de sus hijos y se acordó el Régimen de Visitas para él, lo que se viene incumpliendo por parte de la demandada en perjuicio de los derechos de sus menores hijos, que motiva la interposición de la presente demanda. Señala asimismo, que fue el incumplimiento de la demandada, que lo obligó a iniciar el proceso judicial de Ejecución de Acta de Conciliación respecto al extremo acordado sobre Régimen de Visitas, dictándose el auto definitivo que puso fin a la instancia, sin que haya sido objeto de recurso de impugnación alguno, por lo que quedó consentida, procediéndose a su ejecución; siendo requerida la demandada hasta en dos oportunidades para que se cumpla con lo ordenado, sin que hasta la fecha se haya dado

PODER JUDICIAL
Dra. Patricia Hernández Medina
Especialista Legal
Cuarto Juzgado de Familia
Corte Superior de Justicia de Lima

Dra. Aurora M. Chirriacurt Chamorro
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

248
Dasaites
uacvialécto



PODER JUDICIAL

[Signature]
Dra. AURORA M. CORTIÑA
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

cumplimiento ni podido visitar a sus dos menores hijos, como lo demuestra con las tres constataciones policiales efectuadas por la Comisaría del sector a su solicitud. Señalando finalmente, que en su condición de padre viene cumpliendo con pasar una pensión alimenticia en forma mensual de mil ochocientos nuevos soles, además del mantenimiento del departamento donde residen sus menores hijos y la madre, por haberse así dispuesto en el proceso sobre Reducción de Alimentos que fuera tramitado ante el Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Chorrillos que le fijo dicha suma a favor de sus menores hijos. Ampara su demanda en lo establecido por los artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Perú, artículo 25 inciso 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 81, 82 y 91 del Código de los Niños y Adolescentes, como también en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil. Que admitida que fuera la demanda por resolución número dos de fecha veintisiete de junio del dos mil catorce, corregida por la resolución número tres del catorce de julio del mismo año, se corre traslado a la demandada doña Irina Silvia Málaga Bekich, quien al no contestar los términos de la demanda, fue declarada rebelde por la resolución cinco, fijándose a su vez, la fecha para la Audiencia Única que se realiza el dieciséis de octubre del dos mil catorce como se verifica del Acta corriente en fojas ochenta y uno a ochenta y tres; siendo continuada el día dieciocho de noviembre del mismo año, reprogramada para el día once de diciembre y luego para el siete de enero del presente año, ante la inasistencia reiterada de la demandada, donde tampoco concurrió como se verifica del Acta de fojas ciento treinta a ciento treinta y uno. Que una vez de recibido los informes admitidos y dispuestos como medios de prueba, por resolución número diecisiete de fecha veinticuatro de julio del presente año, se dispuso remitirse los actuados al Ministerio Público, siendo devuelto con fecha diecinueve de agosto último, quedando la causa pedita para ser sentenciada por mandato de la resolución dieciocho; por que es llegado el momento de expedirse sentencia; y,

PODER JUDICIAL

[Signature]
Dra. Patricia Hevia López Noellina
Fiscal
Ministerio Público

CONSIDERANDO:

Primero.- Que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso, conforme lo establece el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Segundo.- Que don Manuel Tulio Alvarez Calderón Piana, solicita a través de la presente acción, la Variación de la Tenencia de sus menores hijos Ariana Alvarez Calderón Málaga y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga de ocho y seis años de edad en la actualidad, conforme se verifica de las Actas de Nacimiento de fojas dos y tres, la que la dirige contra su

249
Doseinta
cuatro



cónyuge y madre de los indicados menores doña Irina Silvia Málaga Bekich, por desconocer la situación de sus referidos menores hijos ante el incumplimiento del Régimen de Visitas acordado.-----

Tercero.- Que la Tenencia, es una institución derivada de la Patria Potestad, cuya finalidad es la de poner al niño, niña o adolescente bajo el cuidado de uno de los padres, a diferencia de la Patria Potestad, que establece los deberes y derechos que adquieren los padres con el reconocimiento de sus hijos; corresponderá por tanto del análisis de todo lo actuado, determinar si el accionante se encuentra en las condiciones apropiadas para disponerse la variación de la tenencia respecto a sus menores hijos Ariana y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga, por haberlo así demandado con fecha diez de junio del dos mil catorce. -----

Cuarto.- Que para el presente caso, se acredita con el Acta de Conciliación N°03-2010 suscrita ante el Centro de Conciliación Cibertribunal Peruano, que las partes con fecha doce de mayo del dos mil diez, arribaron a un acuerdo conciliatorio sobre la Tenencia y Custodia, Régimen de Visitas y Alimentos respecto a sus menores hijos Ariana y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga; estableciéndose que la tenencia y custodia de los referidos menores sería ejercida por la ahora demandada, estableciéndose para el demandante un régimen de visitas en la forma descrita en el Acta corriente en fojas seis a nueve.-----

Quinto.- Que la Conciliación es aquella institución mediante la cual las partes de común acuerdo concilian su conflicto de intereses; que de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 de la Ley de Conciliación N°26872, modificado por el Decreto Legislativo N° 1070, constituye un mecanismo alternativo para la solución de conflictos por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación Extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto; con mérito de ejecución al constituir un título de ejecución, de conformidad a lo también establecido por el artículo 18 de dicha norma.-----

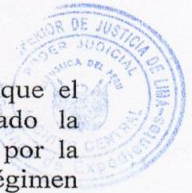
Sexto.- Que para establecer la pretensión incoada por el demandante, se considerara que en los casos sujetos en los que se encuentren involucrados niños, niñas y/o adolescentes, serán tratados como problemas humanos; debiendo considerarse el principio del interés superior del niño y el respeto a sus derechos, de conformidad con lo establecido por el artículo IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.-----

Sétimo.- Que en atención a la conceptualización normativa antes invocada, deberá valorar las pruebas ofrecidas por el demandante ante la declaración de rebeldía de la demandada, como las dispuestas de oficio por el Juzgado, a efectos de determinar lo más conveniente para los menores cuya variación de tenencia se está demandando; atendiendo además, a la conducta procesal desplegada por las partes en el transcurso del presente proceso.-----

PODER JUDICIAL
[Signature]
Dra. AURORA M. QUINTANA GURT-SHANNORRO
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
[Signature]
Dra. Patricia Hernández Meléndez
Especialista Legal
Cuarto Juzgado de Familia
Corte Superior de Justicia de Lima

250
Doscientos
cincuenta



PODER JUDICIAL
[Signature]
Dra. AURORA H. QUINONES CHET CHENOPHO
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Octavo.- Que analizado que fuera todo lo actuado, verificamos que el demandante Manuel Tulio Alvarez Calderón Piana, ha solicitado la Variación de la Tenencia y Custodia de sus dos menores hijos, por la negativa de la demandada a que pueda visitarlos; incumpliendo el Régimen de Visitas acordado en la Conciliación Extrajudicial N°03-2010 de fecha doce de mayo del dos mil diez , que diera mérito a la Ejecución de la referida Acta en el Proceso de Ejecución tramitado ante el Décimo Cuarto Juzgado de Familia de Lima, como se demuestra de las copias que obran en fojas siete a diecisiete; siendo el último requerimiento de fecha veinticuatro de enero del dos mil catorce, donde se le deja expedito su derecho a demandar la Variación de la Tenencia.-----

Noveno.- Que el referido demandante también ofrece como medios de prueba para acreditar su pretensión, las tres copias certificadas de las Ocurrencias Policiales de las Constataciones efectuadas ante la Comisaría PNP de Chorrillos en fechas diecisiete y diecinueve de diciembre del dos mil trece, como la de fecha quince de abril del dos mil catorce de fojas dieciocho a veinte, con las cuales nos demuestra del incumplimiento del régimen de vistas de parte de doña Irina Silvia Málaga Bekich.-----

Décimo.- Que el Incumplimiento del Régimen de Visitas, dará lugar a los apremios de ley, y en su caso de resistencia, podrá originar la Variación de la Tenencia, conforme se contempla expresamente en el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes; lo que se diera con la demandada ante su renuencia de manera reiterada, pese a los apremios de ley puestos a su conocimiento; más aún, si es el demandante quien viene cumpliendo con su obligación alimentaria, también acordado entre las partes, luego de que se produjera la reducción de la pensión alimenticia por sentencia de fecha dieciocho de diciembre del dos mil trece, ante el Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Chorrillos, como se acredita en fojas veintiuno a treinta y tres.--

Décimo Primero.- Que el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, prevé que cuando los padres estén separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.-----

Décimo Segundo.- Que para el caso que nos ocupa, se llega a determinar que las partes de común acuerdo con fecha doce de mayo del dos mil diez, concurren a un Centro de Conciliación Extrajudicial donde establecieron la Tenencia y Custodia de sus dos menores hijos Ariana y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga para ser ejercida por su progenitora y ahora demandada Irina Silvia Málaga Bekich, fijándose también en aquella oportunidad, el Régimen de Visitar para que el padre y ahora demandante Manuel Tulio Alvarez Calderón Piana pueda mantener las relaciones

PODER JUDICIAL
[Signature]
Dra. Patricia Hernández Medallas
Especialista Legal
Cuarto Juzgado de Familia
Corte Superior de Justicia en 1er

251
Doscientos
cincuenta



PODER JUDICIAL
Dña. Aurora M. Quiñana-Castellanos
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

personales con sus referidos hijos; donde además se estableció la pensión alimenticia del cual se encontraba obligado.-----

Décimo Tercero.- Que todo niño, niña y/o adolescente tiene el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como explícitamente se encuentra consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”; contemplándose a su vez, en el artículo 9.1 que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”; lo que también es reconocido en el artículo 8 de nuestro ordenamiento jurídico de la especialidad, al señalar que: El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia (...).¹-----

Décimo Cuarto.- Que en el presente proceso de Variación de la Tenencia de los dos menores Ariana y Manuel Alonso, no se ha apersonado de modo alguno la demandada doña Irina Silvia Málaga Bekich, pese de haber sido debidamente notificada de todos los actos procesales emitidos en el decurso del proceso; habiéndose comisionado inclusive al Juzgado Especializado de Familia de la jurisdicción donde domicilia la antes mencionada, a que realice un Informe Social de su vivienda y situación, ante su renuencia reiterada y manifiesta de apersonarse al juzgado a recabar los oficios dispuestos como medios de prueba, sin los resultados esperados, como se evidencia del Exhorto mandado librar obrante en fojas ciento noventa y tres a doscientos veinticinco; denotando su falta de interés por el resultado del proceso.-----

Décimo Quinto.- Que en cuanto a la idoneidad y capacidad del demandante para pretender la tenencia de sus dos menores hijos, se ha demostrado con el Protocolo de Pericia Psicológica que efectuara el Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia de Lima obrante en fojas ciento siete a ciento nueve, que concluye en señalar, que por las características observadas en el examinado, no tendría impedimentos para ejercer su rol paterno; lo que también fuera corroborado con el Informe Social practicado en su vivienda obrante en fojas ciento veinticuatro a ciento veintisiete, al determinarse que habita de manera independiente en un departamento ubicado en el Distrito de Miraflores, donde se tiene destinado un dormitorio para sus dos menores hijos con el mobiliario necesario y adecuado para los niños.-----

PODER JUDICIAL
Dña. Patricia Hernández Medalla
Especialista Legal
Cuatro Juzgado de Familia
Corte Superior de Justicia de Lima

¹ CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.- Artículo 8.- A vivir en una familia.- El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.



