

Derecho Penal

Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional
Nº 2

DERECHO PENAL

Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional / N° 2

Líneas de pensamiento de los jueces:

Juan Pablo Carpio Medina / Arequipa

Antonia Saquicuray Sánchez / Lima

Fernando Bazán Cerdán / Cajamarca

Jueza Margarita Zapata Cruz / Lambayeque



Comisión Andina
de Juristas

Comisión Andina de Juristas

Derecho penal / Juan Pablo Carpio Medina y otros.-- Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009

115 p. -- (Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional; 2)

ISBN: XXXXXXXX

DERECHO PENAL / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MAGISTRADOS / RAZONAMIENTO
JUDICIAL / SENTENCIAS / PERÚ

Derecho Penal

Serie: Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional / N° 2

© Comisión Andina de Juristas

Los Sauces 285, Lima 27

Teléfonos: (51-1) 440-7907

Fax: (51-1) 202-7199

Internet: www.cajpe.org.pe

Email: postmast@cajpe.org.pe

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-10847

ISBN:

Primera edición

1000 ejemplares

Lima, agosto de 2009

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Corrección

Cecilia Heraud Pérez

Diseño de cubierta e interiores

Gisella Scheuch Pool

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	11
1. MARCO CONCEPTUAL DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS	
MATERIA DE DECISIÓN JURISDICCIONAL	13
1.1. Omisión a la asistencia familiar	14
1.2. Delitos contra la libertad sexual.....	18
1.3. Excepción de naturaleza de acción.....	26
1.4. Lesiones	27
1.5. Difamación e injuria	33
2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL	39
2.1. LINEAS INDIVIDUALES DEL JUEZ	
JUAN PABLO CARPIO MEDINA / Arequipa	40
2.1.1. Análisis de las sentencias	40
2.1.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	58
2.1.3. Base del pensamiento jurídico del juez Carpio	61
2.2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA	
ANTONIA SAQUICURAY SÁNCHEZ / Lima	64
2.2.1. Análisis de las sentencias	64
2.2.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	86
2.2.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Saquicuray.....	89

2.3. LÍNEAS INDIVIDUALES DEL JUEZ	
FERNANDO BAZÁN CERDÁN / Cajamarca	92
2.3.1. Análisis de las sentencias	92
2.3.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	98
2.3.3. Base del pensamiento jurídico del juez Bazán.....	100
2.4. LÍNEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA	
MARGARITA ZAPATA CRUZ / Lambayeque	103
2.4.1. Análisis de las sentencias	103
2.4.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional.....	112
2.4.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Zapata	114

PRESENTACIÓN

Uno de los proyectos que más satisfacciones ha dado a la Comisión Andina de Juristas (CAJ) es el de Auditoría Social al Sistema de Justicia (ASSJ), pues permitió abrir un espacio de interacción entre los jueces y la sociedad civil. Este proceso no hubiera sido posible sin la participación de los jóvenes y, en particular, de los estudiantes de Derecho de las universidades que colaboran.

A lo largo de su ejecución fueron varios los reconocimientos. Sin duda, estos consagran la iniciativa y la voluntad enorme de la juventud entusiasta y el espíritu transparente y democrático de los jueces participantes. Si existe un rasgo que define el proceso es la voluntariedad, la gratuidad del esfuerzo y la solidaridad con su causa. Por eso, esta publicación seriada, que se inicia con jurisprudencia Civil analizada y continúa con materia Penal y de Familia, rinde tributo y agradece a este numeroso grupo de jóvenes y a los jueces ejemplares.

Uno de los productos más resaltantes de este proceso es el de las sentencias judiciales que sirve para dilucidar las líneas de pensamiento jurisdiccional de cada uno de los jueces participantes, de cara a una justicia predecible y confiable. Son protagonistas de este proceso, los llamados «jueces transparentes», jueces convocados por la CAJ que voluntariamente pusieron a disposición sus decisiones jurisdiccionales, materia prima con que se vienen realizando las diversas actividades vinculadas a este proceso.

En la página web del proyecto www.auditoriajudicialandina.org es posible constatar el aporte jurisdiccional, que ahora presentamos a través de un libro. Sin embargo, ésta no es, como en los «Cuadernos Personales de Decisiones Jurisdiccionales» (producto en la página web), una recopilación de la integridad de las resoluciones emitidas por los jueces, es más que eso, un caudal de sentencias sistematizadas y analizadas en su conjunto.

En efecto, la CAJ recaudó un conjunto de sentencias seleccionadas por los jueces civiles, penales y de Familia de diferentes sedes judiciales (con el apoyo del voluntariado), las reunió en una síntesis, las sistematizó y luego las analizó. El objetivo del análisis fue resaltar la coherencia argumentativa de cada uno de los jueces, esto es, si siguen un patrón de razonamiento judicial o si, por el contrario, se contradicen en su lógica y conceptos.

El otro objetivo del análisis fue rescatar el pensamiento jurisdiccional de cada juez y subrayarlo para que el propio juez u otros, recojan ese pensamiento como un referente de juicio para el futuro.

Dado que el análisis jurisprudencial en un sistema legalista es complicado, se encontraron algunas dificultades que se supo sortear. Los jueces tienden a sustentar y fallar en base a la norma jurídica y, por tanto, las sentencias suelen ser muy repetitivas en ese aspecto. La aplicación de la ley deja escaso campo para la creación jurisdiccional y, en consecuencia, no provee de materia prima suficiente a la doctrina jurídica. Sin embargo, se constatan razonamientos que derivan de la lógica y unión de los conceptos, de conexiones y deducciones novedosas que aportan a la casuística.

Cuando los jueces son coherentes inspiran confianza y tornan la justicia en predecible. El presente libro sirve a ese fin y pretende que los jueces que lo consulten, encuentren razonamientos que sean una verdadera referencia para sus fallos. En general, está destinado a que la comunidad jurídica asimile los razonamientos y los reclame para la práctica jurisdiccional.

En el tercer número se presenta, como un elemento que no por adicional es menos importante, un conjunto de artículos escritos por los jóvenes estudiantes voluntarios del proyecto. Ellos trazan en sus páginas, el análisis fresco, la mirada joven de la justicia. Varios de ellos aportan nuevas visiones de lo que deberían ser los procesos judiciales y las reformas para mejorarlos. En algunos casos, se redescubren conceptos. La CAJ cree importante dar tribuna al pensamiento joven, especialmente, al de aquellos que son partícipes voluntarios directos de un proceso que como la Auditoría Social es, de por sí, una escuela de pensamiento sobre la justicia.

Reiteramos el agradecimiento de la CAJ a los jueces transparentes que hicieron posible esta publicación. En particular a los jueces civiles: Víctor Obando Blanco (Callao), Henry Huerta Sáenz (Lima), Alex Herrera Delgado (Junín), Heriberto Gálvez Herrera (Lambayeque).

Agradecemos igualmente a los jueces penales Antonia Saquicuray Sánchez (Lima), Pablo Carpio Medina (Arequipa), Margarita Zapata Cruz (Chiclayo) y Fernando Bazán Cerdán (Cajamarca). En la misma medida, va la gratitud por este considerable aporte a los jueces de Familia Dafne Barra Pineda (Cusco), Wilda Cárdenas Falcón (La Libertad) y Rocío Aquize Cáceres (Arequipa).

Se debe mencionar, con agradecimiento, la colaboración desinteresada y vital del Voluntariado Universitario de Lima, Junín, Lambayeque, La Libertad, Arequipa, Cajamarca y Cusco.

Asimismo, expresamos un agradecimiento especial a Juan Jiménez Mayor, que fue quien analizó las sentencias, rastreó las líneas de pensamiento jurisdiccional de cada juez y buscó la coherencia argumentativa en el trabajo de administrar justicia.

Sistematizó y orientó el contenido de los libros Raúl Mendoza Cánepa, investigador de la CAJ. Colaboraron en este proceso, tanto en la recopilación como en las coordinaciones Verónica Castro Peña y Elka Torres Colán, bajo la dirección de Eddie Cóndor Chuquiruna, como coordinador del Proyecto y del Área de Participación Ciudadana y Buenas Prácticas.

ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS

Director Ejecutivo

Comisión Andina de Juristas

INTRODUCCIÓN

El segundo número de esta edición presenta un conjunto de sentencias en materia de Derecho Penal. La revisión del pensamiento jurisdiccional individual de cuatro jueces nos sirve para ubicar la línea de razonamiento penal a través del tiempo. Para cualquier lego y, aun, juez, abogado o estudiante ajeno a esta materia, salta a la vista que lo más resaltante es la metódica búsqueda de la verdad por parte de los jueces.

En base al estudio de la prueba, los jueces transparentes nos muestran el prolijo trabajo de análisis de los hechos que un investigador del pasado (pues cada consumación es un hecho anterior al proceso) debe realizar en base a la inspección del lugar de los hechos, los testimonios, la confesión de parte y todos los demás elementos que constituyen en su conjunto la línea de situaciones que subyacen a un delito. Sirve a este fin, la lógica. El juez penal aplica la ley, pero su búsqueda opera más en la realidad que en los textos. Por ejemplo, se constatan casos en los que la conjunción de testimonios constituye un amasijo de contradicciones, por tanto, y en concordancia con la lógica, tales testimonios pierden validez.

Algunas veces las acusaciones recogen testimonios que, a la luz de la inspección ocular, resultan falsos. En uno de los expedientes se observó, por ejemplo, que diversas acusaciones no tienen visos de realidad. La inspección ocular demostró, en cierto caso, que era físicamente imposible que la agraviada (víctima de violación) hubiera realizado determinado recorrido, debido a la gran cantidad de obstáculos insalvables dispuestos en el camino. Si el juez solo prestara oídos a las acusaciones o testimonios y no verificara *in situ* la posibilidad de consumación de un acto en cuestión, la justicia no sería cabal; como tampoco lo sería si el juez no hilara con cuidado los diversos elementos que se presentan en cada caso. Un solo elemento en contradicción con los demás constituye un contraejemplo y libera de culpa al encausado.

Pero la lógica (sustentada en deducciones) no solo es útil para conectar determinados hechos que se desea esclarecer con las pruebas que se presentan; sirve también para la correcta aplicación de la ley penal. Puede haber casos en los que el hecho no se adecúa al tipo penal previsto en la norma. En ocasiones resulta difícil saber si en efecto un supuesto acto constituye delito, y en otras es arduo el trabajo intelectual encaminado a conocer

si la acción fue dolosa. Los elementos objetivos y subjetivos de la comisión de un delito requieren una investigación prolija y, en lo posible, una dinámica intelectual ordenada. La mayoría de los jueces penales nos presentaron una metodología de trabajo intelectual. Es una condición del buen criterio el orden del razonamiento y éste debe ser homogéneo a todos los casos.

Con este cuidado de la lógica, el juez debe preocuparse de la vigencia de ciertas garantías; la principal de todas: la presunción de inocencia. En todos los casos, esa fue la constante.

12

Este número de la serie contempla el análisis de sentencias de cuatro jueces peruanos que abordan delitos disímiles como el de violación, injuria y difamación, lesiones, omisión de asistencia familiar, entre otros. Aborda, también, las excepciones de naturaleza de acción. En este último caso, se ha optado por la no anonimización de las resoluciones en ciertos temas, dada la trascendencia pública de los casos (violación de derechos humanos y corrupción).

El objetivo, como en las otras materias desarrolladas en la presente serie, es identificar las líneas individuales de pensamiento jurisdiccional de cada juez, constatando la coherencia que se espera de su razonamiento a lo largo del tiempo, y tener así, un referente que sirva a la justicia en el futuro.

1. MARCO CONCEPTUAL DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS MATERIA DE DECISIÓN JURISDICCIONAL

1.1. OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR

Uno de los elementos constituyentes del bienestar familiar, si no el más importante, es el derecho a los alimentos, que se entiende como aquello que necesita un niño o un adolescente o esposa para su sustento, alimentación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica, vivienda, recreación y otros que requiera el titular del derecho para su normal desarrollo como ser humano. También los gastos de embarazo, desde la concepción hasta el posparto. El derecho a recibir alimentos se encuentra legalmente establecido en la Constitución Política, en Tratados Internacionales y leyes de la República¹.

Siendo en esencia una obligación de carácter ineludible, es importante hacer notar que la indiferencia de muchos obligados generó la protección legal y al amparo de lo contenido en el Código Civil², no solo se estableció el marco legal de lo que se entiende por alimentos, si no también los alcances por mandato expreso a los directamente obligados; sin embargo, la evolución de la humanidad no ha logrado superar el enorme porcentaje de niños, adolescentes y mujeres que han tenido que recurrir a las instancias judiciales a efectos de que se obligue por mandato judicial a quien tiene la obligación por naturaleza de asistirlos y cubrir sus necesidades de alimentos.