[Handwritten signature]
Dra. AURORA M. QUINTANA-GONZALEZ
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
[Handwritten signature]
Dra. Patricia Hernández Medallas
Especialista Legal
Cuarto Juzgado de Familia
Corte Superior de Justicia de Lima

Décimo Sexto.- Que en cuanto a la demandada, no se ha llegado a determinar de modo alguno su real situación, por cuanto siendo ésta quien viene ejerciendo la tenencia y custodia de sus dos menores hijos, se la requirió en varias oportunidades para que conduzca a sus hijos al juzgado para ser entrevistados y resolver en mejor forma la pretensión demandada en su contra, quien pese a su condición de rebelde, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 461 del Código Procesal Civil, nos causa presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda, hizo caso omiso a los reiterados apremios emitidos durante el proceso, teniéndose que prescindir de la entrevista de sus hijos en la continuación de audiencia de fecha siete de enero del año en curso, como de su evaluación psicológica y la de sus menores hijos por resolución trece de fecha trece de marzo del año en curso.-----

Décimo Séptimo.- Que la tenencia más recomendable para el bienestar y desarrollo físico, psicológico y emocional de todo niño, niña o adolescente, sería la ejercida conjuntamente por ambos padres; sin embargo, ante la separación de éstos por las circunstancias acontecidas, corresponderá a mi Despacho establecer si resulta amparable la variación de la tenencia solicitada por el demandante, atendiendo para ello, el Interés Superior del niño, al estar así reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde en su artículo 3.1 se establece que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el Interés Superior del Niño(...); como también, a lo recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.--

Décimo Octavo.- Que en concordancia con la normatividad antes mencionada, el Supremo intérprete de la Constitución, también se ha pronunciado en la Sentencia N°01817-2009-PHC/TC-LIMA, sobre el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, al establecerse en el fundamento 14, del tercer párrafo, (...) es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio del derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1° y 2° de la Constitución.-----

Décimo Noveno.- Que al haberse demostrado con lo actuado, que el demandante no tendría ningún impedimento para ejercer la Tenencia y Custodia de sus dos menores hijos Ariana y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga, le resulta amparable su pretensión demandada, debiendo por tanto y en ejecución de sentencia procederse a la entrega de sus dos menores hijos que en la actualidad se encuentran bajo la tenencia de su progenitora, de conformidad con lo establecido por el artículo 82 del Código de los Niños y Adolescentes; debiendo de darse el caso, efectuarse

253
Doscientos
cincuenta y tres



de manera progresiva siempre que se advierta de un posible trastorno que se pudiese suscitar por las circunstancias acontecidas.

Vigésimo.- Que las demás pruebas actuadas y no glosadas en la presente sentencia, en nada enervan lo señalado precedentemente; debiendo emitir pronunciamiento respecto a la condena de las costas y costos del proceso, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 412 del Código Procesal Civil, deben ser reembolsados por la parte vencida o perdedora, sin que sea necesario que hayan sido demandados; sin embargo, atendiendo el objeto, la naturaleza, las incidencias del proceso y que además se trata de un asunto de familia, en donde la demandada pudo haber tenido motivos en su accionar, corresponderá exonerarse a dicha parte su pago, lo que además no fuera solicitado por el demandante.

Fundamentos por los cuales, de conformidad con lo opinado por el señor representante del Ministerio Público en su dictamen de fojas doscientos treinta y nueve a doscientos cuarenta y cinco, en aplicación con lo dispuesto por los artículos 418 y 419 del Código Civil, artículos 81, 82 y 86 del Código de los Niños y Adolescentes, como a la previsión contenida en los artículos 188 y 196 del Código Procesal Civil, la Señora Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia en nombre de la Nación;

FALLA:

Declarando **FUNDADA** la demanda de fojas treinta y siete a cuarenta y tres subsanada por escrito de fojas cincuenta y cuatro, interpuesta por don **MANUEL TULIO ALVAREZ CALDERÓN PIANA** contra doña **IRINA SILVIA MÁLAGA BEKICH** sobre Variación de Tenencia; en consecuencia, se deberá Variar la Tenencia que venía ejerciendo la demandada respecto a sus menores hijos Ariana Alvarez Calderón Málaga y Manuel Alonso Alvarez Calderón Málaga, siendo el demandante Manuel Tulio Alvarez Calderón Piana, quien ejercerá la tenencia y custodia de sus referidos hijos; pudiendo las partes de común acuerdo establecer un régimen de vistas para que los referidos menores puedan mantener las relaciones personales con su progenitora.- **EXHORTÁNDOSE** a las partes a que depongan toda actitud de conflicto frente a sus menores hijos que altere su normal desarrollo físico y emocional; debiendo para ello recibir ambos la orientación psicológica necesaria que les permita ejercer de manera responsable el rol que a cada uno les compete por el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus menores hijos.-Sin costas ni costos del proceso.-Notifíquese.-

PODER JUDICIAL

Dra. AURORA M. QUINTANA CURT CHAMORRO
JUEZ TITULAR
4º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

Dra. Patricia Hernández Medina
Especialista Legal
Cuarto Juzgado de Familia
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

XI. SÍNTESIS DE LA APELACIÓN DE SENTENCIA

En la apelación de sentencia de la demandada; se señala que es materia de **apelación** la resolución número diecinueve: Sentencia de fecha uno de setiembre del año dos mil quince -folios 247/253-, en cuanto se declara Fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, interpuesta por don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana a doña Irina Silvia Málaga Bekich, en consecuencia ordena la Variación de la Tenencia que venía ejerciendo la demandada, respecto de sus dos menores hijos A.A.C.M. y M.A.A.C.M, merced al acuerdo al que arribaron ambas partes en el año dos mil diez, siendo el demandante quien ejercerá la tenencia de los referidos menores.

La apelante fundamenta su recurso impugnatorio básicamente en lo siguiente: **1)** la recurrida vulnera su derecho de defensa y al debido proceso, por cuanto no se le ha notificado del auto admisorio y la resolución que la declara rebelde, teniendo solo conocimiento de la sentencia, ya que ésta fue dejada bajo puerta; **2)** no se le puede otorgar la tenencia al demandante, toda vez que a la fecha no cumple con el pago de la pensión alimenticia, más aún, ha pedido la rebaja de dicha pensión; **3)** la *a quo* no ha tenido en cuenta, que la hija mayor le tiene terror al padre, por cuanto éste ha intentado llevársela a la fuerza, y respecto al hijo menor no existe relación afectiva, ya que desde su nacimiento no ha tenido trato alguno con aquel.

XII. FOTOCOPIA DE LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE SUPERIOR.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

Exp. N°6269 – 2014

Materia : Variación de Tenencia

Demandante : Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana

Demandada : Irina Silvia Málaga Bekich

Resolución número Diez

Lima, cinco de abril del dos mil dieciséis.-

VISTOS: interviniendo como ponente la señora Jueza Superior Álvarez Olazábal; con lo opinado por la señora Fiscal Superior de Familia; con la constancia de relatoría que antecede y **CONSIDERANDO:**

Primero: que es materia de **apelación** la resolución número diecinueve: Sentencia de fecha uno de setiembre del año dos mil quince -folios 247/253-, en cuanto se declara Fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, interpuesta por don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana a doña Irina Silvia Málaga Bekich, en consecuencia ordena la Variación de la Tenencia que venía ejerciendo la demandada, respecto de sus dos menores hijos A.A.C.M. y M.A.A.C.M¹, merced al acuerdo al que arribaron ambas partes en el año dos mil diez, siendo el demandante quien ejercerá la tenencia de los referidos menores;

Segundo: la apelante fundamenta su recurso impugnatorio básicamente en lo siguiente: **1)** la recurrida vulnera su derecho de defensa y al debido proceso, por cuanto no se le ha notificado del auto admisorio y la resolución que la declara rebelde, teniendo solo conocimiento de la sentencia, ya que ésta fue dejada bajo puerta; **2)** no se le puede otorgar la tenencia al demandante, toda vez que a la fecha no cumple con el pago de la pensión alimenticia, más aún, ha pedido la rebaja de dicha pensión; **3)** la *a quo* no ha tenido en cuenta, que la hija mayor le tiene terror al padre, por cuanto éste ha intentado llevársela a la fuerza, y respecto al hijo menor no existe relación afectiva, ya que desde su nacimiento no ha tenido trato alguno con aquel;

Tercero: que de acuerdo al Principio de Vinculación y de Formalidad: *“Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso...”*; así se encuentra establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil;

¹ Reglas N°83 y 84, de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Persona en condición de vulnerabilidad, aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana 4, 5 y 6 de marzo del 2008, a las cuales se adhirió el Poder Judicial Peruano, y son de obligatorio cumplimiento, para preservar la identidad de seres vulnerables RA N°266-2010-ce-pj del 26 de julio del 2010 del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Cuarto: que conforme establece el Código de los Niños y Adolescente, cuando los padres estén separados de hecho la tenencia de los hijos se determina de común acuerdo entre ellos, tomando en cuenta el parecer del niño o del adolescente, y en caso de no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el Juez Especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento tal como señala el artículo 81 del Código antes glosado, debiendo escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, conforme se prevé en el artículo 85 del citado cuerpo legal;

Quinto: que aunado a ello, al dictar una medida concerniente al niño y al adolescente, el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, el Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad Civil, una consideración primordial al expedirla debe ser el respeto al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, normado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, siendo por ello necesario tomar en consideración las pautas esbozadas por el Comité de los Derechos del Niño ONU, en su Observación General N°14 (2013), sobre este derecho del niño, niña y adolescente a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)²:

“46. Como ya se ha señalado, el “interés Superior del Niño” es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños para tomar una decisión sobre una medida concreta, se debería seguir los pasos que figura a continuación:

- a) En primer lugar, determinar cuales son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlo de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás.*
- b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías judiciales y la aplicación adecuada del derecho”,*

Sexto: que en cuanto a los medios probatorios, la Corte Suprema de la República ha sentado criterio en la Casación N°731 -2012: *“el numeral 197 del Código Procesal Civil regula la valoración de la prueba al señalar que “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenta su decisión”*. En virtud del numeral glosado, los medios probatorios forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados por el Juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para que a partir de dicha evaluación el juzgador se forme una cabal convicción respecto al asunto en litis, como lo señala el autor Bustamante Alarcón³, *“si el derecho a probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmando de los sujetos procesales, este derecho sería ilusorio*

² CRC/GC/14 Comité de los Derechos del Niño ONU, aprobada en el 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero del 2013)

³ Reynaldo Bustamante Alarcón, El Derecho Fundamental a probar y su contenido esencial. Ara Editores. P. 93.

*si el Juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso con el fin de sustentar su decisión*⁴;

Sétimo: fundamentos de la apelación: el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establece que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso, siendo un elemento de este principio, la debida notificación a las partes, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 155 del citado Código, el acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales, las que producen efectos, en virtud de la notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en el referido cuerpo normativo;

Octavo: que si bien la apelante alega se ha vulnerado su derecho de defensa y al debido proceso, al no haber sido debidamente notificada con las piezas procesales pertinentes, al respecto, se debe tener en cuenta lo regulado en el artículo 161 del Código Procesal Civil: *“si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en éste con el objeto de notificarlo. Si tampoco se le hallara en la nueva fecha, se entregará la cedula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o el encargado del edificio (...), si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará de bajo de la puerta...”*, asimismo, si el domicilio se encuentra en un edificio, debe entregarse preferentemente la cédula de notificación al encargado del edificio, y solo de negarse a recibir la cedula dicha persona, con la constancia respectiva, adherirlo en la puerta de acceso o dejarlo bajo puerta (Exp. N°1685-98)⁵; en ese sentido, de la revisión exhaustiva de los autos, se aprecia que la resolución que ordenó admitir a trámite la demanda obrante a fojas cincuenta y cinco, ha sido debidamente notificada a la recurrente, cumpliendo con las formalidades que señala la norma antes glosada, conforme es de verse del aviso y cédula de notificación -fojas sesenta y siete a sesenta y ocho-; asimismo, la resolución número cinco de fecha veintidós de setiembre del años dos mil catorce que la declaró rebelde y señaló fecha para la audiencia única -fojas 89/90-, también le fue notificada con igual formalidad, y posteriormente al no apersonarse al proceso ni acudir a la audiencia programada, se ordenó por la judicatura notificar, además, todas las resoluciones recaídas en el proceso, en el domicilio que figura en su ficha de datos Reniec -fojas ochenta y cuatro-, dado que tiene la calidad de una declaración jurada respecto a sus datos personales; asimismo, se advierte de los avisos y cargos de notificación de fojas 24, 25, 119, 120, 143, 144, 164, 165, 296, 297, 309 y 310, que fue notificada correctamente en ambos domicilios, de lo que se colige no ha existido vulneración al derecho de defensa de la demandada, no siendo por tanto amparable lo alegado por aquella en este extremo;

Noveno: que de otro lado, si bien la recurrente alega igualmente que el demandante no se encuentra al día en el pago de los alimentos fijados a favor de los hijos menores de edad, y por ello considera debe declararse

⁴ Casación N°731-2012. Lambayeque. Normas Legales de fecha 30/06/2014. P. 53809.

⁵ Marianella Ledesma Narváez - Comentarios al Código Procesal Civil - Tomo I, P.442 Editorial Gaceta Jurídica 4ta edición agosto 2012

improcedente su pretensión sobre Variación de la Tenencia, al respecto debe tenerse en cuenta que la Patria Potestad como derecho bifronte (deber/derecho), la ostentan ambos padres, y por ello, conforme lo establece el artículo 418 del Código Civil, ambos tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos; que respecto al cumplimiento de los alimentos judicialmente establecidos con los que debe cumplir el progenitor, de la consulta efectuada a la página web del Poder Judicial: Corte Superior de Justicia de Lima Sur, sobre el estado actual del expediente n° 210-2011 procedente del Juzgado de Paz Letrado de Chorrillos, se comprueba que con fecha veinte de enero del dos mil quince, el Superior en grado confirmó la sentencia dictada por dicha Judicatura de Paz, sobre reducción de la pensión de alimentos acordada vía conciliación por las partes a favor de sus menores hijos –fojas 6/9-, estableciéndola en la suma de mil ochocientos nuevos soles; por lo tanto, conforme se aprecia de los vouchers que adjuntó el actor en este proceso –fojas 47/53-, él se encontraba al día en cuanto a su obligación alimentaria al interponer la demanda, lo que contradice lo alegado por la recurrente, no habiendo ella adjuntado por su parte prueba fehaciente que acredite su alegación de incumplimiento;

Décimo: que ahora bien, para adoptar una decisión a favor de los dos niños cuya variación de tenencia solicita el actor, es necesario efectuar el análisis conjunto y razonado tanto de los medios de prueba ofrecidos por el accionante, así como de los informes multidisciplinarios acopiados, dado que se atribuye a la madre el impedir el restablecimiento de la relación paterno-filial, pese al acuerdo conciliatorio arribado por las partes en el año dos mil diez; que en cuanto al citado acuerdo tal como se advierte del acta de conciliación obrante de fojas seis a ocho, en efecto ellos habían establecido horarios tanto para dos de los días útiles, así como los fines de semana intercalados, e igualmente para las fiestas navideñas y los días feriados o no laborables, con el apoyo de una niñera; que en principio este Colegiado reitera que conforme a la doctrina especializada, el régimen de visitas tiene raíz en el derecho del hijo a un desarrollo integral, y por ello se tiene como principal sujeto titular beneficiario al menor de edad⁶; que es por ello que se tiene en cuenta que, ante el décimo cuarto Juzgado de Familia conforme se aprecia del caudal probatorio, existe otro proceso judicial (expediente 13491-2011), sobre Ejecución de Acta de Conciliación, en el cual se ha ordenado precisamente llevar adelante la ejecución del citado acuerdo toda vez que la demandada no cumplía con el régimen de visitas paterno; asimismo se han extraído del Sistema web del Poder Judicial, las copias que se acompañan al presente, para actualizar la información del citado trámite, del cual se advierte que ha sido ordenado el remitir copias certificadas a la Fiscalía Provincial Penal para que proceda conforme a sus atribuciones, ante el incumplimiento reiterado de la madre al régimen de visitas acordado, lo que pone en evidencia que la madre ha mantenido una conducta renuente o de obstrucción a dicho régimen de visitas;

Décimo primero: así se comprueba, además del mérito del expediente antes señalado sobre ejecución del acta de conciliación, igualmente de las constataciones policiales acompañadas en autos –fojas dieciocho a veinte-,

⁶Gaceta Civil & Procesal Civil – Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. P. 108. – Cillero Bruñol. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño"

habiéndose apersonado el accionante al domicilio de la demandada en reiteradas ocasiones en cumplimiento del régimen de visitas acordado, con resultado negativo, toda vez que conforme se dejó constancia por parte del efectivo policial, doña Irina Málaga Bekich no se encontraba en su domicilio con los menores en la fecha y horarios acordados para la visita paterna, y en otra ocasión, luego de tocar en reiteradas veces el intercomunicador, este fue apagado, y al entrevistarse con el servicio de vigilancia del edificio le manifestaron que el vehículo de la referida, se encontraba en la cochera, es decir se asumía que ella se encontraba en su domicilio; asimismo, con fecha dieciséis de abril del dos mil catorce, al tocar nuevamente el intercomunicador, le contestó una voz femenina manifestando que respecto al régimen de visitas paterno, se comuniquen con el abogado de la demandada, luego de lo cual se escucharon insultos hacia el demandante, dejándose constancia de tales hechos por parte de la autoridad policial respectiva;

Décimo segundo: que conforme regula el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes:

*“el incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley, y en caso de resistencia podrá originar la **variación de la Tenencia...**”*,

por lo que la conducta negativa de la madre, pese a los apremios dictados por su incumplimiento, se ha venido manifestando de forma reiterada, al extremo que los niños han venido creciendo sin contacto o relación alguna con el padre hasta la fecha, por lo que se debe tener en cuenta lo establecido en el inciso 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*; por lo tanto, el padre o madre a quien se le imposibilite visitar a sus hijos, incumpliendo indebidamente una resolución judicial, como en el presente caso, tiene derecho a solicitar la variación de la tenencia en cuyo caso el otro padre perderá la tenencia, sanción legalmente establecida al no cumplir debidamente el acta de conciliación judicial, o los términos de la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la del proceso de divorcio por mutuo acuerdo o por causal en su caso⁷, pues no se ha justificado dicha renuencia; en ese sentido, de la revisión exhaustiva de las pruebas aportadas al presente proceso, se encuentra debidamente comprobado que la demandada no ha permitido se lleve a cabo una relación paterno-filial mediante el régimen de visitas por ellos acordado vía conciliación, pues en reiteradas oportunidades ha impedido su cumplimiento, vulnerando el derecho de los hijos de relacionarse con su progenitor y él de éste a mantener una relación adecuada con sus hijos, hecho que se viene dando hasta la fecha conforme se aprecia de las copias que se adjuntan a la presente, recabadas de la consulta de expedientes en el proceso ya citado de Ejecución de Acta de Conciliación de Régimen de Visitas (Expediente n° 13491-2011-0-1801-JR-FC-14), seguido ante el catorce Juzgado de Familia de Lima;

Décimo tercero: que si bien la señora Fiscal Adjunta Superior opina en el dictamen precedente que sea declarada nula la sentencia pues a su entender

⁷ Gaceta Civil & Procesal Civil – Patria Potestad, Tenencia y Alimentos. P. 114, tercer párrafo.

la actuación probatoria fue escasa, y por tanto debían recabarse informes de los otros procesos seguidos entre las partes, señalando el de Ejecución de Acta de Conciliación y de Alimentos antes referidos, las copias extraídas del primero permiten corroborar que la madre mantiene su conducta obstruccionista en cuanto al régimen de visitas, y del segundo la información extraída de la página web de la Corte de Lima Sur permite establecer que el padre se encuentra cumpliendo con la pensión luego de haber obtenido su reducción en vía judicial, por lo que no corresponde amparar el pedido fiscal de nulidad; asimismo la Fiscalía solicitó tal declaratoria de nulidad, para obtener las declaraciones así como las pericias psicológicas de los dos menores y la de su señora madre, sin embargo en cuanto a dichos medios de prueba, debe tenerse en cuenta conforme se aprecia del acta de la Audiencia Única –fojas 82-, que la juzgadora en efecto ordenó precisamente tanto la evaluación psicológica de la demandada como de los menores, e igualmente las declaraciones de éstos últimos, al igual que el informe previa visita social al domicilio de aquella, sin embargo, de los cargos de notificación que obran en autos, se aprecia que a pesar de estar debidamente notificada la demandada no ha dado fiel cumplimiento a lo ordenado, esto es, llevar a cabo tales pericias o presentarse a las citaciones efectuadas; asimismo, de fojas 209 y 222 se aprecian los informes de la Asistente Social del Equipo Multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur a la cual se tuvo que librar exhorto para llevar a cabo el Informe Social en el hogar materno, siendo que dicha profesional se apersonó en dos oportunidades al domicilio de doña Irina Málaga Bekich, sito en: *Malecón Grau N°307-309 Departamento N°602 – Distrito de Chorrillos*, domicilio que coincide con el señalado en el Acta de Conciliación –fojas seis-, habiéndose obtenido resultado negativo toda vez que conforme se aprecia de dichos informes, la demandada no se encontraba en su domicilio y se procedió a dejar la citación al encargado del edificio, a fin de que ella se apersonara al referido equipo multidisciplinario el diecinueve de diciembre del dos mil catorce, fecha en la cual no se presentó; que en segunda visita, con fecha uno de junio del dos mil quince, la profesional del servicio social se entrevistó con el conserje, quien le manifestó que la visitada se encontraba en su domicilio, por lo que se procedió a llamar por el intercomunicador sin obtener respuesta alguna, y en una tercera oportunidad contestaron y luego cortaron, procediéndose a dejarse una segunda citación con el conserje para el tres de junio del mismo año, sin que se haya apersonado en la fecha indicada;

Décimo cuarto: que este Colegiado asimismo, teniendo en cuenta lo detallado en considerando precedente, al advertir que la demandada ha sostenido permanentemente una conducta obstruccionista a la realización de las diligencias ordenadas en el presente caso, al no dar cumplimiento a lo ordenado por la *a quo* en el decurso del proceso precisamente en cuanto a los informes del equipo multidisciplinario que fueran ordenados por la judicatura, como tampoco llevó a sus menores hijos, dado el tiempo que ha tomado el trámite o gestión para obtener dichos informes y su reiteración de los mandatos, pese a los cuales la demandada no se presentó, y teniendo en cuenta que habiéndose iniciado el proceso en el año dos mil catorce, para mejor resolver ante la necesidad de contar con la opinión de los niños dado su edad a la fecha, con arreglo a lo establecido en los artículos: doce de la Convención sobre los Derechos del Niño y noveno del Código de los Niños,

pues se trata de seres humanos sujetos de derechos, tal como ha esbozado el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n°12 (2009)⁸:

“Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación”,

Y a efecto de impulsar el trámite, este Colegiado mediante resolución número seis de fecha veintidós de enero del presente –fojas 361-, procedió a citar a las partes conjuntamente con los menores a una Audiencia Complementaria en esta instancia, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, esto es, contar con su opinión antes de resolver; sin embargo, mediante escrito de fecha nueve de marzo del presente –fojas 387/391- doña Irina Málaga Bekich, **dejó constancia que ella no asistiría ni traería a los menores a la citada audiencia**, al considerar que no existen garantías para impedir que la intención del demandante esto es, según ella, de llevarse a los niños a la fuerza, sea materializada en el acto de la audiencia; que al respecto cabe acotar que la conducta de la demandada en el transcurso de todo el proceso conforme ha quedado evidenciado, es la de optar de manera unilateral, por mantener a los niños alejados de su progenitor, impidiendo la continuidad del vínculo paterno-filial, pese al acuerdo conciliatorio al que ellos mismos arribaron voluntariamente, en claro abuso de su posición, al no acatar las disposiciones de la autoridad judicial respecto al acuerdo conciliatorio al que ellos arribaron; que ello revela igualmente su falta de compromiso con la defensa de los derechos de los niños a tener contacto con su padre y a no ser separados injustificadamente, dado que dicha relación es considerada un derecho fundamental para todo ser humano en etapa de formación, del cual se desprenden otros derechos mas como el de la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, a fin de satisfacer sus necesidades afectivas y psicológicas, para asegurar su desenvolvimiento futuro, considerándose el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos, un elemento trascendental para su crecimiento, aun cuando los padres estén separados, y por ello deben estar garantizadas las relaciones que todo niño, niña o adolescente debe mantener con cada uno de ellos⁹;