¹ *Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias*, ratificada por nuestro país; en el **Artículo 4º**: «Toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación». **Artículo 11º**: «Las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Parte si reúnen las siguientes condiciones: a. Que el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en esfera internacional de conformidad con los artículos 8º y 9º de esta Convención para conocer y juzgar el asunto...».

Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por nuestro país, en su **Artículo 24º**, señala: «2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente».

² *Código Civil Artículo 472º*.- Noción de alimentos

Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

Código Civil Artículo 474º.- Obligación recíproca de alimentos

Se deben alimentos recíprocamente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.
3. Los hermanos.

Sin embargo hay quienes aun con mandato judicial, no cumplen con su obligación. Es así que el legislador se vio en la necesidad de regular este delito de omisión, dándole la connotación de una acción penal típica, antijurídica y culpable; en ese contexto la acción de Omisión a la Asistencia Familiar es un delito que se materializa como consecuencia del incumplimiento de la obligación civil que se tiene de acudir con la pensión de alimentos ordenada por mandato judicial, en aplicación estricta del derecho reconocido por la ley, el cual otorga a una persona la posibilidad de recibir una cantidad de dinero por parte de otra, que esté o haya estado unida a ella por lazos de parentesco o por haber mantenido una relación de pareja reconocida judicialmente.

El ilícito penal de incumplimiento de las obligaciones asistenciales se encuentra tipificado en el artículo 149° de nuestro actual Código Penal:

«El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una Resolución Judicial, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años, con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte».

Como se podrá apreciar del tipo penal, el delito no tiene como agente exclusivo al padre, ello debido a la apertura de los tratados y convenios internacionales³ para considerar en igualdad de condiciones al hombre y a la mujer respecto a sus obligaciones para con sus hijos, y por ende en igualdad de condiciones para asumir su rol de agente protector y benefactor; es que cualquiera, tanto el padre como la madre, podrá resultar sujeto activo en la comisión del delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Podemos decir, entonces, que la importancia de solidaridad familiar, se encuentra presente entre los padres y cada uno de éstos con su hijo generando un derecho —función en la cual sus titulares y destinatarios contemplan un único interés que es el familiar.

³ En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Artículo 10°-1, dice: «se debe conceder a la familia ...la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo».

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), párrafo 7 del preámbulo, dice: «... la educación de los niños exige la responsabilidad compartida de hombres y mujeres y de la sociedad en su conjunto».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su Artículo 17° agrega: «...Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos...».

La Omisión a la Asistencia Familiar, además de ser un delito por las consecuencias que tiene en la vida de los directamente afectados —por su repercusión en el entorno social— se hace merecedora de una sanción ejemplar. Sin embargo, por mucho tiempo no se aplicaba en estricto el artículo 29° del Código Penal que permite a los jueces dictar pena privativa de la libertad efectiva a partir del mínimo de 2 días de condena efectiva, debido a que por usanza tratándose de un delito cuya pena no excedía los 4 años de carcelería, las condenas que se imponían resultaban condicionales y se imponían reglas de conducta, con la expectativa de que pudiera generarse el ingreso que le permita cumplir con sus obligaciones y el mandato judicial.

En los últimos tiempos y debido a la incidencia en la comisión del delito se ha observado en la administración de justicia mayor rigor y decisión aplicando el artículo 46°; 46°B y 46°C⁴ del Código Penal y, por ende, dictando condenas privativas de libertad efectivas a quienes resultan reincidentes o agentes habituales del delito de Omisión a la Asistencia Familiar.

Entendemos que el magistrado se encuentra en la disyuntiva, por un lado, de administrar justicia en aplicación estricta de la norma penal, haciendo merecedor de una sanción al agente infractor y, por otro lado, determinar el tipo de condena, es decir, darle la oportunidad de cumplir una condena condicional o disponer una condena de carcelería efectiva

⁴ Artículo 46°.- *Individualización de la pena*

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto;
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente;
- «12. La habitualidad del agente al delito;»(*) y
- (*) Inciso incorporado por el Artículo 1° de la Ley N° 28726, publicada el 9 mayo 2006.
- «13. La reincidencia.»(*)

«Artículo 46°-B.- *Reincidencia*

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados». (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2° de la Ley N° 28726, publicada el 9 mayo 2006.

«Artículo 46°-C.- *Habitualidad*

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal». (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2° de la Ley N° 28726, publicada el 9 mayo 2006.

con el riesgo de que el desamparo que se pretende subsanar se prolongue en el tiempo por la ausencia del agente obligado. Lo cual implica que el fallo judicial contenga una significativa dosis de análisis social de los actuados y nos atrevemos a decir que en este tipo de delitos el criterio de justicia cumple un rol preponderante.

El delito de Omisión de la Asistencia Familiar en nuestro Código Procesal Penal se coloca frente a un proceso de naturaleza sumaria, lo cual debería agilizarlo debido a la importancia del bien jurídico protegido. Es el Decreto Legislativo N° 124 modificado por el Decreto Ley N° 26147 la norma reguladora de este proceso que tiene como importante característica el otorgamiento de la facultad al juez de instruir y de dictar sentencia, teniendo solo como mérito lo actuado en la etapa de instrucción.

Sin perder la perspectiva estamos en condiciones de concluir que para los delitos de Omisión a la Asistencia Familiar, el aumento de la pena o la severidad de la condena no ayuda a cumplir con el objetivo central, que es proveer de asistencia alimentaria suficiente para cubrir las necesidades de los alimentistas. Por ello resultaría más productivo pensar en mecanismos que a la vez que sancionen el delito, aseguren que la asistencia alimentaria se haga efectiva. Tal vez en esa perspectiva los legisladores promulgaron la *Ley N° 28970* que crea el REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS⁵, donde serán inscritas de conformidad con el procedimiento establecido en la presente ley, aquellas personas que adeudan tres (3) cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También serán inscritas aquellas personas que no cumplan con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un período de tres (3) meses desde que son exigibles.

1.2. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

A lo largo de la historia la violencia en todas sus manifestaciones, contra la mujer y en niñas, niños y adolescentes, ha puesto de manifiesto las deficiencias de los Estados para proteger y promover los derechos humanos de las mujeres y de las niñas, niños y adolescentes. Una vida libre de violencia es el principio del derecho a la vida, derecho que millones de mujeres, niñas, niños y adolescentes no conocen. Una de las formas más recurrentes de violencia se manifiesta en la forma de violación sexual.

El tema de violación sexual es motivador, debido a que se presenta como un problema social, universal y local. Podemos dar una mirada a nuestro contexto social y apreciar

⁵ La Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Ley N° 28970-12/ENE/2007) y sus concordancias, Decreto Supremo N° 002-2007-JUS (Reglamento) y la Resolución Ministerial N° 044-2007-JUS, en un análisis objetivo, si bien tiene un origen noble de protección de las mujeres y niños en estado de abandono material y moral frente al progenitor que rehúsa cumplir sus obligaciones forma parte de una tendencia legislativa denominada «populismo legislativo», por cuanto su contenido y regulación no asegura una efectividad social frente al problema del abandono material y moral hacia la familia.

empíricamente que estamos frente a un incremento indiscriminado de este tipo de violencia que linda con el homicidio, sin hacer distinción de género, raza, estrato socio-económico y cultural. Razón por la cual resulta indispensable verificar si nos encontramos capacitados y preparados para afrontar niveles mayores de violencia y responder adecuadamente con dispositivos legales útiles y efectivos, sea para aplicar las medidas correctivas o simplemente sancionar a los agresores, sin considerar las necesidades de apoyo a las víctimas, orientación a las familias, educación a la población meta y de una rehabilitación social al agresor.

La violencia sexual ha sido entendida en el tiempo como «el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima», definición que ha sido contemplada por las legislaciones antiguas, explica Flavio García del Río⁶, sosteniendo que en Roma se castigaba con la pena de muerte a quienes ejercían violencia sobre personas casadas o solteras (Digesto, Ley V, Título VI). En la antigüedad las sanciones eran severas contra los infractores de los delitos sexuales. En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos los sancionaban de una manera enérgica, y no solo la agraviada era considerada la víctima sino la sociedad en su conjunto y sobre todo los Dioses, ya que estaban arraigadas las ideas religiosas; por esta razón, la sanción que se aplicaba era la pena de muerte mediante ahorcamiento en público al violador.

Sin embargo, el derecho hebreo tenía penas más drásticas, pues la pena de muerte impuesta no solamente se circunscribía al autor directo, sino además, a sus familiares más cercanos. Por otro lado, el derecho canónico sancionaba igualmente la comisión de este delito con la pena de muerte, pero requería de la desfloración de la víctima, de manera que si el acto sexual hacía sufrir a una persona no virgen, éste no era considerado como una violación sexual y solo se sancionaba con penas leves. En definitiva, podemos decir que la pena de muerte era aplicada durante la Edad Media hasta la Edad Moderna.

En las leyes españolas, el Fuero Juzgo castigaba al hombre libre con 100 azotes y al siervo a morir quemado en fuego. El Fuero Viejo de Castilla determinaba la muerte de quien forzara a una mujer, fuera o no virgen.

Carlos Fontán Palestra⁷ añade que «en las partidas amenazaban con pena de muerte al hombre que robara a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa o yaciere con alguna de ellas por fuerza».

En el Perú, los incas sancionaban de distintas formas como, por ejemplo, la expulsión del pueblo, el linchamiento, entre otros y solo se aplicaba la pena de muerte para los reincidentes. En la época de la Colonia la cifra negra de la criminalidad aumenta ostensiblemente debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestras indígenas. Ya en la época

⁶ GARCÍA DEL RÍO, Flavio. *Delitos Sexuales*, Edit. Ediciones Legales, Lima, 2004, p. 5.

⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*. 16ª Edición, actualizada por Guillermo LEDESMA, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 52.

de la República explica Iván Noguera Ramos⁸, y estando en vigencia el Código Penal de 1924, había pena de muerte para el violador que agraviaba a menores de 7 años, siendo sustituida por la pena de internamiento para, posteriormente, con la Constitución Política de 1979 dejar solamente la aplicación de pena de muerte en caso de traición a la patria en situación de guerra exterior.

Mientras del Código de 1924 resultaba moralista y no protegía la indemnidad sexual del hombre y la mujer casada, el Código Penal de 1991 por primera vez incardinó los ilícitos sexuales dentro de los «Delitos contra la Libertad» (Título, IV del Libro II), en el Capítulo IX denominado «Delitos de Violación de la Libertad Sexual», incorporando delitos que atentan contra la «indemnidad» o «intangibilidad sexual» de menores de edad. Originalmente el texto de 1991 sancionaba los siguientes delitos: violación mediante violencia o amenaza (Art. 170°), violación a persona con incapacidad de resistir (Art. 171°), violación de persona en incapacidad de resistir (Art. 172°), violación de menor (Art. 173°), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (Art. 174°), seducción (Art. 175°), actos contra el pudor (Art. 176°), violación seguida de muerte o lesión grave (Art. 177°). Finalmente, el Art. 178° estableció la obligación accesoria del condenado de mantener a la prole, el ejercicio privado de la acción penal y la cancelación de la pena por matrimonio con la ofendida⁹.

De esta forma, en los tipos de violación simple (Art. 170°) y con el Art. 171°, se pasó a considerar como sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer y al margen del estado civil. El tipo del Art. 170° incorporó como circunstancia agravante el concurso de personas y el uso de armas, en el delito de seducción (Art. 175°) se suprimió la expresión mujer de «conducta irreprochable», mientras que el tipo de actos contrarios al pudor (Art. 176°) especificó que el sujeto activo no debe tener el propósito de practicar el acto sexual. Sin embargo, la reforma de 1991 no criminalizó otras formas de atentado sexual relevantes en el Derecho comparado, como la introducción de objetos o el acoso sexual, modalidades que recientemente han merecido un mayor desarrollo en nuestro catálogo de leyes y recientemente han sido incorporados¹⁰.

La Ley N° 26293 de 14 de febrero de 1994, básicamente incrementó las penas de los Arts. 170° a 174° y 176° y 177°, e incorporó los Arts. 173°-A, 176°-A y 178°-A. Mediante el Art. 173°-A se previó como agravante del tipo de violación de menores, la creación de un resultado de muerte o lesión grave. A su vez, el Art. 176°-A pasó a regular el delito de atentado contra el pudor de menor de 14 años, mientras que el Art. 176° sancionaba el mismo comportamiento realizado contra una persona de 14 años o más, pero con una pena inferior a la del Art. 176°-A. El Art. 178°-A prescribe como consecuencia jurídica del delito la posibilidad de someter al condenado, previo examen médico o psicológico, a un tratamiento terapéutico, el cual podrá considerarse como regla de conducta en los casos de

⁸ NOGUERA RAMOS, Iván. *Los Delitos Contra la Libertad Sexual*, Edit. Portocarrero, Lima, 1995, p. 15.