Décimo quinto: que si bien ella alega que tal conducta es motivada por las negativas experiencias que ha atravesado como pareja con el demandante, y a los intentos de éste último de arrebatarle a sus hijos, pues afirma él siempre ha actuado con violencia y prepotencia, del resultado de la pericia psicológica practicada al actor en cuanto a las características de su personalidad no se evidencia que éste sea una persona violenta, por el contrario se revela: *“...muestra interés en sus hijos y en adaptarse a otras posibilidades para obtener el contacto. Las características observadas en el señor Álvarez Calderón no son impedimentos para ejercer su rol paterno”*; que si bien la recurrente alega que la hija mayor le tiene terror a su padre, ello no ha sido acreditado con prueba fehaciente, y si bien manifiesta igualmente que el hijo menor no tiene trato con aquel, como ya se ha señalado líneas arriba, la obstrucción de la relación paterno filial es imputable a la conducta de la

⁸ CRC/C/GC/12 DEL 20 DE Julio del 2009

⁹Sentencia del T.C Exp.N° 1817-2009-PHC/TC. Pág.6.

demandada, por lo tanto es evidente que se ha impedido que el niño tenga trato con él hasta la fecha;

Décimo sexto: que en todo caso, y tomando en cuenta la fecha de inicio de este proceso como ya se ha señalado *ut supra* –casi dos años de trámite-, la conducta procesal de la demandada y la obstrucción permanente al régimen de visitas paterno, su renuencia a presentarse ante la autoridad para llevar a cabo los informes tanto social como psicológicos a ella y a sus menores hijos, así como el estado actual del proceso sobre Ejecución de Acta de Conciliación, conforme a la consulta efectuada en el sistema al expediente 13491-2011 originario del 14° Juzgado Especializado de Familia, en el cual con fecha quince de enero del dos mil quince ordenó hacer efectivo el apercibimiento decretado contra la recurrente remitiendo copias certificadas al Ministerio Público para que actúe con arreglo a sus atribuciones, llevan irremediablemente a denegar lo opinado por la representante del Ministerio Público en cuanto a la nulidad de la sentencia, al no existir causal alguna de nulidad, pues no puede prolongarse el trámite mas tiempo, y dados los medios de prueba ya detallados y la conducta de la demandada, confirmar la apelada en cuanto se ordena la Variación de la Tenencia de los dos menores hijos, a favor del actor;

Décimo sétimo: no obstante declararse fundada la demanda, dada la edad de los niños a la fecha actual así como el mayor tiempo en el cual han permanecido con la madre, y el tiempo que por decisión unilateral de ésta, no han tenido ellos contacto con el padre, este Colegiado considera que no puede realizarse la variación de la tenencia en forma automática como ha ordenado la *a quo*, sino que es necesario para no afectarlos, realizarla en forma progresiva o gradualmente, para evitar algún desequilibrio o merma a la estabilidad emocional de ambos niños, tal como prescribe el parágrafo primero del artículo 82 del Código de los Niños y adolescentes, y se impone igualmente en el desarrollo de esta variación progresiva, contar con la asesoría del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior, para conocer como evoluciona el contacto paterno filial y la forma en que los niños lo van asimilando, para que la progresividad el retomar el contacto paterno resulte de fácil aceptación para ellos;

Décimo octavo: por ello se deben establecer periodos que involucren acercamiento y posibilidad de retomar la relación afectiva con los niños, para lo cual se debe contar con un lugar neutral como es la *Sala de Encuentro Familiar* de esta Corte Superior (segundo piso sede Alzamora Valdez), en la cual se llevarán a cabo las primeras etapas de este reencuentro paterno filial, estableciéndose fases diferenciadas y progresivas:

Primer trimestre: la ejecución del presente mandato comenzará en esta primera fase, en que la madre traerá a sus dos menores hijos a dicha *Sala de Encuentro familiar*, a efecto que los dos niños puedan desarrollar un contacto cotidiano con el padre durante el primer trimestre: tres veces a la semana, lunes, miércoles y viernes, después de su jornada escolar, en el horario de cuatro a cuatro a cuatro y cuarenticinco de la tarde, bajo la supervisión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior durante la

realización de dichos encuentros, quienes remitirán un informe semanal al Juzgado sobre lo acontecido, pudiendo la madre retirarse con los niños al concluir dicho horario;

Segundo trimestre: si los informes de los psicólogos son positivos durante el primer trimestre antes señalado, pues caso contrario se mantendrá el horario y fechas antes señalado por un trimestre mas, con la misma supervisión e informe del equipo de psicólogos, para el segundo trimestre el padre continuará desarrollando este contacto familiar con sus menores hijos los días útiles: lunes, miércoles y viernes, de cuatro a cuatro a cuatro y cuarenticinco de la tarde, bajo la supervisión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior durante la realización de dichos encuentros, quienes remitirán un informe semanal al Juzgado sobre lo acontecido, pudiendo la madre retirarse con los niños al concluir dicho horario, pero además se añadirá la visita del padre a sus menores hijos los días sábados en el horario de diez de la mañana a seis de la tarde, en que podrá externarlos del hogar materno en compañía de una persona que la madre designe para que los acompañe durante la realización de dichas visitas, y devolviéndolos al hogar materno culminado dicho horario, debiendo igualmente llevarse a cabo evaluaciones mensuales a ambos niños por el área de psicología, y en caso de no resultar positivas, se ampliarán por un trimestre mas estos encuentros previstos para el segundo trimestre, con igual supervisión psicológica;

Tercer Trimestre: si los informes de los psicólogos son positivos durante el segundo trimestre antes señalado, pues caso contrario se mantendrá el horario y fechas antes señalado por un trimestre mas, con la misma supervisión e informe del equipo de psicólogos, para el tercer trimestre el padre continuará desarrollando este contacto familiar con sus menores hijos los días útiles: lunes, miércoles y viernes, de cuatro a cuatro a cuatro y cuarenticinco de la tarde, bajo la supervisión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior durante la realización de dichos encuentros en la Sala Familiar, debiendo los psicólogos remitir un informe semanal al Juzgado sobre lo acontecido, pudiendo la madre retirarse con los niños al concluir dicho horario, añadiéndose en esta tercera etapa que el padre podrá recoger a sus menores hijos del hogar materno los días: primer y tercer domingo, segundo y cuarto sábado del mes, externándolos en compañía de una persona que la madre designe para que los acompañe durante la realización de dichas visitas, en el horario de nueve de la mañana a ocho de la noche, en que los devolverá al hogar materno, debiendo igualmente llevarse a cabo evaluaciones mensuales a ambos niños por el área de psicología, y en caso de no resultar positivas, se ampliarán por un trimestre mas estos encuentros, con igual supervisión psicológica;

Cuarto Trimestre: con los resultados positivos de los informes psicológicos durante los tres trimestres antes señalados –caso contrario se prolongará un trimestre mas el horario de visitas señalado para el tercer trimestre-, la tenencia será variada a favor del progenitor, quien tendrá a los niños en su hogar y se hará cargo de ellos, debiendo conducirlos al servicio de psicología de esta Corte Superior en forma semanal, para conocer la evolución de los niños en el nuevo hogar y de advertirse que no resulta positivo para ellos, se volverá al horario de los encuentros previsto para el tercer trimestre;

Décimo noveno: asimismo se señalará un régimen de visitas a favor de la madre para que pueda visitar a sus menores hijos a partir del cuarto trimestre, en el siguiente horario:

Lunes miércoles y viernes, podrá recoger a sus menores hijos del colegio, y permanecer con ellos hasta las ocho de la noche en que los devolverá al hogar paterno;

El primer y tercer domingo, segundo y cuarto sábado del mes, agregándose el segundo domingo del mes de Mayo por ser el día de la madre, ésta última podrá recoger a sus menores hijos del hogar paterno y externarlos, para pasar con ellos el día desde las nueve de la mañana y hasta las nueve de la noche, en que los devolverá;

Para las fiestas familiares de Navidad y de Año nuevo, en los años pares, la madre podrá recoger a sus hijos del hogar paterno, desde las seis de la tarde del 24 y los devolverá a las dos de la tarde del día veinticinco, e igualmente podrá recogerlos en los mismos horarios a partir del 31 de diciembre inmediato hasta la tarde del uno de Enero inmediato siguiente; asimismo en los años impares los niños pasarán dichas fiestas familiares en el hogar paterno;

En los días del cumpleaños de los dos niños, si es día útil, la madre podrá recogerlos del centro escolar y pasar con ellos hasta las ocho de la noche en que los devolverá al hogar paterno; en caso fuera fin de semana o feriado, la madre podrá recogerlos desde las dos de la tarde y hasta las ocho de la noche para departir con ellos en el día de su cumpleaños;

fundamentos por lo cuales: **CONFIRMARON** la sentencia de fecha primero de setiembre del dos mil quince, de fojas doscientos cuarenta y siete a doscientos cincuenta y tres, que declara Fundada la demanda de Variación de Tenencia, en consecuencia se deberá variar la tenencia que venía ejerciendo la demandada respecto de los menores A.A.C.M. y M.A.A.C.M¹⁰, siendo el demandante don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana, quien ejercerá la tenencia y custodia de sus hijos; la **REVOCARON**: en cuanto se dispone que la variación sea automática, y **REFORMÁNDOLA: dispusieron que sea una variación y entrega progresiva o gradual**, de la siguiente manera:

Los dos primeros trimestres en un lugar neutral como es la Sala de Encuentro Familiar que funciona en esta Corte Superior (segundo piso), en la cual se llevarán a cabo las dos primeras etapas de este reencuentro, estableciéndose fases diferenciadas y progresivas:

Primer trimestre: la ejecución del presente mandato comenzará en esta primera fase, en que la madre traerá a sus dos menores hijos a dicha *Sala de Encuentro familiar*, a efecto que los dos niños puedan desarrollar un contacto cotidiano con el padre durante el primer trimestre: tres veces a la semana, lunes, miércoles y viernes, después de su jornada escolar, en el horario de cuatro a cuatro a cuatro y cuarenticinco de la tarde, bajo la supervisión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior durante la realización de dichos encuentros, quienes remitirán un informe semanal al Juzgado sobre lo acontecido, pudiendo la madre retirarse con los niños al concluir dicho horario;

¹⁰ Reglas N°83 y 84, de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Persona en condición de vulnerabilidad, aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana 4, 5 y 6 de marzo del 2008, a las cuales se adhirió el Poder Judicial Peruano, y son de obligatorio cumplimiento, para preservar la identidad de seres vulnerables RA N°266-2010-ce-pj del 26 de julio de l 2010 del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Segundo trimestre: si los informes de los psicólogos son positivos durante el primer trimestre antes señalado, pues caso contrario se mantendrá el horario y fechas antes señalado por un trimestre mas, con la misma supervisión e informe del equipo de psicólogos, para el segundo trimestre el padre continuará desarrollando este contacto familiar con sus menores hijos los días útiles: lunes, miércoles y viernes, de cuatro a cuatro a cuatro y cuarenticinco de la tarde, bajo la supervisión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior durante la realización de dichos encuentros, quienes remitirán un informe semanal al Juzgado sobre lo acontecido, pudiendo la madre retirarse con los niños al concluir dicho horario, pero además se añadirá la visita del padre a sus menores hijos los días sábados en el horario de diez de la mañana a seis de la tarde, en que podrá externarlos del hogar materno en compañía de una persona que la madre designe para que los acompañe durante la realización de dichas visitas, y devolviéndolos al hogar materno culminado dicho horario, debiendo igualmente llevarse a cabo evaluaciones mensuales a ambos niños por el área de psicología, y en caso de no resultar positivas, se ampliarán por un trimestre mas estos encuentros previstos para el segundo trimestre, con igual supervisión psicológica;

Tercer Trimestre: si los informes de los psicólogos son positivos durante el segundo trimestre antes señalado, pues caso contrario se mantendrá el horario y fechas antes señalado por un trimestre mas, con la misma supervisión e informe del equipo de psicólogos, para el tercer trimestre el padre continuará desarrollando este contacto familiar con sus menores hijos los días útiles: lunes, miércoles y viernes, de cuatro a cuatro a cuatro y cuarenticinco de la tarde, bajo la supervisión de los psicólogos del equipo multidisciplinario de esta Corte Superior durante la realización de dichos encuentros en la Sala Familiar, debiendo los psicólogos remitir un informe semanal al Juzgado sobre lo acontecido, pudiendo la madre retirarse con los niños al concluir dicho horario, añadiéndose en esta tercera etapa que el padre podrá recoger a sus menores hijos del hogar materno los días: primer y tercer domingo, segundo y cuarto sábado del mes, externándolos en compañía de una persona que la madre designe para que los acompañe durante la realización de dichas visitas, en el horario de nueve de la mañana a ocho de la noche, en que los devolverá al hogar materno, debiendo igualmente llevarse a cabo evaluaciones mensuales a ambos niños por el área de psicología, y en caso de no resultar positivas, se ampliarán por un trimestre mas estos encuentros, con igual supervisión psicológica;

Cuarto Trimestre: con los resultados positivos de los informes psicológicos durante los tres trimestres antes señalados –caso contrario se prolongará un trimestre mas el horario de visitas señalado para el tercer trimestre-, la tenencia será variada a favor del progenitor, quien tendrá a los niños en su hogar y se hará cargo de ellos, debiendo conducirlos al servicio de psicología de esta Corte Superior en forma semanal, para conocer la evolución de los niños en el nuevo hogar y de advertirse que no resulta positivo para ellos, se volverá al horario de los encuentros previsto para el tercer trimestre;

Asimismo, se señala un régimen de visitas a favor de la madre para que pueda visitar a sus menores hijos a partir del cuarto trimestre, en el siguiente horario: Lunes miércoles y viernes, podrá recoger a sus menores hijos del colegio, y permanecer con ellos hasta las ocho de la noche en que los devolverá al hogar paterno;

El primer y tercer domingo, segundo y cuarto sábado del mes, agregándose el segundo domingo del mes de Mayo por ser el día de la madre, ésta última podrá recoger a sus menores hijos del hogar paterno y externarlos, para pasar con ellos el día desde las nueve de la mañana y hasta las nueve de la noche, en que los devolverá;

Para las fiestas familiares de Navidad y de Año nuevo, en los años pares, la madre podrá recoger a sus hijos del hogar paterno, desde las seis de la tarde del 24 y los devolverá a las dos de la tarde del día veinticinco, e igualmente podrá recogerlos en los mismos horarios a partir del 31 de diciembre inmediato hasta la tarde del uno de Enero inmediato siguiente; asimismo en los años impares los niños pasarán dichas fiestas familiares en el hogar paterno;

En los días del cumpleaños de los dos niños, si es día útil, la madre podrá recogerlos del centro escolar y pasar con ellos hasta las ocho de la noche en que los devolverá al hogar paterno; en caso fuera fin de semana o feriado, la madre podrá recogerlos desde las dos de la tarde y hasta las ocho de la noche para departir con ellos en el día de su cumpleaños; notificándose y los devolvieron.-

ÁLVAREZ OLAZÁBAL

Exp. 6269-2014
EAO/jgp

PLASENCIA CRUZ

EYZAGUIRRE GARATE

XIII. SÍNTESIS DEL RECURSO DE CASACIÓN.

Recurso de casación interpuesto por la **demandada Irina Silvia Málaga Bekich**, a fojas cuatrocientos veinticinco, contra la sentencia de vista que fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, de fojas trescientos noventa y tres, que **confirma** la sentencia apelada de fecha uno de setiembre de dos mil quince, de fojas doscientos cuarenta y siete, que declara **fundada** la demanda y **revoca** en cuanto dispone que la variación sea automática y **reformándola** dispone que sea una variación y entrega progresiva o gradual; por lo que corresponde examinar si el recurso extraordinario cumple con los requisitos que exigen los artículos 386, 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

En el presente caso, la recurrente denuncia:

A) Infracción normativa del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes. Señala que Sala Superior no ha tenido en cuenta la incompetencia del juez de primera instancia para conocer y tramitar la causa, ya que el Décimo Cuarto Juzgado de Familia de Lima fue quien conoció el proceso de tenencia y es ante este juzgado que se debió interponer el presente proceso.

B) Infracción normativa del artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes. Alega que entre la resolución originaria de la tenencia y la interposición de la demanda de variación han transcurrido tan solo cuatro meses y dieciséis días de plazo y no los seis meses que como mínimo exige de manera imperativa el segundo y último párrafo del citado artículo, por lo tanto, la demanda es prematura.

C) Infracción normativa del artículo 221 del Código Procesal Civil.

Indica que la Sala Superior debió ponderar y valorar los términos claros y reiterativos tanto del escrito de absolución de la apelación como del informe escrito que presentó el demandante ante la instancia, al manifestar de manera expresa que jamás ha pretendido llevarse a sus hijos, pues considera que los hijos deben vivir conjuntamente con sus padres, salvo situaciones extremas, además lo que siempre ha pedido es que le permitan visitar a sus hijos, mas no la tenencia, pero

se ha visto obligado porque la demandada le negaba el derecho de visitarlos, probablemente porque su actual pareja no acepta que los visite o simplemente es un capricho; que esta declaración asimilada fue omitida en segunda instancia y no pudo ser evaluada en primera instancia porque ambos escritos fueron presentados después del concesorio de la apelación, lo que determina una orfandad de valoración conjunta y razonada de las pruebas; que tal hecho evidencia un irregular ejercicio del derecho, previsto en el numeral II del Título Preliminar del Código Civil, pues la variación de la tenencia para quien en realidad lo único que quería es que se cumpla con un régimen de visitas, no es la solución adecuada.

D) Infracción normativa de los artículos 239 y 240 del Código Procesal Civil.

Manifiesta que se han evaluado copias simples de actuados judiciales en otros procesos judiciales relativos y vinculados al que es materia de la presente causa; que la información obtenida de la página web del Poder Judicial, supuestamente actualizada, no ha sido considerada en la sentencia de primera instancia;

E) Infracción normativa del artículo 190 inciso 1 del Código Procesal Civil.

Refiere que la Sala Superior ha señalado que la recurrente no ha probado el incumplimiento de la obligación alimentaria, craso error, ya que el incumplimiento o los hechos negativos no pueden probarse; que no se ha verificado si los devengados han sido pagados y cumplidos; que corresponde al demandante demostrar estar al día en sus obligaciones alimentarias y de manera especial con los devengados para tener derecho a exigir visitas para ver a sus menores hijos, de acuerdo al artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

F) Infracción normativa del artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Perú.

Alega que la Sala Superior al revocar parcialmente la apelada introduce todo un programa gradual de variación de la tenencia e impone un régimen de visitas a la recurrente, ambas figuras no han sido materia de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, por lo que no es ni pudo ser susceptible de ser revisada en segunda instancia, lo correcto hubiera sido que se anule la apelada y se ordene establecer gradualidad de la variación de la tenencia y el régimen de visitas para el progenitor que no la tiene.

G) Infracción normativa del artículo 461 del Código Procesal Civil.

Señala que el juez de primera instancia debió indagar y actuar pruebas adicionales, conforme se advirtió en el dictamen fiscal superior.

H) Infracción normativa del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Manifiesta que las instancias de mérito no han analizado si el actor se encuentra al día en el cumplimiento de la obligación alimentaria a favor de sus menos hijos; por lo tanto, de haberse aplicado correctamente el citado dispositivo legal, las sentencias expedidas hubiesen resuelto en sentido contrario al que existe y es materia de casación.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN 1777-2016
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA**

encuentran determinadas en la norma procesal civil, pues el Tribunal de Casación no está facultado para interpretar el recurso extraordinario, ni para integrar o remediar las carencias del mismo o dar por supuesta y explícita la falta de causal, tampoco para subsanar de oficio los defectos en que incurre el casacionista, en la formulación del referido recurso.

TERCERO.- Que, en ese sentido, se verifica que el recurso de casación de fojas cuatrocientos veinticinco, cumple con los **requisitos para su admisibilidad**, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, toda vez que se interpone: *i)* Contra la resolución expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso; *ii)* Ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada; *iii)* Ha sido presentado dentro del plazo previsto en la norma, pues ésta fue notificada a la recurrente el veintiséis de abril de dos mil dieciséis, conforme a la constancia del cargo de notificación de fojas cuatrocientos diecinueve, y el referido recurso de casación fue interpuesto el nueve de mayo de dicho año, es decir, dentro del décimo día de notificado; y, *iv)* Se ha adjuntado el arancel judicial respectivo a fojas cuatrocientos veintitrés.

CUARTO.- Que, al evaluar los **requisitos de procedencia** dispuestos en los cuatro incisos del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, se verifica que la nombrada casacionista ha cumplido con la exigencia del primer requisito, previsto en el inciso 1 del referido artículo, toda vez que no dejó consentir la resolución de primera instancia que le fue desfavorable a sus intereses.

QUINTO.- Que, para establecer el cumplimiento de los incisos 2º, 3º y 4º del precitado artículo 388º, la recurrente debe señalar en qué consiste la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN 1777-2016
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA**

infracción normativa denunciada o el apartamiento inmotivado del precedente judicial. En el presente caso, la recurrente denuncia:

- A) Infracción normativa del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes.** Señala que Sala Superior no ha tenido en cuenta la incompetencia del juez de primera instancia para conocer y tramitar la causa, ya que el Décimo Cuarto Juzgado de Familia de Lima fue quien conoció el proceso de tenencia y es ante este juzgado que se debió interponer el presente proceso.
- B) Infracción normativa del artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes.** Alega que entre la resolución originaria de la tenencia y la interposición de la demanda de variación han transcurrido tan solo cuatro meses y dieciséis días de plazo y no los seis meses que como mínimo exige de manera imperativa el segundo y último párrafo del citado artículo, por lo tanto, la demanda es prematura.
- C) Infracción normativa del artículo 221 del Código Procesal Civil.** Indica que la Sala Superior debió ponderar y valorar los términos claros y reiterativos tanto del escrito de absolución de la apelación como del informe escrito que presentó el demandante ante la instancia, al manifestar de manera expresa que jamás ha pretendido llevarse a sus hijos, pues considera que los hijos deben vivir conjuntamente con sus padres, salvo situaciones extremas, además lo que siempre ha pedido es que le permitan visitar a sus hijos, mas no la tenencia, pero se ha visto obligado porque la demandada le negaba el derecho de visitarlos, probablemente porque su actual pareja no acepta que los visite o simplemente es un capricho; que esta declaración asimilada fue omitida en segunda instancia y no pudo ser evaluada en primera instancia porque ambos escritos fueron presentados después del concesorio de la apelación, lo que determina una orfandad de valoración conjunta y razonada de las pruebas; que tal hecho evidencia un irregular ejercicio del derecho, previsto en el numeral II del Título

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN 1777-2016
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA**

Preliminar del Código Civil, pues la variación de la tenencia para quien en realidad lo único que quería es que se cumpla con un régimen de visitas, no es la solución adecuada.