⁹ CARO CORIA, Dino. *Problemas actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales*, Edit. Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, p. 78. Sin embargo, con respecto a la cancelación de la pena por matrimonio fue derogada a través del Artículo 1° de la Ley 27115, publicada el 17 de mayo de 1999.

¹⁰ Ley N° 28704 del 5 de abril del 2006.

suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. Esta norma también estableció que los beneficios penitenciarios y el Derecho de Gracia, solo pueden concederse previo informe médico y psicológico sobre la evolución del tratamiento terapéutico.

Mediante la Ley N° 26357 de 28 de septiembre de 1994, se agravó el máximo de la pena privativa de libertad, de dos a tres años, en el delito de seducción (Art. 175°). Posteriormente, la Ley N° 26770 de 15 de abril de 1997 modificó el Art. 178°, restringiendo la exigencia de ejercicio privado de la acción a los delitos de los Arts. 170° primer párrafo, numerales 171, 174 y 175. Asimismo, limitó la cancelación de la pena por matrimonio a los casos de seducción (Art. 175°).

El Decreto Legislativo N° 896 de 24 de mayo de 1998 de «Delitos Agravados», afianzó esta tendencia sobrecriminalizadora; este dispositivo fue aprobado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de una difusa facultad legislativa delegada por el Congreso, pues la Ley N° 26950 de 19 de mayo de 1998 le autorizó legislar en materia de «Seguridad Nacional», rótulo en el que, contrariamente a toda definición gramatical y jurídica, se incardinó el problema de la criminalidad organizada¹¹.

En ese sentido, el citado Decreto incrementó las sanciones de los delitos de violación de menor (Arts. 173° y 173°-A), permitiendo la imposición de penas privativas de libertad de 25 años, 30 años y hasta cadena perpetua, decisión que no solo se opone a los principios de reserva de ley y proporcionalidad, sino que denota una clara utilización simbólica de la ley penal. De otra parte, el Decreto Legislativo N° 897 de 26 de mayo de 1998, «Ley de Procedimiento Especial para la Investigación y Juzgamiento de los delitos agravados», que tipifica el Decreto Legislativo N° 896, violando las garantías previstas principalmente en el Art. 139° de la Constitución, relajó notablemente las reglas del Derecho Procesal Penal común y de ejecución penal, al impedir por ejemplo la concesión de la libertad provisional, privilegiar la imposición de la medida cautelar de detención, restringir los plazos de la investigación y juzgamiento, o excluir los beneficios penitenciarios excepto la redención de la pena por el trabajo y la educación.

Además, la Ley N° 27115 de 17 de mayo de 1999 varió el Art. 178°, suprimiendo totalmente la exención de pena por matrimonio y el ejercicio privado de la acción penal. Seguidamente mediante Ley N° 27472, de fecha 5 de junio del 2001, se derogan los Decretos Legislativos N° 896 y 897, que elevaban las penas y restringían los derechos procesales en los casos de delitos agravados¹².

Sin embargo, este hecho fue tomado por la opinión pública y la prensa nacional como un retroceso en la legislación penal sexual, favoreciendo impunemente a estos trasgresores de la ley. En consecuencia, como producto de ello el Congreso de la República un mes después se vio obligado a reestablecer el contenido del Art. 173° y 173°-A del Código

¹¹ BLOSSIERS HUME, Juan José. *Criminalidad Organizada & Corrupción*, Edit Disartgraf, Lima, 2007, p. 24.

¹² Véase Diario Oficial «El Peruano» de fecha 5 de junio del 2001, p. 203944.

Penal mediante Ley 27507 de fecha 13 de junio del 2001; tres años después, con fecha 8 de junio del 2004, mediante Ley 28251, el Congreso de la República extiende la configuración típica de los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 174° y 175°, incluyendo el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o el que realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. Llenado con ello un vacío legal que la realidad venía reclamando en pos de luchar contra la impunidad de que era cómplice, en estos execrables delitos.

No obstante el gran avance por el paso dado con la Ley 28251, mediante Ley 28704 de fecha 5 de abril del 2006, las condenas para los violadores serían más severas. A partir de entonces aquel que abuse sexualmente de un menor de 10 años sería sancionado hasta con cadena perpetua¹³; si la víctima tiene entre diez y catorce años la pena será no menor de treinta y no mayor de treinta cinco años; y si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad la pena no será menor de veinticinco ni mayor de treinta años. De otro lado, si el agresor cometió el delito aprovechándose de su profesión u oficio, la pena será de 25 a 30 años de pena privativa de libertad.

Además los excluye de los derechos de gracia, indulto y de la conmutación de pena. La modificación en el artículo 170°, sanciona el ultraje sexual y contempla de 12 a 18 años de prisión si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima e inhabilitación conforme corresponda. Otro cambio severo ha sido realizado al artículo 172°, el cual tipifica el delito de violación de la persona en incapacidad de resistir (que sufre de anomalía psíquica, alteración de la conciencia y retardo mental). En este caso se le condenará de 25 a 30 años de pena privativa de libertad al agresor que se valga de su profesión u oficio. Y con respecto al artículo 173°, si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua¹⁴.

Como se podrá apreciar, la evolución en el tiempo de los criterios sancionadores y las necesidades de las víctimas han logrado una perspectiva más amplia de los alcances del delito y la sanción penal. Así, el menor de edad se ve ampliamente protegido por sanciones más severas que deberían amedrentar al agente agresor, dejando abierta la posibilidad de que cuando se trate de relaciones sexuales consentidas de menores 16 años y mayores de 14 años en el contexto de una relación sentimental, el juzgador tenga la posibilidad de no sancionar severamente al supuesto agresor.

Por otro lado, existe la figura del «engaño» o la seducción que hace más permeable la sanción penal al agente que hubiera mantenido relación sexual con mayor de 14 años y

¹³ Es preciso dejar sentado que desde entonces son pocos los Tribunales que han ordenado cadena perpetua, los anales judiciales así lo reportan.

¹⁴ Conforme a lo preceptuado en la Ley N° 28704 del 5 de abril del 2006.

menor de 18, manteniéndola en engaño bajo promesa de matrimonio¹⁵. La subjetividad de la figura del «engaño» generó sentencias contradictorias y cierta inseguridad jurídica que obligó a la Corte Suprema de la República a establecer el *Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116*¹⁶ con la finalidad de fijar las pautas para que el juzgador tuviera como herramienta para administrar justicia el criterio homogéneo al determinar la pena a imponer en el caso de los delitos de violación sexual contenidos en los fundamentos 9 al 12 del acuerdo.

En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad —por lo contradictorio e implicate que ello significará desde las propias normas penales vigentes— a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.

Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso *sub judice*, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:

- a) Que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
- b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.

¹⁵ LAS DEL JP DE SIHUAS DE 17-12-96, EXP. 07-96, condenó al profesor que practicó el acto sexual con su alumna bajo promesa de matrimonio, de dejar a su esposa y no avisar a sus padres. Que señala además que «en los delitos de violación de la libertad sexual el bien jurídico tutelado es la libertad de acceder a contacto sexual, así como también se protege la inmadurez biológica de la menor.

CASACIÓN N° 2675-2001-LIMA el 23 de diciembre del 2002, que señala en sus comentarios «*En principio, debe destacarse que la seducción a que se refiere esta causal no puede ser identificada con la figura penal del delito de seducción contemplada en el Artículo 175° del Código Penal. En efecto, el derecho penal considera como parte agraviada de este delito a una persona de catorce años y menor de dieciocho. Si este fuera el caso y de conformidad con el Artículo 240° del Código Civil, no podría existir promesa de matrimonio con una mujer que legalmente no es apta para casarse, por estar incurso en el impedimento de impubertad; con lo cual, resulta írrita esta causal. De otro lado, cuando se ha realizado esa identificación, también se ha sostenido que no puede invocarse esta causal una mujer que sea mayor de edad por cuanto, no siendo "ingenua", era conciente del acto sexual que realizaba y de las consecuencias que podrían generarse.*».

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la República - Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 Concordancia Jurisprudencial Artículo 116° TUO LOPJ- ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del Artículo 173° 3 CP, modificado por la Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena dado en Lima el dieciséis de noviembre de dos mil siete.- ACORDARON:

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del Artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del Artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
- d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso —como se ha indicado— median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal —que regula la institución del consentimiento— puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal.

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal.

Dentro de este contexto resulta muy importante la «valoración del daño físico y psicológico» en este tipo de delitos, conjugado con las circunstancias en que se produce al momento del acto sexual, en el que deberá estar ausente el consentimiento, para ser considerado un acto de agresión atentatorio de la libertad inherente a la persona, circunstancia que permitirá identificar el delito, su agente y la víctima.

Los autores han definido el delito de violación sexual como:

Noguera Ramos, define el delito de violación sexual como «*el acto sexual o análogo practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente (del sujeto activo); mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza su resistencia*»¹⁷.

¹⁷ NOGUERA RAMOS, Iván. *Los delitos contra la Libertad Sexual en el nuevo Código Penal*. 1ra. Edición. Lima. Fecal. 1992.

Bodanelly, señala: «El delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado sin consentimiento o contra su voluntad; mediante violencia real o física, como por amenaza grave o intimidación presunta»¹⁸.

Caro Coria, indica que la libertad sexual debe entenderse como:

- a) Sentido positivo-dinámico de la libertad sexual, se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales.
- b) Sentido negativo - pasivo, se concreta en la capacidad de la persona de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

25

Bramont Arias Torres, sostiene que la libertad sexual, tal y como indica la doctrina, tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa, que no han de considerarse opuestas sino complementarias. La positiva atiende a la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás. En la negativa el acento recae en el aspecto defensivo, esto es, en el derecho de la persona a no verse involucrada por otra persona, sin su consentimiento, en un contexto sexual. Esta libertad sexual se entiende en definitiva, como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir, la capacidad de actuación sexual¹⁹.

El delito contra la libertad sexual denominado «violación», es la imposición de la penetración sexual sin consentimiento, por medios violentos. Se caracteriza el delito en estudio, por la ausencia total de consentimiento del sujeto pasivo y la utilización de fuerza física o moral cuando el agente ejerza de manera indubitable poder sobre su víctima. Los cambios constantes en la legislación han servido para ir llenando los vacíos legales que permitían que el agente agresor muchas veces saliera bien librado y la víctima doblemente afectada al someterse a una administración de justicia que lejos de protegerla permitía que de manera relativamente privada (obsérvese que los juicios someten a la víctima al interrogatorio de los jueces, fiscales, abogados, peritos y en su momento los agentes policiales) tenga que revivir la agresión sufrida.

El agente agresor puede ser cualquier persona, sea hombre o mujer, que atente contra la libertad sexual de una persona con el agravante que si se trata de un menor edad las penas resultan mucho más severas. Será sujeto pasivo, cualquier persona con independencia de sexo, edad, conducta o cualquier otra situación personal, de manera que la violación puede cometerse en personas del sexo masculino o femenino, menor de edad o adulto, púber o impúber, de conducta digna o indigna.

¹⁸ BODANELLY, Pedro. *Delitos Sexuales*. Edit. Bibliográfica. Argentina. Buenos Aires. 1958, p. 108.

¹⁹ BRAMONT ARIAS TORRES, Luís y GARCIA CANCINO, María Del C. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 4ta. Ed. Editorial «San Marcos». 1998, pp. 232, 233.

1.3 EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

La excepción de naturaleza de acción es un medio de defensa técnico, que resulta viable cuando la conducta descrita en la denuncia penal y en el auto de apertura de instrucción no se adecua al tipo penal previsto en la norma penal, extremo en el cual el magistrado debe evaluar la antijuricidad penal de la conducta; y la segunda condición es que haya ausencia de las condiciones de punibilidad o en todo caso se encuentre presente una excusa absolutoria o una causa de exclusión de la pena.

26

Si la excepción se plantea basándose en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad, señala Manuel Catacora González²⁰, debe declararse infundada puesto que el mayor o menor grado de responsabilidad debe verse en el proceso mismo; así lo tiene declarado la Corte Suprema en diversas decisiones.

Las excepciones constituyen uno de los medios de defensa más importante con que cuenta el procesado, todo ello con el propósito de pretender poner fin a la instrucción abierta contra él o para regularizar su tramitación, sin que haya un pronunciamiento sobre el fondo de la materia.