- D) Infracción normativa de los artículos 239 y 240 del Código Procesal Civil.** Manifiesta que se han evaluado copias simples de actuados judiciales en otros procesos judiciales relativos y vinculados al que es materia de la presente causa; que la información obtenida de la página web del Poder Judicial, supuestamente actualizada, no ha sido considerada en la sentencia de primera instancia;
- E) Infracción normativa del artículo 190 inciso 1 del Código Procesal Civil.** Refiere que la Sala Superior ha señalado que la recurrente no ha probado el incumplimiento de la obligación alimentaria, craso error, ya que el incumplimiento o los hechos negativos no pueden probarse; que no se ha verificado si los devengados han sido pagados y cumplidos; que corresponde al demandante demostrar estar al día en sus obligaciones alimentarias y de manera especial con los devengados para tener derecho a exigir visitas para ver a sus menores hijos, de acuerdo al artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.
- F) Infracción normativa del artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Perú.** Alega que la Sala Superior al revocar parcialmente la apelada introduce todo un programa gradual de variación de la tenencia e impone un régimen de visitas a la recurrente, ambas figuras no han sido materia de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, por lo que no es ni pudo ser susceptible de ser revisada en segunda instancia, lo correcto hubiera sido que se anule la apelada y se ordene establecer gradualidad de la variación de la tenencia y el régimen de visitas para el progenitor que no la tiene.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN 1777-2016
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA**

G) Infracción normativa del artículo 461 del Código Procesal Civil.

Señala que el juez de primera instancia debió indagar y actuar pruebas adicionales, conforme se advirtió en el dictamen fiscal superior.

H) Infracción normativa del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes. Manifiesta que las instancias de mérito no han analizado si el actor se encuentra al día en el cumplimiento de la obligación alimentaria a favor de sus menores hijos; por lo tanto, de haberse aplicado correctamente el citado dispositivo legal, las sentencias expedidas hubiesen resuelto en sentido contrario al que existe y es materia de casación.

SEXTO.- Que, analizando la denuncia descrita en el acápite **F)**, cabe señalar que en el presente caso no se ha vulnerado derecho alguno, por el contrario se ha tenido en cuenta el interés superior del niño, por tal motivo, es que la Sala Superior consideró conveniente que la variación y entrega de los menores a favor del demandante sea de manera progresiva; por lo tanto, este extremo debe desestimarse.

SÉTIMO.- Que, la denuncia descrita en el acápite **C)**, también debe desestimarse, toda vez que la presente demanda tiene como pretensión que se declare judicialmente la variación de la tenencia de los menores ejercida por la demandada y no un régimen de visitas a favor del demandante.

OCTAVO.- Que, respecto a las denuncias descritas en los acápites **D) y E)**, es preciso señalar que conforme a lo previsto en el artículo 384 del Código Procesal Civil, el recurso de casación se encuentra limitado solo a cuestiones de puro derecho; por lo tanto, no resulta posible que este Supremo Tribunal realice un análisis de las conclusiones fácticas a las que arriba la instancia de mérito ni una nueva valoración de los medios

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN 1777-2016
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA**

probatorios. A mayor abundamiento, en el presente caso se ha establecido que el demandante a la fecha que interpuso demanda se encontraba al día en su obligación alimentaria. Siendo así, corresponde desestimar tales denuncias.

NOVENO.- Que, en relación a la denuncia descrita en el acápite **G)**, se tiene que, al no haberse cumplido con las diligencias ordenadas por el juez, debido a la conducta obstruccionista de la recurrente, la Sala Superior dispuso que ésta concorra conjuntamente con sus menores hijos a una audiencia complementaria, la cual tampoco pudo llevarse a cabo, debido a la inasistencia de esta parte, siendo así, dicha denuncia debe desestimarse.

DÉCIMO.- Que, las denuncias descritas en los acápites **A)** y **B)**, también deben ser desestimadas, por cuanto, la recurrente debió hacer uso de los mecanismos de defensa establecidos en nuestro ordenamiento jurídico en la etapa correspondiente y no recién denunciarla en casación, tanto mas que el Juez del Décimo Cuarto Juzgado de Familia solo conoció la ejecución del acta de conciliación; por lo que no resulta de aplicación el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, finalmente, la denuncia descrita en el acápite **H)**, también debe desestimarse, toda vez que en el presente caso se ha determinado que con los vouchers que se adjuntan, se acredita que el demandante estaba al día en su obligación alimentaria, al momento de interponer la demanda, no habiendo adjuntado la recurrente prueba idónea que acredite la alegación de incumplimiento.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, estando a lo expuesto y teniendo en cuenta que el recurso de casación se encuentra limitado solo a cuestiones de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN 1777-2016
LIMA
VARIACIÓN DE TENENCIA**

puro derecho, conforme a lo previsto en el artículo 384 del Código Procesal Civil, corresponde desestimar el medio impugnatorio interpuesto en todos sus extremos, toda vez que las alegaciones que lo sustentan no incidirían en forma directa sobre la decisión impugnada.

Finalmente, si bien es cierto, cumple con señalar la naturaleza de su pedido casatorio como anulatorio, debe considerarse que, en virtud a lo dispuesto en el artículo 392° del Código adjetivo, los requisitos de procedencia de este recurso extraordinario son concurrentes; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos da lugar a la improcedencia.

Por estos fundamentos: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por **Irina Silvia Málaga Bekich**, a fojas cuatrocientos veinticinco, contra la sentencia de vista que fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, de fojas trescientos noventa y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Manuel Tulio Álvarez Calderón con Irina Silvia Málaga Bekich, sobre variación de tenencia; y, *los devolvieron*. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **del Carpio Rodríguez**. Por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi, integra esta Sala Suprema el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta.

SS.

**DEL CARPIO RODRÍGUEZ
RODRÍGUEZ CHÁVEZ
CALDERÓN PUERTAS
YAYA ZUMAETA
DE LA BARRA BARRERA**

Cgv/sg.

XV. DIEZ JURISPRUDENCIAS DE LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS CON INDICACIÓN DE LA SUMILLA DE EXPEDIENTES QUE HUBIEREN SIDO RESUELTOS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE, CON LA DEL EXPEDIENTE SU NÚMERO Y AÑO.

**XV.1 Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria**

CASACIÓN 2702-2015 LIMA

VARIACIÓN DE TENENCIA

Sumilla: ...” En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres. (...).

**XV.2 Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria**

CASACIÓN 3023-2017 LIMA

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sumilla: ...” Que, el órgano de mérito, en el presente caso, ha cumplido con aplicar normas materiales relativas al Principio del Interés Superior del niño y adolescente. Así se aplicó debidamente el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes que señala: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas

necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”; asimismo, el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes dispone: “(...) En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente: a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable; b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas (...)”.

XV.3 Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente.

CASACIÓN № 3496 – 2016 LIMA

Tenencia y Custodia de Menor

Sumilla: ...” El otorgamiento judicial de la tenencia de menor a favor de uno de los padres, se da por la renuncia de los mismos a su capacidad de acuerdo para la toma de decisión en conjunto sobre la tenencia y los interés que más beneficien a sus hijos; la cual dejan que sea decidida por el Poder Judicial, que guiado por el “Principio del interés superior del niño”, hace lo que, objetivamente, más va a beneficiar al menor para su desarrollo armónico y equilibrado como individuo, hace “lo mejor para él”. Artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes.

XV.4 Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 1303-2016 CAJAMARCA.

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sumilla: ...” La prueba debe ser valorada en su integridad, de manera conjunta y razonada, acorde a la naturaleza de la litis con estricta sujeción a las alegaciones de las partes; hacer lo contrario constituye afectación al Debido Proceso, específicamente a la Adecuada Motivación y Valoración de los Medios Probatorios.

XV.5 Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 2702-2015 LIMA.

VARIACIÓN DE TENENCIA

Sumilla: ...” En aquellos aspectos en los cuales los padres no se pongan de acuerdo sobre las conveniencias del menor, por los motivos que fueran, el Juez deberá valorar minuciosamente lo actuado a fin de determinar aquello que le otorga mayor bienestar, y para ello podrá valerse no solo de informes sociales, psicológicos, de ayuda profesional, sino que también será determinante apreciar la voluntad del menor siempre que éste demuestre tener cierto grado de madurez y conciencia de modo que su voluntad no pueda ser influenciada por alguno de sus padres.

XV.6 Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Transitoria

TENENCIA

CASACIÓN 1252-2015 LIMA NORTE

Sumilla:...” Se aprecia que, efectivamente, el Ad quem ha emitido un fallo extra petita, al otorgar a la demandada (madre del menor) la tenencia exclusiva del menor hijo de ambos; es decir, se ha pronunciado en forma distinta a lo que ésta había solicitado al absolver la demanda (tenencia compartida), implicando ello una infracción al debido proceso.

XV.7 Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Casación N° 1384-2012 UCAYALI

TENENCIA Y CUSTODIA DE MENOR

Sumilla: ...“Para decidir sobre la tenencia y custodia del menor debe examinarse si la comunidad económica, de sentimientos y de territorio llamada familia es apropiada para la crianza del menor.

XV.8 Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

Casación N° 1961- 2012 Lima

TENENCIA Y CUSTODIA

Sumilla:...“Las normas sobre Tenencia y Custodia no son normas fatales , imperativas, que no se admitan modificaciones, por el contrario precisamente por lo que es y, que por lo tanto antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo, o permanencia protege ese “interés superior”, considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad.

XV.9 Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

CASACIÓN NRO. 688-2016 MOQUEGUA

Sumilla: ...” Principio de flexibilidad en los procesos de familia (tuitivos). En los casos límite como el presente, en el cual una niña durante más de cinco años, con la anuencia de la autoridad judicial, ha crecido, vivido y desarrollado en el seno de la "familia" que le han prodigado los demandantes, resultaría contrario a su interés superior desvincularla del

único referente de afecto que ha formado su personalidad e identidad dinámica.

XV.10 Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Civil Permanente

CASACIÓN N° 2728-2017 LIMA NORTE

Sumilla: ...” La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; no obstante, dicha situación no se ha acreditado en el presente caso.

XVI. DIEZ DOCTRINAS ACTUALIZADAS, COMENTADAS Y ANALIZADAS POR EL BACHILLER SOBRE LA MATERIA CONTROVERTIDA (UTILIZAR ESTILO APA ÚLTIMO), EN LAS DOCTRINAS CITADAS DEBEN FIGURAR EL COMENTARIO PERSONAL DE ÉSTAS.

XVI.1 Tenencia

Al respecto **AGUILAR LLANOS, Benjamín y otros. Patria potestad, tenencia y alimentos, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.** Afirma que “es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tienen la finalidad de establecer con quien se quedará el menor”⁴⁶, en otras palabras, es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres, lo que constituye el derecho que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía” (pp.104).

Comentario:

Así mismo, AGUILAR define a la tenencia como “una forma de protección a los niños y adolescentes y consiste en tener la custodia física de un niño con el fin de vivir, cuidar y asistirlo. Se puede otorgar la tenencia a uno de los cónyuges o a los dos en forma compartida.

Respecto a la tenencia compartida, está será otorgada a pesar de que los padre estén separados.

XVI.2 Tenencia

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de familia, TOMO III. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Con colaboración de Claudia Canales Torres, Lima, Gaceta Jurídica, 2012. VARSÍ manifiesta que si bien es cierto, en ningún artículo del Código de los Niños y Adolescentes se hace referencia a la tenencia a favor de los abuelos, la Corte Suprema ha señalado que ellos pueden asumir la tenencia de sus menores nietos en los casos de incapacidad, ineptitud o ausencia de los padres, es decir, los abuelos pueden ser sujetos activos directos de la tenencia de sus nietos siempre que se respete el derecho a la identidad, el relacionamiento paterno-filial del hijo y valorando el interés superior del niño” (Pág. 307-308).

Comentario:

Se reconoce a la tenencia como un derecho que lo ejerce el padre o la madre que se considera más apto o idóneo para cuidar y educar a su hijo o hija menor de edad, es el juez especializado en materia de familia, quien se encarga de decidir en forma justa y conveniente, a cuál de los progenitores, le otorga la tenencia de su hijo o hija menor de edad.

XVI.3 Sujetos de la tenencia

CANALES TORRES, Claudia. “Criterios sobre los supuestos de tenencia definitiva, tenencia provisional y variación de la tenencia”. **Gaceta Jurídica, mayo de 2014.** Los sujetos de la tenencia pueden ser:

–Sujetos activo llamados también tenedores, quienes son los padres o abuelos, respecto de los cuales la tenencia opera de manera individual; en otras palabras, en caso de los padres se otorga a uno de los padres mientras que en los abuelos se otorga a uno de ellos o a la pareja de abuelos. –Sujetos pasivos llamados también tenidos, quienes son los hijos menores de edad. (Pag. 111)

Comentario:

La tenencia conjunta, como su mismo nombre lo dice, es aquella que ejercen los padres de manera conjunta con o sin matrimonio o unión estable entre ellos. Por otro lado, la tenencia compartida, excluye la figura de régimen de visitas, ya que, en estos casos, es el padre y la madre quienes asumen el rol de custodiar al menor, manteniendo las relaciones familiares.

XVI.4 La Tenencia.

LÓPEZ REVILLA, Vanessa Paulina. Elementos intervinientes en el procedimiento de tenencia de los hijos en los juzgados de familia de lima: principio de interés superior del niño, Tesis para obtener el título profesional de abogado, Perú, Universidad de Huánuco, 2016. Es aquella donde el menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores, pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas”, (Pág.21 a 26).

Comentario:

Las decisiones, responsabilidades y la autoridad respecto del menor, recaen sobre los dos padres. Es importante señalar que la tanto la tenencia conjunta como la compartida serán ejercidas por ambos padres siempre que estos tengan la titularidad de la patria potestad.

XVI.5 Patria Potestad y Tenencia

CANALES TORRES, Claudia. Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. La tenencia definitiva, es la consecuencia de la decisión de un juez o de un procedimiento de extrajudicial con calidad de cosa juzgada, como es la conciliación llevada en los Centros de Conciliación Especializados en Familia, así como en las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades. (Pág. 80).

Comentario:

Por su misma naturaleza, se debe tener en cuenta que el padre que obtuvo la tenencia del menor por resolución judicial, sólo otra resolución se la podría quitar, sin embargo, si la obtuvo por acta de conciliación, el padre que no tiene la tenencia deberá acudir al Juez Especializado de Familia, a fin de solicitar su variación o modificación.

XVI.6 Tenencia del Menor

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho de relación: régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes. La ley establece que los padres pueden solicitar la modificación de la tenencia siempre que existan circunstancias que obliguen a estos a solicitarla, como cuando el padre que posee la tenencia del menor haya viajado repentinamente, o por motivos de trabajo lo obliga a viajar durante temporadas larga”. (Pág. 62).

Comentario:

Es decir, que pueden ocurrir hechos que afecten la tenencia del menor, asimismo, cabe señalar que se trata de un proceso nuevo diferente al que otorgó la tenencia a favor del menor a uno de los padres. En este sentido, tanto la variación como la modificación de la tenencia son formas de extinción de la tenencia del menor a favor del padre que la posee, diferenciándose en cuanto a las circunstancias que generan su procedencia.

XVI.7 El Régimen de Visitas.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho de relación: régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes. “El régimen de visitas tiene como finalidad el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos, prevaleciendo el beneficio e interés del menor, para ello es importante, tener en cuenta que el interés de un menor no es el mismo de otro menor, por lo que en cada caso se deberá considerar de manera dependiente” (Pág. 3).

Comentario:

El Régimen de Visita es una figura cuya importancia radica en la protección del buen desarrollo integral del menor, el cual sólo se logrará con una convivencia limpia de conflictos entre padre e hijos, dejando al margen los problemas que los padres puedan tener, pues estos deberán priorizar el bienestar del menor.

XVI.8 Titular del Régimen de Visita.

CANALES TORRES, Claudia. Patria potestad y tenencia. Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión. Los titulares del derecho de régimen de visitas son: – Visitado: es el beneficiario, es decir el hijo menor de edad cuyo interés será la base para determinar la forma en que se desarrollará el régimen de visitas.”. Pág. 39-42.

Comentario:

El autor manifiesta que este derecho no solo tiene como beneficiario al hijo menor de edad, sino que también puede ser el hijo mayor de edad, ancianos y enfermos, que por su condición especial requieren del cariño y afecto para su recuperación.

XVI.9 Otorgamiento de la Tenencia.

AGUILAR LLANOS, Benjamín y otros. El derecho de familia en la jurisprudencia del Tribunal. Nos dice: “el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los conyugues o a un tercero no priva al otro del derecho de mantener comunicación con aquellos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de vistas (...) fuera de ello, el conyugue que no ejerce la guarda tiene derecho a vigilar la educación de menores”. Pag. 47.

Comentario:

Por ello, es indispensable tener en cuenta, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y, aún sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos.

XVI.10 El Interés Superior del Niño

5LEYVA RAMIREZ, Cinthya Anali. El conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”. Pág. 62.

Comentario:

De ahí la importancia de su aplicación en situaciones de conflictos de derechos, donde actuará como el eje central, en base del cual se tomaran todas las decisiones, las mismas que siempre serán a favor del menor; por tal motivo se le considera como la plena satisfacción de los derechos de los niños y adolescentes, por lo que “todo lo que es considerado derecho puede ser interés superior.

XVII. SÍNTESIS ANALÍTICA DEL TRÁMITE PROCESAL O PROCEDIMENTAL SEGÚN SEA EL CASO.

Etapa postulatoria

1) La demanda.

a) Actos Procesales de las partes.

La demanda es el instrumento procesal por el cual una persona (demandante) ejercita su derecho de acción. No habrá proceso sin demanda y, por ende, sin demandante en virtud del principio *nemo iudex sine actore*.

1. Que, por escrito de fojas treinta y siete a cuarenta y tres subsanado por escrito de fojas cincuenta y cuatro, don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana interpone demanda de Variación de Tenencia contra doña Irina Silvia Málaga Bekich, respecto a sus menores hijos Ariana Álvarez Calderón Málaga y Manuel Alonso Álvarez Calderón Málaga de siete y cinco años de edad al momento de interponer su acción. Refiere el demandante, que con fecha veintitrés de marzo del dos mil ocho contrajo matrimonio con la demandada Irinia Silvia Málaga Bekich, de cuya relación procrearon a sus dos menores hijos Ariana y Manuel Alonso Álvarez Calderón Málaga, quien en la actualidad viven conjuntamente con su señora madre en Malecón Grau N°307-309, departamento 602 del Distrito de Chorrillos, en la Provincia y Departamento de Lima. Indica también, que con la madre de sus menores hijos se encuentra separado por más de cuatro años debido a su conducta reprochable, por cuanto de una relación extramatrimonial ha procreado a una hija, sin embargo, en el entendido de que sus menores hijos podrían estar mejor con ella por la edad con que contaba, suscribieron un Acta de Conciliación Extrajudicial, donde se le otorgó a ella la Tenencia y Custodia de sus hijos y se acordó el Régimen de Visitas para él, lo que se viene incumpliendo por parte de la demandada en perjuicio de los derechos de sus menores hijos, que motiva la interposición de la presente demanda. Señala asimismo, que fue el incumplimiento de la demandada, que lo obligó a iniciar el proceso judicial de Ejecución de Acta de Conciliación respecto al extremo

acordado sobre Régimen de Visitas, dictándose el auto definitivo que puso fin a la instancia, sin que haya sido objeto de recurso de impugnación alguno, por lo que quedó consentida, procediéndose a su ejecución; siendo requerida la demandada hasta en dos oportunidades para que se cumpla con lo ordenado, sin que hasta la fecha se haya dado cumplimiento ni podido visitar a sus dos menores hijos, como lo demuestra con las tres constataciones policiales efectuadas por la Comisaría del sector a su solicitud. Señalando finalmente, que en su condición de padre viene cumpliendo con pasar una pensión alimenticia en forma mensual de mil ochocientos nuevos soles, además del mantenimiento del departamento donde residen sus menores hijos y la madre, por haberse así dispuesto en el proceso sobre Reducción de Alimentos que fuera tramitado ante el Cuarto Juzgado de Paz Letrado de Chorrillos que le fijo dicha suma a favor de sus menores hijos. Ampara su demanda en lo establecido por los artículos 4 y 5 de la Constitución Política del Perú, artículo 25 inciso 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 81, 82 y 91 del Código de los Niños y Adolescentes, como también en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil.

2) Resolución Admisoria.

Se admite a trámite la demanda interpuesta por **MANUEL ALVAREZ CALDERON PIANA**, sobre **RÉGIMEN DE VISITAS**, en contra de **IRINA SILVIA MALAGA BEKICH**; tramítese por la vía del proceso **ÚNICO**; en consecuencia, córrase traslado a la demandada por el plazo de cinco días para que la conteste con las formalidades establecidas en la norma adjetiva civil, bajo apercibimiento de declarársele rebelde, con conocimiento del Representante del Ministerio Público.

3) Contestación de la demanda.

El derecho de contradicción es, al igual que el derecho de acción, una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción.

Al derecho de contradicción suele identificarse con el derecho de defensa, y reposa no tanto en el interés particular del demandado, sino en el interés público por asegurar una tutela jurisdiccional efectiva.

La contestación a la demanda es un acto procesal a través del cual el demandado ejercita su derecho de defensa, en oposición a la pretensión reclamada por el actor. El petitorio comúnmente, es que se declare infundada la demanda.

La ley no obliga al demandado a contestar la demanda, lo que hace es darle oportunidad para contestarle y defenderse. Con la contestación de la demanda se patentiza la bilateralidad del proceso.

En el expediente objeto de estudio, La demandada doña Irina Silvia Málaga Bekich, quien al no contestar los términos de la demanda, fue declarada rebelde por la resolución cinco.

TACHAS – EXCEPCIONES: No se formuló Tachas y Excepciones por la parte demandada.

Audiencia única

V. SÍNTESIS DEL AUTO DE SANEAMIENTO

AUDIENCIA ÚNICA DIECISÉIS DE OCTUBRE DEL DOS MIL CATORCE

RESOLUCIÓN S/N.

El juzgado luego de la revisión de los autos, se advierte que concurren los presupuestos procesales tales como, competencia del Juez, capacidad procesal, y requisitos de la demanda y las condiciones de la acción como son: legitimidad para obrar, interés para obrar y voluntad de la ley; Asimismo no se han deducido excepciones ni defensas previas; advierte que no existe vicio de nulidad alguno por

lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 555 del Código Procesal Civil: se declara SANEADO el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida.

FIJACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Juzgado luego de declarar SANEADO EL PROCESO continuando con el estado del proceso, señala que corresponde escuchar a las partes asistentes a la AUDIENCIA ÚNICA a fin de que propongan los puntos controvertidos; luego de escuchar a las partes, la juez procede a la FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Determinar si es procedente otorgar la Variación de Tenencia de los menores ARIANA y MANUEL ALONSO ALVAREZ- CALDERON MALAGA a favor del accionante.

SÍNTESIS DE LA AUDIENCIA CONCILIATORIA * (SOLO EN ALIMENTOS)

En el presente Proceso no se propone fórmula conciliatoria por la inasistencia de la parte demandada.

SINTESIS DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS

En el presente Proceso nos encontramos frente a una demanda de Variación de Tenencia, tramitándose la misma como proceso único y el Juzgado cita a la AUDIENCIA ÚNICA, en la misma el Juez admite los medios probatorios de la parte demandante don MANUEL TULIO ALVAREZ CALDERON PIANA y habiendo sido declarado rebelde la parte demandada mediante resolución número cinco de fecha veintidós de setiembre del dos mil catorce. Asimismo, la Judicatura ordena PRUEBAS DE OFICIO: Evaluación psicológica a practicarse a la parte demandante y a la parte demandada; dispone una visita social en el domicilio de la parte demandante y demandada; solicita a la Dirección Migraciones del Ministerio del Interior respecto del Movimiento migratorio actualizado de la demandada; ordena una entrevista de los menores Adriana y Manuel Alonso Álvarez; y no habiendo concurrido los menores materia del presente proceso quienes además deben ser evaluados psicológicamente al igual que los padres, se cita a una audiencia

complementaria, la misma que se lleva a cabo sin la asistencia de la demandada, se prescinde de la entrevista de los menores antes mencionados.