El fundamento de las excepciones es evitar las consecuencias de un proceso indebido, por existir ciertas circunstancias que impiden la constitución de la relación procesal. Por razones de economía, estabilidad y regularidad procesal se faculta su planeamiento antes de entrar a considerar el fondo del asunto, para evitar así su rectificación o archivamiento posterior.

Las excepciones que acepta nuestro ordenamiento penal son cinco: Naturaleza de juicio, Naturaleza de acción, Cosa juzgada, Amnistía y Prescripción. Las excepciones tienen las siguientes características:

- No se refieren al objeto del proceso.
- Inciden sobre las relaciones procesales.
- La resolución que recae sobre una excepción es un auto que no es una absolución del acusado.
- Es derecho subjetivo, ya que favorece a la parte que lo interpone (excepto cuando se interpone de oficio).

Cuando las excepciones fueron incluidas en nuestra legislación eran derecho exclusivo de los imputados, por ser una figura que les beneficiaba solo a ellos y por lo cual tenían legítimo interés para deducirla. Posteriormente, se permitió que se deduzcan de oficio la excepción de prescripción, la amnistía e inclusive la cosa juzgada. Pero actualmente, se puede deducir de oficio todas las excepciones; coyuntura que se debe entender como la posibilidad que tiene el Juez Instructor, el Tribunal Correccional o la Sala Penal de

²⁰ CATACORAZ GONZALES, Manuel S. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Rodhas, Lima. 1996.

detectar, identificar y declarar de oficio la existencia de impedimentos que puedan retrasar o archivar el proceso.

Por otro lado, el Ministerio Público está prohibido de deducir excepción, ya que a éste le incumbe ejercitar y sostener la acción penal. Pero sí le compete emitir opinión motivada en incidente en que dé lugar la excepción opuesta expresamente por el imputado.

Respecto a la oportunidad del interesado de deducirla, el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, establece que «*Las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del proceso...*». Ello significa que de modo general, la excepción puede ser opuesta ya sea en el período investigatorio o durante las fases de los actos preparatorios de la acusación, y de la audiencia o durante el juicio oral e incluso ante la Sala Penal de la Corte Suprema.

Contra el auto del Juzgado que resuelve la excepción deducida, procede el recurso de apelación por parte de quien no esté de acuerdo con lo resuelto, a fin de que el Tribunal pertinente resuelva la apelación. Entre las partes, puede apelar el imputado si el auto le es desfavorable; la parte civil si se declara fundada la excepción propuesta; el Ministerio Público, cuando considere que lo resuelto no es compatible con la legalidad y la recta administración de justicia; e, inclusive el tercero responsable civilmente, si considera que indirectamente le causa agravio la resolución.

El recurso de nulidad contra autos del Tribunal que resuelven excepciones, solo procede cuando se trata de procedimiento penal ordinario, pero de ninguna manera en el procedimiento sumario. El Código de Procedimientos Penales en el Art. 90° señala que las excepciones deben resolverse en cuaderno aparte, para evitar el retraso del proceso. Por otro lado, el jurista Arsenio Oré Gaurdia²¹, señala que en los casos de amnistía y prescripción, por ser su deducción obvia podrían resolverse en el cuaderno principal.

Los efectos que se produzcan dependerán del tipo de excepción que sea. Si se dedujo excepción de naturaleza de acción y es declarada fundada se declarará fenecido el proceso y se archivará definitivamente lo actuado, provocando cosa juzgada.

1.4 LESIONES

No es novedoso en el diario vivir que, producto de la convivencia diaria, existan diversos roces y actos consecuentes con el cotidiano y agitado día a día, que nos obligan muchas veces a ser observadores o agentes de actos de agresión, con el resultado lamentable de algún lesionado por el ataque ya sea éste violento o leve; ataque al fin, nos preguntamos cómo definir esta consecuencia física y nos dirigimos al diccionario y encontramos la definición de lesión como «el daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad». Es sinónimo de herida, vocablo que según el propio diccionario, es «lesión penetrante producida en un cuerpo vivo por un choque o un arma».

²¹ ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1995.

Este concepto general nos lleva a dos direcciones, una al concepto médico y la otra al concepto legal de delito de lesiones. Para la Organización Mundial de la Salud, una lesión es toda alteración del equilibrio biopsicosocial.

En Derecho y Medicina legal, las lesiones comprenden, además de las heridas externas, cualquier daño en el cuerpo que pueda objetivarse y debido a una causa externa en la que esté implicada una tercera persona.

28

Nuestro ordenamiento legal considera lesión pasible de sanción penal a aquella que pone en riesgo la vida o la salud de una persona causando daño que deje en el cuerpo de la víctima secuela, vestigio, limitación o altere su salud física o mental.

La Constitución Política resulta el pilar fundamental que establece el bien jurídico protegido en el caso del delito de lesiones, debido a que resulta un derecho fundamental de la persona contenido en el artículo inciso 1) del artículo 2º; que reconoce el derecho que tiene toda persona a la integridad física; lo cual implica que cualquier acción que contraríe la Carta Magna será considerada una trasgresión o ataque, circunstancia que obligó al legislador a regular la infracción conteniéndola en el Código Penal a efectos de garantizar su protección y sancionar al agresor y trasgresor de un precepto constitucional.

Retomando la forma de identificar las lesiones y establecer el grado de las mismas, tendremos que para ser consideradas como tal las lesiones deberán evidenciarse como alteraciones de la estructura anatómica y de la función de los órganos, en un organismo vivo, que deja huella material en el ser humano, producida por la acción vulnerante de agentes físicos, químicos o biológicos; las cuales se pueden originar en diversas circunstancias, como son las riñas, agresiones sexuales, homicidios, accidentes de tránsito, accidentes laborales o producto de la mala praxis médica. En general, cada una de estas situaciones es estudiada por un área específica de la medicina legal, para que luego el diagnóstico permita al juez, mediante un Informe médico legal auxiliar, establecer el grado de la lesión y su gravedad, con el principal objetivo de graduar la pena que va a imponer. Este elemento técnico pericial tendrá participación activa en el ámbito judicial, laboral y profesional, respectivamente²².

El bien jurídico protegido de este delito en la doctrina tiende a determinar las lesiones en forma doble: integridad corporal y salud (física y psíquica); entendiéndose por «integridad corporal» la sustancia corporal, por ej. la mutilación de un miembro; y por la «salud» la presencia de enfermedad ya sea física o psíquica, por ej. una enfermedad que requiera más de treinta días de asistencia facultativa. La salud (física o psíquica), como un solo bien jurídico, ya que la integridad corporal no es sino una de las dimensiones de la salud, y que además nunca es ella sola la afectada por un delito de lesión, sino también la afección de la psiquis de la persona, así como la interferencia en sus relaciones con los demás.

²² SIMONIN, Camilo. «Medicina Legal General». En: *Medicina Legal Judicial*. Barcelona, España, Editorial Jims, 1952. pp. 29-65.

Nuestro Código Penal vigente alude en los Arts. 121° y ss., a la causación de un daño en el cuerpo o en la salud; deduciéndose que nuestro legislador opta por la posición mayoritaria, esto es la existencia de dos bienes jurídicos tutelados: el cuerpo y la salud. Entonces, entiéndase por daño en el cuerpo, según FONTÁN BALESTRA²³, a cualquier modificación más o menos duradera en el organismo de la víctima. Esta modificación puede ser interna o externa, importa poco que sea o no percibido externamente. Se trata de un concepto anatómico. La modificación ha de ser más o menos duradera, es decir, ha de quedar por algún tiempo.

Por daño en la salud se entiende toda modificación en el funcionamiento del organismo de una persona. Se trata de un concepto fisiológico, lesiones en los órganos internos que no se manifiestan externamente. Este trastorno ha de tener alguna duración. Constituyen daño en la salud, las lesiones causadas por contacto o contagio, como las infecciones blenorragias, la tuberculosis, etc.; asimismo las alteraciones psíquicas, aunque no sean permanentes, como la ebriedad alcohólica o por suministro de sustancias, estupefacientes.

El Código Penal peruano, describe como acción típica a la que despliegue «*Toda persona que por cualquier medio cause un menoscabo en la salud de otro. O daño que deje huella material en el cuerpo humano; y las lesiones son producidas por heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras*».

Lesiones graves:

Artículo 121°.- Lesiones graves

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:

1. Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
2. Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
3. Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Cuando la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento

²³ Profesor y autor de libros de Derecho, como el *Tratado de Derecho Penal: Parte general*, donde aborda el tema de lesiones.

de sus funciones, se aplicará pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de doce años.

Los tiempos violentos han obligado al legislador a ir generando nuevas sanciones agravadas por la naturaleza de la víctima. En ese contexto el 27 de noviembre del 2008 la Ley N° 29282 incorpora los artículos 121°-A y 121°-B que comprenden al menor como víctima de lesiones graves cuando el agente agresor es su tutor o responsable; incorpora además como ilícito penal las agresiones que pudiera sufrir la víctima de violencia familiar.

30

Artículo 121°-A.- Formas agravadas. El menor como víctima

En los casos previstos en la primera parte del artículo 121°, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, remoción del cargo según el numeral 2 del artículo 554° del Código Civil e inhabilitación a que se refiere el artículo 36° inciso 5.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años.

Artículo 121°-B.- Formas agravadas. Lesiones graves por violencia familiar

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud por violencia familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de quince años.

Lesiones leves:

Artículo 122°.- Lesiones leves

El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días-multa.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años.

De la misma forma que cuando se trata de lesiones graves, se ha considerado la necesidad de legislar de forma especial, cuando la víctima resulte ser un menor de edad o cuando la lesión se produzca como consecuencia de violencia familiar (artículos incorporados por la Ley 29282).

Lesiones menos graves o leves a menores:

Artículo 122°-A.- Formas agravadas. El menor como víctima

En el caso previsto en la primera parte del artículo 122°, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, remoción del cargo según el numeral 2 del artículo 554° del Código Civil e inhabilitación a que se refiere el artículo 36° inciso 5.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de nueve años.

Artículo 122°-B.- Formas agravadas. Lesiones leves por violencia familiar

El que causa a otro daño en el cuerpo o en la salud por violencia familiar que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y suspensión de la patria potestad según el literal e) del artículo 75° del Código de los Niños y Adolescentes.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años.

El delito se encuentra consumado con el daño ocasionado a la víctima, el cual según prescripción facultativa requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso.

Sujeto pasivo, sería el menor de catorce años o el cónyuge, conviviente o pariente consanguíneo en línea recta o colateral.

Lesiones con resultado fortuito:

Artículo 123°.- Lesiones preterintencionales con resultado fortuito

Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir.

Conforme lo prescribe el tipo legal, se debe distinguir tres supuestos:

1. Que el sujeto activo tuvo la intención de causar una lesión menos grave.
2. Que, a consecuencia de dicha lesión se produjo un resultado grave o incluso la muerte de la víctima.
3. Que el sujeto activo no pudo prever el resultado, era pues imprevisible.

Lesiones culposas:

Artículo 124°.- Lesiones culposas

El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.

La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave.

La pena privativa de la libertad será no menor de tres años ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° incisos 4), 6) y 7), cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

La pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro años.

La última modificación que sufriera este artículo fue dispuesta por la Ley N° 27753 promulgada el 9 de junio del 2002, como consecuencia de regular y sancionar la impunidad de las lesiones que se producían debido a las malas acciones o maniobras producidas por conductores ebrios, conducta que no se encontraba tipificada en el Código Penal y que a la fecha ya es pasible de sanción penal, aun cuando sus detractores consideran que no existe sanción penal que repare el daño causado por un agente que pudo prever el resultado de un acto que puede culminar con la muerte de la víctima.

Daños al concebido

Artículo 124°-A.- El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres.

Este artículo fue incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 27716, publicada el 8 de mayo del 2002.

1.5 DIFAMACIÓN E INJURIA

Ambos delitos tienen como bien jurídico protegido «el honor», virtud que se encuentra protegida además por el artículo 2º, inciso 7), de la Constitución Política del Perú. Si bien la Norma Fundamental prefiere asumir una postura fáctica del honor (reconocimiento de honor interno y de honor externo, entendido este último como buena reputación), lo que en el fondo está admitiendo es la existencia de un derecho único al honor, tal como lo ha hecho también el artículo 37º, inciso 8), del Código Procesal Constitucional.

En ese contexto podemos considerar que el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación. Significa entonces que ante un ataque injustificado al honor de una persona existe la acción reparadora de la rectificación.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional a través del fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0446-2002-AA/TC «...*el honor forma parte de la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investida, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos*». Asimismo, se ha señalado en el fundamento 2 de la misma sentencia que este derecho «(...) *forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución Política, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o antes los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva*».