En este acto, la Juez comunica que la audiencia ha culminado, y una vez que se remitan los informes sociales de las partes, el informe psicológico de la parte demandada y de los menores materia del presente proceso, los autos se remitirán al Ministerio Público para la emisión del dictamen de ley.

Una vez remitida actuados al Ministerio Público para el dictamen de ley; la misma que opina se declare Fundada la demanda de los presente autos.

ALEGATOS

En el proceso único no se emite informes de alegatos, y mediante resolución número dieciocho de fecha veinticuatro de agosto del dos mil quince, se pone los autos al Despacho para Sentenciar.

Etapas decisoria

La sentencia es el acto jurídico procesal emanado del Juez y contenido en un instrumento público, mediante el cual ejercita su poder-deber jurisdiccional, declarando el derecho de los justiciables, aplicando al caso concreto la norma legal a la que previamente ha subsumido .los hechos alegados y probado por las partes, creando una norma individual que disciplinara las relaciones reciprocas de los litigantes, cerrando el proceso e impidiendo su reiteración futura.

Con relación al expediente objeto de estudio, con fecha 01 de Septiembre de 2015, El Juez del 4° Juzgado de Familia de lima, expide la Sentencia y resuelve declarar fundada la demanda.

Recurso de apelación

El recurso de apelación es aquel recurso ordinario y vertical o dealzada, que supone el examen de los resultados de la instancia y no de un nuevo juicio. Mediante el cual el Juez ad quem examina la corrección y regularidad de la Resolución dictada por el Juez a quo, según los motivos de agravio que aduzca el apelante.

El recurso de apelación es el medio que hace tangible el principio de la doble instancia. Con este recurso lo que se pretende es la eliminación de la resolución del juez inferior y su sustitución por otra que dicte el superior jerárquico.

En la apelación de sentencia de la demandada; se señala que es materia de **apelación** la resolución número diecinueve: Sentencia de fecha uno de setiembre del año dos mil quince -folios 247/253-, en cuanto se declara Fundada la demanda sobre Variación de Tenencia, interpuesta por don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana a doña Irina Silvia Málaga Bekich, en consecuencia ordena la Variación de la Tenencia que venía ejerciendo la demandada, respecto de sus dos menores hijos A.A.C.M. y M.A.A.C.M, merced al acuerdo al que arribaron ambas partes en el año dos mil diez, siendo el demandante quien ejercerá la tenencia de los referidos menores.

La apelante fundamenta su recurso impugnatorio básicamente en lo siguiente: **1)** la recurrida vulnera su derecho de defensa y al debido proceso, por cuanto no se le ha notificado del auto admisorio y la resolución que la declara rebelde, teniendo solo conocimiento de la sentencia, ya que ésta fue dejada bajo puerta; **2)** no se le puede otorgar la tenencia al demandante, toda vez que a la fecha no cumple con el pago de la pensión alimenticia, más aún, ha pedido la rebaja de dicha pensión; **3)** la *a quo* no ha tenido en cuenta, que la hija mayor le tiene terror al padre, por cuanto éste ha intentado llevársela a la fuerza, y respecto al hijo menor no existe relación afectiva, ya que desde su nacimiento no ha tenido trato alguno con él.

Sentencia de 2da- instancia

CONFIRMARON la sentencia de fecha primero de setiembre del dos mil quince, de fojas doscientos cuarenta y siete a doscientos cincuenta y tres, que declara Fundada la demanda de Variación de Tenencia, en consecuencia se deberá variar la tenencia que venía ejerciendo la demandada respecto de los menores A.A.C.M. y M.A.A.C.M, siendo el demandante don Manuel Tulio Álvarez Calderón Piana, quien ejercerá la tenencia y custodia de sus hijos; la **REVOCARON**: en cuanto se dispone que la variación sea automática, y **REFORMÁNDOLA: dispusieron que sea una variación y entrega progresiva o gradual.**

Recurso de casación

El recurso de casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuesto determinados por la ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (la Corte Suprema de Justicia) revise y reforme o anule (por vicios in iudicando o in procedendo) las resoluciones expedidas en revisión por las Cortes Superiores (que pongan fin al proceso), o la sentencia de primera instancia, en el caso de casación por salto, que infringen las normas de derecho material, la doctrina jurisprudencial, las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

Recurso de casación interpuesto por la **demandada Irina Silvia Málaga Bekich**, a fojas cuatrocientos veinticinco, contra la sentencia de vista que fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, de fojas trescientos noventa y tres, que **confirma** la sentencia apelada de fecha uno de setiembre de dos mil quince, de fojas doscientos cuarenta y siete, que declara **fundada** la demanda y **revoca** en cuanto dispone que la variación sea automática y **reformándola** dispone que sea una variación y entrega progresiva o gradual; por lo que corresponde examinar si el recurso extraordinario cumple con los requisitos que exigen los artículos 386, 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

En el presente caso, la recurrente denuncia:

A) Infracción normativa del artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes. Señala que Sala Superior no ha tenido en cuenta la incompetencia del juez de primera instancia para conocer y tramitar la causa, ya que el Décimo Cuarto Juzgado de Familia de Lima fue quien conoció el proceso de tenencia y es ante este juzgado que se debió interponer el presente proceso.

B) Infracción normativa del artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes. Alega que entre la resolución originaria de la tenencia y la interposición de la demanda de variación han transcurrido tan solo cuatro meses y dieciséis días de plazo y no los seis meses que como mínimo exige de manera imperativa el segundo y último párrafo del citado artículo, por lo tanto, la demanda es prematura.

C) Infracción normativa del artículo 221 del Código Procesal Civil.

Indica que la Sala Superior debió ponderar y valorar los términos claros y reiterativos tanto del escrito de absolución de la apelación como del informe escrito que presentó el demandante ante la instancia, al manifestar de manera expresa que jamás ha pretendido llevarse a sus hijos, pues considera que los hijos deben vivir conjuntamente con sus padres, salvo situaciones extremas, además lo que siempre ha pedido es que le permitan visitar a sus hijos, mas no la tenencia, pero se ha visto obligado porque la demandada le negaba el derecho de visitarlos, probablemente porque su actual pareja no acepta que los visite o simplemente es un capricho; que esta declaración asimilada fue omitida en segunda instancia y no pudo ser evaluada en primera instancia porque ambos escritos fueron presentados después del concesorio de la apelación, lo que determina una orfandad de valoración conjunta y razonada de las pruebas; que tal hecho evidencia un irregular ejercicio del derecho, previsto en el numeral II del Título Preliminar del Código Civil, pues la variación de la tenencia para quien en realidad lo único que quería es que se cumpla con un régimen de visitas, no es la solución adecuada.

D) Infracción normativa de los artículos 239 y 240 del Código Procesal Civil.

Manifiesta que se han evaluado copias simples de actuados judiciales en otros procesos judiciales relativos y vinculados al que es materia de la presente causa; que la información obtenida de la página web del Poder Judicial, supuestamente actualizada, no ha sido considerada en la sentencia de primera instancia;

E) Infracción normativa del artículo 190 inciso 1 del Código Procesal Civil.

Refiere que la Sala Superior ha señalado que la recurrente no ha probado el incumplimiento de la obligación alimentaria, craso error, ya que el incumplimiento o los hechos negativos no pueden probarse; que no se ha verificado si los devengados han sido pagados y cumplidos; que corresponde al demandante demostrar estar al día en sus obligaciones alimentarias y de manera especial con los devengados para tener derecho a exigir visitas para ver a sus menores hijos, de acuerdo al artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

F) Infracción normativa del artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Perú.

Alega que la Sala Superior al revocar parcialmente la apelada introduce todo un programa gradual de variación de la tenencia e impone un régimen de visitas a la recurrente, ambas figuras no han sido materia de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, por lo que no es ni pudo ser susceptible de ser revisada en segunda instancia, lo correcto hubiera sido que se anule la apelada y se ordene establecer gradualidad de la variación de la tenencia y el régimen de visitas para el progenitor que no la tiene.

G) Infracción normativa del artículo 461 del Código Procesal Civil.

Señala que el juez de primera instancia debió indagar y actuar pruebas adicionales, conforme se advirtió en el dictamen fiscal superior.

H) Infracción normativa del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

Manifiesta que las instancias de mérito no han analizado si el actor se encuentra al día en el cumplimiento de la obligación alimentaria a favor de sus menos hijos; por lo tanto, de haberse aplicado correctamente el citado dispositivo legal, las

sentencias expedidas hubiesen resuelto en sentido contrario al que existe y es materia de casación.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por **Irina Silvia Málaga Bekich**, a fojas cuatrocientos veinticinco, contra la sentencia de vista que fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, de fojas trescientos noventa y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Manuel Tulio Álvarez Calderón con Irina Silvia Málaga Bekich, sobre variación de tenencia; y, *los devolvieron*. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **del Carpio Rodríguez**. Por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi, integra esta Sala Suprema el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta.

ANEXO 01. EVIDENCIA DE SIMILITUD DIGITA

VARIACIÓN DE TENENCIA

por Alberto Arturo Alexander Isasi Chávez

Fecha de entrega: 21-sep-2021 07:03a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 1653786564

Nombre del archivo: VARIACI_N_DE_TENENCIA_-_AAAICH.docx (16.72M)

Total de palabras: 7849

Total de caracteres: 40719

VARIACIÓN DE TENENCIA

INFORME DE ORIGINALIDAD

22%

INDICE DE SIMILITUD

22%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

11%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	6%
2	repositorio.upci.edu.pe Fuente de Internet	6%
3	www.pj.gob.pe Fuente de Internet	3%
4	gacetalaboral.com Fuente de Internet	2%
5	legis.pe Fuente de Internet	1%
6	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	1library.co Fuente de Internet	1%
8	static.legis.pe Fuente de Internet	1%
9	lpderecho.pe Fuente de Internet	1%

10	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	1 %
11	www.lexsoluciones.com Fuente de Internet	<1 %
12	repositorio.usanpedro.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
13	Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote Trabajo del estudiante	<1 %
14	qdoc.tips Fuente de Internet	<1 %

Excluir citas Activo
Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 20 words

ANEXO 02. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN REPOSITORIO



FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN O TESIS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL UPCI

1.- DATOS DEL AUTOR

Apellidos y Nombres: ISASI chavez Alberto Arturo Alexander.
DNI: 42224017 Correo electrónico: alexander.izasi@gmail.com
Domicilio: Jr. las Turmelinas 680 la Huayrona - S.J.L
Teléfono fijo: _____ Teléfono celular: 923 - 316 - 213

2.- IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJO Ó TESIS

Facultad/Escuela: Derecho y ciencias Políticas

Tipo: Trabajo de Investigación Bachiller () Tesis (x)

Título del Trabajo de Investigación / Tesis:

- " PROCESO DE HABEAS CORPUS " y
- " VARIACIÓN DE TENENCIA "

3.- OBTENER:

Bachiller () Título (x) Mg. () Dr. () PhD. ()

4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Por la presente declaro que el documento indicado en el ítem 2 es de mi autoría y exclusiva titularidad, ante tal razón autorizo a la Universidad Peruana Ciencias e Informática para publicar la versión electrónica en su Repositorio Institucional (<http://repositorio.upci.edu.pe>), según lo estipulado en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, Art23 y Art.33.

Autorizo la publicación de mi tesis (marque con una X):

Sí, autorizo el depósito y publicación total.

No, autorizo el depósito ni su publicación.

Como constancia firmo el presente documento en la ciudad de Lima, a los 03 días del mes de NOVIEMBRE del 2021.



Firma