Para que la rectificación pueda ser ejercida debe existir un elemento que afecte el honor de una persona, y ésta es una condición básica para su disfrute. La prueba de este hecho, que no requiere una declaración judicial previa, debe basarse en los elementos objetivos presentados por quien la reclame y que deben ser explicados en el requerimiento que exhiba ante el medio de comunicación. Esto ha de significar que para hacer el pedido de una rectificación no es necesario, ni menos aún exigible, que se haya comprobado previamente el daño al honor de las personas. Basta tan solo con una apariencia de la vulneración.

El honor, como bien jurídico protegido en esta clase de tipos penales, puede ser considerado desde dos puntos de vista; desde un punto de vista subjetivo el honor significa la «autovaloración», la «propia estimación»; es decir, el juicio que cada uno de nosotros se forma de sí mismo. Soler expresa que «*el honor subjetivo puede ser considerado como una autovaloración, es decir, como el aprecio de la propia dignidad, como el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético sociales*».

Ahora bien, el honor desde un punto de vista objetivo es lo que comúnmente se llama «reputación»; es decir, la valoración que los demás hacen de nosotros a través de nuestra conducta real o aparente. El hombre, al actuar dentro de la sociedad, provoca en los demás, con sus actos, un juicio de valor. Esto es la reputación (lo que los demás piensan

de nuestra integridad moral) y en ella reside el honor desde el punto de vista objetivo. La reputación puede ser producto de una conducta real o aparente, según el sujeto actúe como en realidad es, o que actúe disimulando sus vicios de modo tal que los demás lo vean de forma diferente a lo que es en realidad.

Asimismo Núñez también distingue el honor entre las clases precitadas y así expresa que «El honor (...) es la propia personalidad entendida como la suma de cualidades físicas, morales, jurídicas, sociales y profesionales, valiosas para la comunidad, atribuibles a las personas. Cuando el que atribuye esas cualidades es el propio interesado se habla de honor subjetivo u honra de la persona. Cuando los que le atribuyen esas cualidades al interesado son los terceros, se habla de honor objetivo o crédito de la persona».

El honor subjetivo y el objetivo pueden no coincidir. Así por ejemplo, un hombre puede tener un bajo concepto de su dignidad y disimularlo con su conducta de modo tal que su reputación es la de un caballero. Todas las personas poseen una autoestima determinada, la que sea. Algunos la tendrán más elevada que otros, pero ello no obsta a que cada cual tenga la suya propia y que ello sea de suma importancia para los hombres. Es la valoración como persona que cada uno tiene de sí mismo muy dentro suyo, ya en la psiquis, ya en el espíritu, por el solo hecho de ser tal.

En este orden de ideas es de destacar que el honor, como valor que es, ha sido reconocido como de importancia suprema a tal punto que ha sido considerado en primer orden en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Pacto de San José de Costa Rica, la cual en su Art. 11° del Capítulo I de la Parte Primera, bajo el título «Protección de la honra y de la dignidad», reza: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad». Asimismo, dispone el inc. 2: «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, o en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación».

DIFAMACIÓN

Incurrirá en delito de Difamación aquel que se comuniquen con una o más personas con ánimo de dañar, de una acusación que se hace a otra persona física o moral de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causar o cause a ésta una afectación en su honor, dignidad o reputación.

La ofensa, en este delito, es atribuir a una persona una cualidad, conducta o hecho que pueda causar daño a su honor. Según Raúl Peña Cabrera: El empleo del concepto «hecho» por la ley es inapropiado si es que partimos de la consideración de que el Derecho únicamente regula conductas humanas que se dan en la sociedad. Los hechos de naturaleza carecen de validez para el Derecho. Así mismo, nos dice que el empleo de los términos «cualidad» y «conducta» permiten deducir que, para que la conducta realizada sea típica, basta la simple atribución entre varias personas de un ilícito penal o de una determinada cualidad. Por ende la difamación puede alcanzar ofensas morales y no exclusivamente delictuosas.

La comunicación se debe dar ante varias personas, puede ser verbal o escrita y como mínimo a dos personas, las cuales pueden estar juntas o separadas

El Código Penal peruano sanciona la vulneración al honor de la persona en el artículo 132°: El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131°²⁴, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa.

FONTÁN BALESTRA²⁵ determina que los delitos de injuria y calumnia, respectivamente, se basan fundamentalmente en la naturaleza del hecho imputado, que por su gravedad presupone, en calumnia, una ofensa de mucho mayor alcance para el honor, sea éste considerado objetiva o subjetivamente. Sin embargo entre ambos existe una relación de género a especie.

Se representa entonces en la conducta que afecta al honor objetivo, constituido en la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto. Implica entonces en su acción la divulgación de juicios ofensivos, delictuosos o inmorales ante varias personas. Este delito se realiza a través de una acción, no hay difamación por omisión.

En la difamación no se requiere necesariamente dañar el honor, ya que es suficiente que éste sea puesto en peligro, es a esto cuando la ley dice «que pueda perjudicarse». Si la libertad de información es la lesión en sí del derecho, debe de ser constatada con la veracidad de lo relatado ya que el que transcribe un hecho puede introducir elementos subjetivos que hacen perder la objetividad de una información.

Entonces los límites a la libertad son dos: veracidad de lo informado, respeto de los derechos fundamentales y en especial el derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad. De tal forma que toda información ha de guardar respeto a los dos enunciados anteriormente señalados, aunque hay opiniones contrarias en torno a esto, en las que se señala que la libertad de expresión y de información se antepone al respeto a la intimidad; pero el Tribunal Supremo señala que prevalece sobre la libertad de información el

²⁴ Artículo 131° Código Penal «El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con 90 a 180 días-multa».

²⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Abeledo-Perrot. Décimo sexta edición. Buenos Aires, 2002.

derecho a la intimidad obligando al informador no solo a ser objetivo, auténtico y veraz en lo publicado sino a centrarse únicamente en la información en sí y no en echar carnaza a algo irrelevante para la opinión pública.

INJURIA

Etimológicamente, la palabra Injuria, procede de los términos latinos «*in*» e «*ius*», significando así, en un sentido muy amplio, todo lo contrario a derecho, o como decía Viada y Vilaseca que injuria es todo lo que es contra razón y justicia.

En el Código español de 1848 se entendía por injuria la expresión proferida para deshonorar, desacreditar o menospreciar a otra persona. La ofensa al honor se agravaba y tomaba nuevo matiz bajo el *nomen iuris* de calumnia; la imputación falsa de un hecho delictuoso y sometido a un procedimiento de oficio. En el antiguo Derecho español, la injuria era el delito contra el honor por excelencia, a diferencia de las legislaciones italianas y germánicas, que comprendían a la difamación y calumnia simultáneamente.

Esencialmente la injuria es un agravio, ultraje de obra o de palabra, que lesiona la dignidad de persona diferente al que la hace. La injuria es, en síntesis, todo acto que dirigido a una persona, perjudica su reputación o atenta contra su propia estima y que es conocido por terceros, es decir; un acto lesivo de derechos y con publicidad en un determinado ámbito social.

Hay que advertir que las legislaciones penales dan a la palabra honor un sentido mucho más amplio que el correspondiente a su pura significación gramatical. Si se considera el honor como cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento del deber, es inatacable y no necesitaría protección penal. Solo su propia conducta puede deshonorar a un ser humano. Si se considerara como gloria o reputación que sigue a la virtud o al mérito, harían falta estas cualidades para merecer la defensa del Derecho.

Sin embargo, las expresiones ofensivas se consideran delito de injuria con independencia de las cualidades o méritos morales del sujeto pasivo. El ordenamiento jurídico ampara el respeto que merece toda persona humana por el hecho de serlo. En este sentido ha sido previsto en el artículo 12° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en la encíclica *Pacem in terris*: «*Todo ser humano tiene el derecho natural al debido respeto de su persona, a la buena reputación...*».

Corresponde siempre a los tribunales decidir sobre las expresiones que se pueden considerar injuriosas. Es evidente que la misma palabra o gesto tienen muy distinta significación según el ambiente, sentido que se les dé e incluso personas a quienes se refieran.

En el Código Penal peruano está previsto y penado en el artículo 130° que a la letra dice: «*El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa*».

«Ofender» y «ultrajar» son verbos sinónimos que indican la relación de acciones dirigidas a lesionar el honor de una persona. El honor es el derecho que toda persona natural tiene a que se le respete según las cualidades que ella misma se autoasigna. La injuria es una ofensa a la honra de una persona o una ofensa al crédito de ella.

Como ofensa a la honra, la injuria es una lesión al derecho que tienen las personas a que los terceros respeten las cualidades que se autoasignan. Como ofensa al crédito la injuria es la lesión al derecho que tiene toda persona a que no se perjudique la opinión que sobre su personalidad tengan o puedan tener los terceros.

La finalidad ultrajante puede canalizar a través de la injuria verbal, o sea por medio de la palabra dicha o escrita, significa que se requiere de una acción positiva para considerar un acto positivo. En el *animus injuriandi* hay que considerar los antecedentes del sujeto agravante tanto del sujeto activo como del pasivo.

La ofensa puede asimismo manifestarse por medio de la injuria real, gestos, vías de hecho. El «gesto» es la expresión que se hace con el rostro. Las «vías de hecho» son las conductas que se exteriorizan por movimientos corporales, distintos a los del rostro, una bofetada, un escupitajo dirigidos a un persona constituyen también formas de injuriar.

Con la frase «de cualquier manera» nuestra ley está permitiendo la interpretación análoga, es decir, que la injuria real puede realizarse por medio de las caricaturas, la pintura, la escultura siempre que no sean divulgadas.

Tratándose de la injuria verbal, aunque la ley no lo diga expresamente se necesita la presencia física de la persona deshonrada; es decir, que se le hace en el mismo ambiente físico del injuriante o a la vista del mismo. Cuando la injuria se realiza por medios visuales como dibujo, carteles o vía telefónica, la persona ofendida debe estar presente en el momento de explicarse el contenido de la comunicación ofensiva.

De las opiniones de Manzini y Núñez las injurias recíprocas que se dan entre dos personas tienen una relación de causa efecto, ya que la segunda injuria (injuria-respuesta) debe tener su génesis en la primera (injuria-provocación); en ese sentido una injuria verbal podría ser contestada con otra injuria verbal o con un gesto.

El delito de injuria, previsto y regulado por el artículo 130° del Código Penal, requiere para su configuración que el agente ofenda o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho; en tanto que el delito de difamación, regulado por el artículo 132° requiere que el agente, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuya a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación.

2. LÍNEAS INDIVIDUALES DE PENSAMIENTO JURISDICCIONAL

2.1. LINEAS INDIVIDUALES DEL JUEZ JUAN PABLO CARPIO MEDINA

Arequipa

Abogado egresado de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Maestría en Constitucional. Mención Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y doctorado en Derecho. Juez Especializado en lo Penal Titular de Arequipa. Publicaciones en materia registral. Colaborador en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, participando como ponente en diferentes temas del derecho penal, con conocimientos del idioma quechua hablante.

2.1.1. Análisis de las sentencias

La estructura de las sentencias que presenta el juez Carpio se articulan conforme a un estilo muy original en la parte expositiva, conservando un orden secuencial en relación al proceso y los sujetos procesales, los cuales se encuentran plenamente identificados; así mismo, detalla de forma resumida la pretensión y condición jurídica de cada uno de ellos. Podemos observar de las sentencias que se tiene mucho cuidado en precisar la pretensión del Ministerio Público, así como la constitución en parte civil o no de la agraviada en el proceso. Sin embargo, es menester acotar que en lo que respecta a la identificación del proceso y descripción de los hechos materia de instrucción se hace una breve acotación de los sujetos procesales y del tipo penal invocado, sin detallar los hechos que se denuncian.

Finaliza la parte expositiva con lo que sumilla como el itinerario del proceso, no observándose uniformidad en las sentencias en este aspecto, debido a que en algunos casos no hay orden de prelación en las secuencias procesales que se pretenden describir con la finalidad de acreditar que se agotó la etapa de instrucción.

Constituye una segunda parte importante de las sentencias del juez Carpio la parte considerativa de las mismas, que se inician con la precisión de los elementos determinantes que le permitirán decidir por la responsabilidad o no del procesado en los cargos materia de instrucción. Estos elementos que al finalizar la parte considerativa deberán ser concomitantes con el fallo son:

- la valoración de la prueba actuada con la finalidad de establecer los hechos probados;
- la precisión de la normatividad aplicable y
- la subsunción de los hechos en la normatividad aplicable.

Un elemento distintivo de las sentencias presentadas, es que el juez Carpio utiliza algunos fundamentos conceptuales de corte idéntico en la materia jurídica que aborda. Esto es, al saber la materia que va a resolver presenta argumentos similares para conceptuar el tema y ubicar un marco general. En las diez sentencias que presentamos se ha seguido este patrón lo que evidencia un estilo de trabajo que plantea el uso de ciertas plantillas, sin que signifique que no se toma el trabajo de singularizar cada proceso. En nuestra opinión es una forma de seguir un estilo en cuanto a la estructura de la resolución y un orden, que no afecta el fondo de la materia y un fallo justo.

Omisión de asistencia familiar

Es así que no existe un criterio uniforme respecto al tipo de condena que impone con su fallo. En dos de las seis sentencias que se estudian sobre Omisión a la Asistencia Familiar se reservó el fallo condenatorio, como apreciaremos en la **sentencia del 3 de octubre del 2005**, en la que se tiene probado el hecho denunciado con las pruebas anexadas al expediente. Una de ellas, el expediente 664-01 sobre Alimentos acredita que el procesado ha realizado consignaciones judiciales hasta por 900 nuevos soles, siendo que por concepto de pensiones devengadas corresponde la suma de 300 nuevos soles como aparece del expediente de alimentos.

Al realizar el juicio de tipicidad concluye que los hechos se adecuan al tipo penal objetivo de Omisión a la Asistencia Familiar, ya que según el artículo 149°, primer párrafo del Código Penal, el tipo objetivo y subjetivo se cumplen, pues está acreditado que el acusado ha omitido con cancelar oportunamente la integridad de las pensiones ordenadas por sentencia del Octavo Juzgado de Paz Letrado, a pesar de habersele requerido bajo apercibimiento de iniciársele proceso penal por este delito.

Encuentra que también concurre el elemento subjetivo del tipo penal referido al dolo o intención de incumplir con los deberes de tipo asistencial pues es evidente que al no efectuar el pago íntegro de las pensiones devengadas se tiene la intención de omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una Resolución Judicial, estableciéndose con ello la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta del acusado.

Al establecer los fundamentos que sustentan la condena a imponer, considera determinante la finalidad resocializadora de la pena. Se puede observar como elemento esencial en la sentencia, que *«la condena efectiva en este caso no va a ser más útil para los fines de rehabilitación, por lo que al amparo de lo dispuesto por el artículo 65° del Código Penal es del caso*

*disponer la reserva del fallo condenatorio*²⁶, en razón de tratarse de pena inferior a tres años y por cuanto la naturaleza y modalidad del delito, como la personalidad del agente, hacen prever que esta medida le impedirá cometer nuevos delitos, debiendo quedar sujeta a las reglas de conducta que se le imponen». Asimismo, conforme al artículo 93° del Código Penal, se fija una reparación civil en un monto que estima la reparación del daño, considerando que tratándose de un delito de Omisión a la Asistencia Familiar, debe fijarse considerando que el encausado ha cumplido con abonar por concepto de pensiones devengadas 300 nuevos soles.

Una situación muy similar se había presentado antes; pareciera que esta sentencia recoge los elementos de la **de fecha 29 de abril del 2004**, cuya estructura es muy parecida a la sentencia analizada anteriormente, que falla reservando el fallo condenatorio a pesar de que de los fundamentos de hecho se observa que la renuencia a cumplir con el mandato judicial no cuenta con causa de justificación que atenúe la responsabilidad penal. Concluye que el acusado estaba consciente de la conducta que asumía de no cumplir el mandato judicial oportunamente y en su totalidad, lo cual constituye el ilícito penal; en consecuencia, podía esperarse del acusado una conducta diferente a la realizada, que no realizó, por lo que le es reprochable la misma.

Aun cuando sustenta su fallo en la facultad que tiene el juez para conceder la reserva del fallo condenatorio, atendiendo a la naturaleza y modalidad del hecho punible materia de instrucción, y a la personalidad del sujeto activo, que hacen prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito, y porque concurren los supuestos que exige el artículo 62° del Código Penal; no se observa en los fundamentos de la sentencia coherencia en este aspecto.

Según la **sentencia del 14 de enero del 2005**, la prueba indubitable de la comisión del delito se manifiesta en la formalización de la denuncia²⁷ y la existencia del requerimiento judicial, con la liquidación de pensiones devengadas con el apremio de ser denunciado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar que fuera debidamente notificado al acusado, prueba que aun cuando no releva a las aportadas por la parte civil acredita la comisión del ilícito penal.

En esta oportunidad se desprende de los fundamentos de hecho de la sentencia que se encuentra probado en autos que el acusado ha sido sujeto de dos procesos por el mismo

²⁶ Código Penal Artículo 62°.- Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos

El Juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito.

La reserva será dispuesta:

1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
2. Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o
3. Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada.

²⁷ El Ministerio Público en este tipo de procesos anexa copias certificadas del proceso judicial de alimentos que contiene entre sus piezas importantes la sentencia, la liquidación de devengados y el requerimiento al demandado.

delito y aunque no se precisa la forma en que concluyeron y mucho menos si el acusado registra antecedentes penales, esta premisa parece determinante al momento de imponer la pena, así como el hecho de que al parecer la conducta evasiva del procesado para con sus obligaciones se encuentra probada en autos. El acusado por su parte manifiesta que realizó una tercera liquidación de devengados, que viene efectuando pagos al juzgado de familia hasta por un monto de 500 nuevos soles.

El juez sostiene que el establecimiento de la responsabilidad supone, en primer lugar, la valoración de la prueba actuada, con la finalidad de establecer los hechos probados; en segundo lugar la precisión de la normatividad aplicable; y en tercer lugar, realizar la subsunción de los hechos en la normatividad jurídica²⁸.

Como ocurre en los casos anteriores, el juez no encuentra causa de justificación o atenuante de responsabilidad en la conducta del procesado por lo que le es reprochable su comportamiento; por el contrario, determina que debe tenerse como agravantes que el inculcado con su conducta ha afectado deberes fundamentales de asistencia y protección entre familiares y en especial como padre de la menor agraviada, pese a que tenía la suficiente capacidad económica para cumplir con el pago del monto de la pensión fijada o por lo menos de manera parcial con una fracción de la pensión de manera *regular* ha incumplido con dicha obligación, e incluso, pese a haber sido procesado en otros juicios por el mismo delito, persiste en incumplir con su obligación alimentaria, y por el contrario evidencia una conducta tendiente a sustraerse al cumplimiento de su obligación como padre, al no concurrir al despacho pese a que se le ha citado en reiteradas oportunidades e incluso mediante la publicación de edictos.

Considera el magistrado que el daño causado en el bien jurídico protegido se observa en el peligro inminente al proyecto de vida del agraviado, concepto que no había utilizado en otras sentencias; sumando a la conducta desprendida del procesado para con sus obligaciones la existencia de otros procesos por el mismo delito, hace evidente la intención del acusado de eludir su obligación paterna, de conformidad a lo dispuesto en el artículo cuarenta y seis incisos tercero, quinto, octavo y noveno del Código Penal. Y contrario al criterio que observamos anteriormente, en esta oportunidad presume que la efectividad de la pena realizará de manera apropiada la función *protectora* de la sanción, y le impedirá en el futuro cometer nuevos delitos. Reforzando la capacidad motivadora y resocializadora de la norma penal, es procedente imponer una pena efectiva de la pena, de conformidad con lo establecido en el artículo IX del título preliminar.

Este argumento resulta determinante para que el juez Carpio considere que la condena a aplicar en el presente caso amerita condena de prisión efectiva por un año y seis meses y el pago de una reparación civil de 570 nuevos soles, debido a su buena condición económica.

²⁸ Se observa en todas las sentencias el formato descrito y la descripción del juicio de tipicidad que no tiene mayor variación.

En la sentencia del **21 de marzo del 2006**, el juez menciona la acusación escrita del Ministerio Público que formaliza su pretensión punitiva mediante la atribución de hechos, calificación jurídica y petición de pena que luego la sentencia indica. El acusado reconoce la identidad de la agraviada (su hija) y que hubo juicio de alimentos y determinación de devengados. Afirma que ha venido cumpliendo de manera parcial mediante abonos lo cual se encuentra acreditado en autos; por su parte el juez, al realizar el juicio de reproche, increpa al acusado no haber cumplido con su obligación integral de realizar el pago de dinero correspondiente a la liquidación de pensiones devengadas, no habiendo cancelado la suma total, habiéndose acreditado que éste ha realizado pagos parciales, lo que deducido del total de 1,945 nuevos soles, reviste gravedad.

Por otro lado abunda en su criterio para imponer una condena efectiva suspendida en su ejecución, que la menor agraviada se encuentra en plena formación y preparación del inicio de su proyecto de vida, el mismo que se ve afectado gravemente con la conducta de su padre, evidenciando así su desinterés por las necesidades de su hija, todo lo cual incrementa la descalificación de la conducta del procesado.

Ambiguamente se remite a un atenuante de la pena en tanto el acusado admite no haber cancelado la cantidad completa de dicha liquidación y que ha venido realizando pagos a cuenta, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46°, incisos tercero, cuarto, octavo y noveno del Código Penal. Se presume que la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, le impedirá en el futuro cometer nuevos delitos y por el contrario reforzará en el inculpado la capacidad motivadora de la norma penal, por lo que es procedente suspender la ejecución de la pena a imponerse, de conformidad a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar, concordado con el artículo 57° del Código Penal. Falla imponiendo pena privativa de la libertad por un año, la que suspende en su ejecución por el mismo plazo, a condición de que el sentenciado cumpla con las reglas de conducta.

A diferencia de la sentencia anterior en esta oportunidad el juez Carpio invoca el artículo 46° del Código Penal, pero precisa cuáles son esas condiciones que le permiten reducir prudencialmente la pena o suspender su ejecución.

Hasta ahora nos hemos encontrado con un criterio sostenido en el tiempo, reflejado en fallos judiciales muy similares que han implicado la graduación de la pena y tipo de condena en función de la finalidad rehabilitadora y resocializadora de la pena, entendiéndose que la condena efectiva resulta hasta ahora última ratio penal de la sanción penal.

Criterio particular en cuanto a la graduación de la pena encontramos en la **sentencia del 10 de julio del 2006**, donde además de precisarse los fundamentos de hecho y la valoración de la pruebas, así como los argumentos de defensa del acusado que invoca el desconocimiento del mandato judicial por encontrarse viviendo en lugar distinto, además de haber estado cumpliendo de forma parcial con su obligación, reconoce su obligación y se compromete a reparar su error mediante acuerdo con la madre de sus hijos. El juez afirma que está acreditada por sentencia la obligación del demandado a pasar una pensión alimenticia mensual a favor de su menor hija de 70 nuevos soles y a favor de su hijo de 50 nuevos soles por un total mensual de 120 nuevos soles, extremo que no ha cumplido y

que no se encuentra probado el desconocimiento del mandato judicial que la conducta se subsume en el tipo penal y no encuentra causa de exculpación previsto en el artículo 20° del Código Penal. El acusado estaba consciente de la conducta que asumía de no cumplir el mandato judicial, y sabía que su accionar constituye ilícito penal; en consecuencia, podía esperarse del acusado una conducta diferente a la realizada, que no realizó, por lo que le es reprochable la misma.

El juez falla encontrando responsabilidad penal en el acusado y lo condena a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por espacio de un año plazo y seis meses, al amparo de lo dispuesto por el artículo 57° del Código Procesal Penal, a condición de que el sentenciado cumpla con las reglas de conducta ya observadas en la sentencia anterior. Fija en 600 nuevos soles el monto que en concepto de reparación civil, sin perjuicio del cumplimiento del saldo del mandato judicial de liquidación de devengados aprobado judicialmente, que asciende a un monto de 843.04 nuevos soles.

Tal como se viene observando en las sentencias materia de estudio, por la naturaleza del delito que se instruye, existe un requisito ineludible que se encuentra presente en todas las sentencias y se trata de la exigencia indubitable y previa al acusado a efectos de que cumpla con el mandato judicial de asistir con la pensión de alimentos a quien por mandato legal se le ha reconocido; lo cual implica que la actividad probatoria de las partes sea incipiente en tanto la prueba indubitable se encuentra per se en la formalización de la denuncia por parte del Ministerio Público. Es así que en las sentencias por delito de Omisión a la Asistencia Familiar dictadas por el juez Carpio no encontramos mayor análisis en la valoración de la prueba, mas notaremos una ligera variación en las sentencias cuando nos remitimos a la graduación de la pena a imponer.

Un paralelo que nos permite identificar el criterio jurisdiccional del juez Carpio nos lo otorga el análisis de la **sentencia del 30 de mayo del 2007**, donde, al igual que en las sentencias analizadas precedentemente, se encuentran características muy similares en la estructura de la resolución tanto en la parte expositiva como considerativa²⁹ de la sentencia. Sin embargo, la diferencia la encontramos en el fundamento quinto de la sentencia en cuanto a la fijación de la pena, para lo cual determina que aun cuando al iniciarse el proceso el procesado no habría cumplido con su obligación y por ende su conducta resulta reprochable jurídicamente, al momento de dictar sentencia ha cumplido con pagar el íntegro de la deuda alimentaria y se compromete a no volver a incurrir en ilícito similar, y como atenuante se tiene que ha reconocido los cargos imputados, que no presenta otro proceso penal de similares hechos, por lo que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46°.3, 46°.4, 46°.8 y 46°.10 del Código Penal, el juez resuelve con la reserva del fallo condenatorio, estableciendo además la sujeción a las reglas de conducta que se aplican

²⁹ Encontramos identidad tanto en el marco conceptual como estructural en la parte expositiva, identificación muy sucinta del proceso, identificación de las partes, pretensión punitiva del Ministerio Público, argumentos de defensa del procesado e itinerario del proceso. En la parte considerativa nos encontramos con la misma estructura, incluso con argumentos idénticos para determinar el juicio de subsunción y el juicio de antijuricidad y culpabilidad.

en estos casos. Respecto a la reparación civil la fija de manera prudencial aun cuando la agraviada no ha actuado prueba tendente a facilitar su determinación en razón del daño ocasionado.

Delito contra la libertad sexual

A diferencia del delito de Omisión a la Asistencia Familiar, el delito contra la libertad sexual implica mayor actividad probatoria por parte de los sujetos procesales, la cual resultará determinante al momento de dictar el fallo. Así tenemos que al analizar las cuatro sentencias que por delito de violación sexual ameritó pronunciamiento de fallo del juez Carpio, encontramos en cuanto a su estructura tanto de la parte expositiva como considerativa de la sentencia un orden pulcro y coherente, en cuanto a la secuencia del proceso y las diligencias actuadas, actuación y valoración de pruebas entre otros; corresponde así encontrar la línea jurisdiccional del juez a través de un primer análisis de las sentencias.

En la **sentencia del 20 de abril del 2005**, el juez tiene cuidado de reservar la identidad de la menor e invoca los cargos de la acusación fiscal que atribuye al acusado ser el autor del delito de violación de la libertad sexual de la agraviada, en razón de que el 5 de abril del 2001, la denunciante se presentó a la Comisaría de Alto Cayma denunciando que su menor hija había sido ultrajada sexualmente por su padrastro, quien es conviviente de la denunciante, producto de lo cual, la menor agraviada que cuenta con 15 años se encuentra embarazada con dos meses de gestación aproximadamente.

La menor aludida, al prestar su referencial, refirió que su madre labora como ama de casa de seis de la mañana a dieciocho horas fuera de su domicilio, siendo que en una oportunidad cuando la menor se encontraba en su casa juntamente a su hermano menor, el acusado mandó al menor a la tienda, aprovechando de tal situación para llevarla a la cama, donde la viola. La menor refiere que el inculpado la amenazó para que no dijera nada a su madre, o de lo contrario las abandonaría, dándole la suma de cincuenta soles para que se aplicara inyecciones, siendo el caso que su madre se enteró por una sobrina, a quien le contó los hechos.

El acusado por su parte niega los cargos imputados; refiere que la denunciante ha sido su conviviente hasta enero del 2004 y la agraviada es hija de su conviviente. Que en noviembre del 2000 viajó a Quillabamba pues ésta tiene chacras de café, fueron a cosechar y es allí donde conoce a la agraviada, con la que trató manteniendo una relación sentimental y de mutuo acuerdo mantuvieron relaciones sexuales en Quillabamba, a espaldas de la mamá de ella para que no se enterara. Luego regresan a Arequipa, y posteriormente *«la agraviada se vino a esta ciudad a vivir en su casa, continuando la relación sentimental y teniendo relaciones sexuales en varias oportunidades de mutuo acuerdo, habiendo quedado embarazada y nacido, desconociendo la fecha de nacimiento y no la ha vuelto a ver a la agraviada desde que se denunció estos hechos. Que todas las veces que han tenido trato sexual ha sido de mutuo acuerdo. No es verdad que la haya sometido a trato sexual con violencia y contra su voluntad. Que cuando han tenido relaciones sexuales, la agraviada tenía 17 años de edad, pues se vino a*

los meses a inscribir para sacar su libreta militar. Que nunca ha tenido relaciones sexuales en su casa, pues tiene un hijo e hijastros que viven en la casa, por lo que se iban a hoteles, y que tal vez diga la menor esa mentira que fue violada por no reconocer la verdad ante su familia».

De la valoración de la pruebas actuadas el juez llega a la convicción que se encuentra probado que el acusado, a la fecha probable de los hechos, era conviviente de la madre de la agraviada y que la víctima es hija de un compromiso anterior de la denunciante y que para cuando ocurrieron los hechos todos vivían bajo el mismo techo.

48

No se encuentra plenamente acreditada la identidad de la menor y existen dudas razonables de la edad que podría tener al momento de quedar embarazada; el único documento resulta ser una copia simple de una partida de nacimiento, inscrita ante el Concejo Distrital de Huayopata de la Convención, Cuzco, así al tiempo de los hechos imputados tendría 15 años 8 meses y días de edad.

Sin embargo, el juez estima necesario atender al informe remitido por la aludida Municipalidad que declara que no existe registrada ninguna persona con el nombre de la agraviada. Pero informa que sí hay registradas dos personas, ambas hijas de la denunciante. Por ello, la identidad y edad de la menor agraviada no está acreditada fehacientemente sino cuestionada. Máxime que en su referencial, la menor agraviada refiere que son dos hermanas, pero no coinciden los datos proporcionados con la persona inscrita.

No está probado que el acusado haya sometido contra su voluntad y mediante violencia a la menor agraviada a trato sexual, porque existen varias versiones contradictorias de la madre de la agraviada que se excluyen entre sí, y enerva como valor probatorio. Así, en la denuncia de la madre de la agraviada a la policía, refiere «...que por intermedio de una sobrina se enteró que su hija agraviada fue víctima de violación por parte de su conviviente, en la primera semana de febrero del 2001, en el interior de su domicilio, aprovechando su ausencia, y que a la fecha de entonces su hija agraviada tenía dos meses de gestación...»; en su manifestación posterior da otra versión «...donde mi hija me avisó llorando que se encontraba gestando de dos meses, siendo el padre mi conviviente, es el motivo que yo hice de inmediato la denuncia, ante la Policía, de igual manera quiero aclarar que luego que hice la denuncia mi hija me manifestó que lo había hecho de mutuo acuerdo, con su consentimiento...». Sin embargo, en su preventiva la madre de la agraviada da otra versión «...que después de transcurrido cinco días de interpuesta la denuncia, su misma hija le contó que nunca su padrastro la había violado, admitiendo que tenía un enamorado llamado Andrés XX de dieciséis años de edad con el que aceptó tener relaciones sexuales...».

La menor agraviada, pese a ser citada para el esclarecimiento de los hechos a nivel jurisdiccional, no ha concurrido a sede judicial. Solo obra su manifestación a nivel policial con presencia fiscal, siendo el único cargo inculpativo, que no es suficiente para enervar con suficiencia la presunción constitucional de inocencia de la que goza todo inculpativo, siendo su mera sindicación, el único medio de cargo en contra del imputado. Refiere en la aludida referencial que corre a fojas nueve, «...que se encontraba en su domicilio y mi padrastro a mi hermano lo manda a la tienda a comprar,...y su padrastro se apersonó hacia mi persona llevando hacia la cama, en donde yo le dije qué te pasa caso contrario le voy a contar a mi señora

madre, es cuando (..), luego (de la violación) se levantó y me amenazó diciéndome que no le cuente nada a mi señora madre, y nunca más he mantenido relaciones sexuales..., que sí ha mantenido relaciones sexuales cuando tenía catorce años de edad con otro menor de edad, y la segunda vez tenía mi enamorado de nombre XY de veinte años de edad, teniendo relaciones sexuales una vez por mi propia voluntad en una chacra...».

Se encuentra acreditado con el acto de nacimiento de su hijo el hecho de haber mantenido relaciones sexuales y así lo reporta el examen médico legal, lo que no está probado es que se haya producido con el denunciado porque no se ha acreditado el vínculo parental del fruto nacido de la agraviada y que éste se haya producido bajo amenaza o violencia.

Solo existe la sindicación de ésta a nivel pre jurisdiccional, no constituyendo prueba suficiente para enervar con suficiencia la presunción procesal constitucional *iuris tantum*, de la que goza el acusado, por la que toda persona se PRESUME inocente, mientras judicialmente no se le demuestre lo contrario. La mera sindicación de la agraviada a nivel policial, sin que haya concurrido a sede judicial, no es prueba suficiente que supere la presunción constitucional glosada, máxime las contradicciones referidas en las manifestaciones. En todo caso, si de lo actuado existiere duda, es de aplicación el principio procesal constitucional del *in dubio pro reo*: ante la duda, debe estarse a lo que le favorece al procesado acusado.

Como se podrá apreciar en esta oportunidad, el juez Carpio considera que la sola sindicación de la agraviada no es prueba suficiente y no existe en «los actuados» prueba contundente que vulnere el principio de presunción de inocencia; aunque en esta ocasión la invocación es más breve no deja de ser el sustento de la sentencia absolutoria.

La **sentencia del 2 de junio del 2005**, materia de análisis, es diferente a las que se han analizado y luego se analizarán en razón del sentido del fallo, debido a que se trata de una sentencia condenatoria por el delito de violación de la libertad sexual de menor de edad en grado de tentativa. Los cargos imputados por el Ministerio Público reportan que el día de los hechos la agraviada tenía diecisiete años de edad. Era dama de compañía y fue abordada de manera amistosa por los acusados en un local abierto al público. El inculpado la invitó a beber licor y en un descuido de ella, introdujo alguna sustancia que le privó de la conciencia. En ese estado fue conducida a un hotel. Cuando el inculpado se dispuso a violarla, ella despertó y opuso resistencia por lo que no lograron su cometido.

Por su parte los acusados refieren que la agraviada y el coacusado estaban «mareados» por efectos del licor y que ella es dama de compañía y que casi a la medianoche en el hotel al que ingresaron los tres, hubo una gresca con la agraviada, donde hubo algunos golpes. Menciona que todos estaban vestidos. Al final todos salieron del hotel de manera amistosa, pero fueron intervenidos por la Policía; es cuando la agraviada les dijo que la habían pegado y la habían querido violar, siendo detenidos ambos acusados.

Según el inculpado, no colocó ningún tipo de somnífero ni sustancia parecida en la bebida de la agraviada, e ignora si lo habrá hecho su coinculpado, y que éste le dijo que quería ir al hotel pues solo quería conversar con su enamorada la agraviada, pero no le dijo que

era para mantener relaciones sexuales con ella pues sabía que era dama de compañía. Afirma que cuando ingresó a la habitación vio que ella estaba llorosa pero no ha visto lesión en su rostro ni en su cuerpo; no se explica porqué la agraviada haya tenido lesiones en sus partes íntimas.

El coinculpado no recuerda haberla golpeado por haber estado dormido y que quizá lo hizo el inculpado. También afirma no haber tenido relaciones sexuales con ella y que la agraviada le dijo tener veinte años. No se explica porqué ésta tenga lesiones a nivel de la vagina, no recuerda si cuando salieron del hostel tenía síntomas de haber sido agredida, y que antes con ella no ha tenido problemas. Afirma que es la primera vez que consume licor con la agraviada y que nadie la había obligado a ella que lo consuma.

En esta oportunidad, de los medios de prueba actuados se establece que está probado que la agraviada tenía 17 años de edad y que en abril del 2002, consiguientemente el día de los hechos materia de instrucción, la agraviada laboraba en un Video Pub ubicado en la Avenida Andrés Avelino Cáceres, en calidad de moza y de dama de compañía; ello es de verse de los dichos de la agraviada que corre de su referencial, como de su preventiva.

Está probado, que el día de inicio de los hechos, los inculpados se hicieron presentes en dicho establecimiento donde libaron licor e invitaron a la agraviada a sentarse y los acompañe en su mesa, para luego invitarla a almorzar en Arancota a lo que ella aceptó y en donde permanecieron hasta las dieciséis horas aproximadamente, en que se dirigieron a un restaurante denominado El Balconcito (...) donde continuaron libando licor para luego dirigirse al hostel México, donde el acusado saca una chompa entregándosela a la agraviada, y de inmediato se constituyen a otro restaurante ubicado en la calle Tacna de Miraflores, para seguir libando licor (...).

El juez realiza un análisis objetivo de los hechos narrados por la agraviada de forma detallada y encuentra su corroboración en los resultados del examen médico legal practicado a la menor que acredita los actos de violencia y la tentativa de violación, debido a que el certificado médico legal reporta *«himen no desflorado, pero lesiones tales como dos desgarros en mucosa labial superior; hematoma en región frontal media y párpado inferior y malar izquierdo, hematoma en región malar derecha, hemorragia sub conjuntival moderada bilateral, equimosis múltiples en brazos y antebrazos mano izquierda, excoriaciones en región mandibular derecha, equimosis en cara ántero derecho del cuello; equimosis múltiples en región pectoral, manos, abdomen, cara interna de ambos muslos y cara externa de muslo derecho, excoriaciones múltiples ungueales, lesiones hechas con objeto contundente; lo que acredita el dicho de la agraviada que sí hubo violencia física sobre ella y que fue agredida por el inculpado»*.

El análisis toxicológico concluye que a la agraviada se le administró benzodiazepina, compuesto químico que actúa a nivel de ciertas zonas del sistema nervioso central produciendo sedación, relajación muscular y somnolencia; y que ingeridas con bebidas alcohólicas se sinergizan, pudiendo llegar al sueño profundo.

Está probado, por la aceptación de los acusados que desistieron de su pretensión por la resistencia de la agraviada y el ruido que causaron, razón por la cual decidieron salir del

hostal en mención, llevándose consigo a la menor afectada, tratando de aparentar una relación sentimental (...).

Al realizar el juicio de tipicidad en esta oportunidad, el juez encuentra que los hechos se adecuan al tipo penal de Violación de la Libertad Sexual previsto en el artículo ciento setenta, primer párrafo del Código Penal. Es así que *en relación al tipo objetivo*: i) sujeto activo y pasivo, puede serlo cualquiera, sin exigírsele una condición especial; ii) el acusado con otro le ha administrado en su bebida a la agraviada, un sedante (benzodiazepina); iii) con el objeto de ponerla en estado de inconciencia o con imposibilidad de resistir, iv) para someterla a trato sexual contra su voluntad; v) No habiéndose consumado el acto sexual y lesionado el bien jurídico tutelado, ante la circunstancia que la agraviada logró despertar cuando intentaban consumar el acto, pudiendo defenderse e impidiendo se consume tal acto delictivo. *En relación al tipo subjetivo*, la acción del acusado presente, en cuanto a su aspecto interno, se adecua a la modalidad dolosa, pues conocía y tenía conocimiento que someter a trato sexual a la agraviada en contra de su voluntad, poniéndola en estado de inconciencia o con imposibilidad de resistir, constituye delito.

Al realizar el Juicio de antijuricidad y de culpabilidad o de imputación personal concluye que en cuanto al delito imputado, la conducta del acusado presente no encuentra causa de justificación ni exculpación previsto en el artículo 20° del Código Penal; que conocía y tenía conocimiento de la prohibición de someter a trato sexual a la agraviada en contra de su voluntad en las circunstancias que lo ha realizado, por tanto, se podía esperar una conducta distinta o diferente a la realizada, que no realizó, por lo que les es reprochable su conducta.

Las pruebas actuadas han generado convicción en el juez respecto a la responsabilidad de los acusados, por lo tanto se considera que se ha superado. Cabe señalar que con la prueba actuada, se ha superado o enervado con suficiencia la presunción constitucional de inocencia, y acreditada su responsabilidad y sujeto pasible de sanción penal.

La pena que corresponde al delito de Violación de la Libertad Sexual instruido previsto en el artículo 171° del Código Penal, es de pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez; encontrándose acreditada la responsabilidad de los acusados en el ilícito instruido con relación a la agraviada es del caso imponérsele una condena. Sin embargo, según lo prescrito en el artículo 16° del Código Penal, que establece que en caso de tentativa en la que los agentes activos comienzan la ejecución de un delito sin consumarlo, el juez podrá reducir prudencialmente la pena a imponerse; empero en atención a la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del acusado presente, quien no registra antecedentes penales como es de ver de las certificaciones, además que la pena a imponerse no supera los cuatro años de pena privativa de la libertad, es procedente la suspensión de la ejecución de la pena pues esta medida hace prever que le impedirá cometer un nuevo delito, como lo establece el artículo 57° del Código Penal. Se fija reparación civil por daño moral.

En la **sentencia del 25 de enero del 2006**, el juez emite pronunciamiento a mérito de la acusación fiscal, que le imputa al acusado haber abusado sexualmente de una persona de

sexo femenino que sufre alteraciones mentales en circunstancias que fuera enviada por su madre al techo a recoger ropa, siendo que ésta retornó a las nueve horas con treinta de la noche dirigiéndose al baño asustada, y al ser interrogada por su madre, ésta le manifestó que había estado en la casa de la vecina y que el ahora procesado la había hecho bajar por las escaleras hacia su vivienda, que es contigua a la de la agraviada, para así mantener relaciones sexuales con ella, hechos que se habrían repetido reiteradas veces por lo que sometida al examen correspondiente la agraviada presenta «himen con desfloramiento antiguo». Subsume la conducta dentro de tipo penal del delito de Violación de la Libertad Sexual prevista en el artículo 172° del Código Penal. Solicita la imposición de cinco años de pena privativa de libertad y al pago de 1000 nuevos soles por concepto de Reparación Civil.

Por su parte el acusado esgrime como argumento de defensa que no se siente responsable por la comisión del delito de Violación de la Libertad Sexual que se le imputa. *«Que el 30 de julio del referido año a partir de las ocho horas y media de la noche a nueve atendió su billar, sito en (...). Que los cargos que se le hacen son totalmente falsos. Refiere que es falso que haya mantenido relaciones sexuales desde el primero de abril de mil novecientos noventa y siete, que es falso que haya utilizado pastillas anticonceptivas. Refiere no poder explicar cómo una persona carente de raciocinio puede inventar haber sido violada y haber usado anticonceptivo; que probablemente sea con el objeto de obtener algún recurso económico. Que estos hechos se han suscitado también con un vecino de apellido Pata, y otro apodado Coco. Que durante las ocho y treinta hasta las nueve y treinta en su billar atendió a sus vecinos A y B, y a las nueve cerró el local. Que su billar funciona con mayor frecuencia de nueve a cinco de la tarde. Que es vecino de la agraviada y que la conoce, inclusive su hermano es su amigo y colaborador, que el techo del billar está cubierto con calamina y tiene escalera. Que la madre de la agraviada el treinta de julio de dicho año le increpó y tenía deseos de arreglar previo pago sin haber señalado suma fija, a lo cual se negó el inculgado por sentirse inocente de los cargos».*

La secuencia del razonamiento del magistrado en busca de la responsabilidad en los cargos imputados supone, en primer lugar, la valoración de la prueba actuada, con la finalidad de establecer los hechos probados; en segundo lugar la precisión de la normatividad aplicable; y en tercer lugar, realizar la subsunción de los hechos en la normatividad jurídica. Posteriormente, de ser el caso, se individualizará la pena y se determinará la reparación civil; notamos que no existe mayor diferencia con las sentencias por Omisión a la Asistencia Familiar.

Se puede observar en la sentencia que la actividad probatoria resulta fluida, habiéndose practicado pericia médico legal en la agraviada a efectos de determinar su condición mental y la lesión ocasionada producto de la violación que imputa al agraviado, siendo los resultados favorables al procesado; asimismo se produjo una diligencia de reconstrucción con la cual se demostró que resultaba imposible que la agraviada haya podido movilizarse por los techos que colindan sus inmuebles debido al impedimento físico que precisó la pericia médica respecto a su capacidad motora; por otro lado los testigos ofrecidos ratificaron ante el juzgado que la agraviada constantemente se escapa de su casa y es agredida por su madre.

Se observa de las pruebas actuadas que tanto la agraviada como el inculpado al momento de los hechos tenían la calidad de vecinos colindantes. Asimismo que la agraviada sufre de retardo mental, siendo que ello se aprecia del certificado médico legal de fojas doce el cual establece «*Paciente portadora de retraso mental severo*» (sic), certificado ratificado, siendo que en el acta de ratificación y ampliación se indica «*Que retraso mental severo, refiere a que sus facultades intelectuales están muy distantes de la edad cronológica que presenta...*»; corroborado ello con una pericia psiquiátrica, la cual concluye que «*La peritada en el momento del examen se evidencia signo de un cuadro orgánico cerebral. Se evidencia retardo mental moderado de acuerdo a su coeficiente intelectual de 47 p*».

Aun cuando se encuentra acreditado que la agraviada presenta desfloramiento antiguo y no presenta lesiones traumáticas recientes, no está probado que la agraviada haya sido objeto de abuso sexual por parte del inculpado, pese al testimonio de la madre de la agraviada que refiere que el acusado, aprovechando el retraso mental de la agraviada, mantuvo relaciones sexuales con ella, asegurándose de introducir en el organismo de la afectada, pastillas anticonceptivas. Refiere los hechos con detalles y que la trusa de la agraviada estaba húmeda y con mucosidades. También menciona el juez, el testimonio de la agraviada, que refiere en su preventiva los hechos que la madre menciona; ambas declaraciones entran en detalle sobre los hechos.

Se tiene como pruebas de cargo el certificado médico legal que acredita el desfloramiento antiguo, la preventiva de la agraviada y la testimonial de la madre, las cuales presentan serias contradicciones entre sí. Se tiene como prueba de descargo la diligencia de reconstrucción; en dicha acta de reconstrucción se deja constancia «*Que en el techo de la casa de la agraviada no existe ningún cordel y en el patio de la misma existe hasta tres cordeles...*» con lo que se desacreditaría el dicho de la madre de la agraviada, en el sentido que ésta el día de los hechos haya subido a recoger su ropa. Del acta de inspección ocular y de las vistas fotográficas, se tiene que en el techo de inmueble del inculpado existen latas, fierros, bloquetas amontonadas entre otros, lo que haría muy dificultoso el trayecto sobre el mismo, máxime si la propia madre de la agraviada en la ampliación de su testimonial refiere expresamente «*...que su hija tiene limitaciones físicas pues camina despacio con los pies sobre el suelo, en tanto que no puede levantar los pies, así mismo pierde el equilibrio fácilmente por lo que no puede correr y esto tiene desde su nacimiento...*».

Por todo ello, no se puede afirmar y/o acreditar fehacientemente el hecho de que la agraviada haya ingresado al domicilio del inculpado.

Con respecto a que el inculpado en anteriores oportunidades haya abusado sexualmente de la agraviada por lo que presentaría «*Himen con desfloramiento antiguo*»; es de apreciarse que la agraviada refiere en el acta de confrontación nunca haber entrado por la puerta principal a la casa de inculpado, siendo que en su preventiva refiere que en varias oportunidades pasó por la pared al domicilio del inculpado, inclusive en una de las oportunidades se cortó con la calamina; siendo como es de apreciarse de las tomas fotográficas, así como del acta de inspección ocular, por el sitio por donde supuestamente ingresaba no obra, se describe o aprecia ninguna calamina, estando que el único lugar donde se aprecian éstas es en el salón de billar. Teniéndose como única prueba

de cargo la referencial de la hermana menor, quien refiere, que su hermana la agraviada le contó que en una oportunidad en que el inculpado le dijo que llevara un pocillo para que trajera leche, la metió a su cuarto y tuvo relaciones con ella y que no contó nada a su mamá ya que el inculpado la había amenazado con matarla, declaración que no ha sido corroborada con medio probatorio alguno.

El juez toma en consideración, el acta de ratificación del peritaje, en la cual se establece «*Que una paciente con retardo profundo no puede discernir; y que en el caso de una paciente con retardo moderado está en posibilidades de discernir con limitaciones, y que un paciente de esta naturaleza necesita de mucho afecto y por ello acepta fácilmente una situación de afecto y cariño; ...que por el retardo moderado de la agraviada puede ser influenciable y puede repetir lo que se le enseñe, sin embargo frente a una severa interrogación se destruye la posición que asume; en la paciente, esto es la agraviada, se evidencia un trastorno de pensamiento que es concretismo, y por ello puede ser fácilmente manipulable. Que cuando se trata de la verdad, el retardado mental siempre va a decir lo que ha ocurrido, pero cuando no es verdad y le enseñan a que exprese determinados hechos, lo hace pero siempre en algún momento va a olvidar lo que le enseñaron, consecuentemente distorsionan lo que afirman y entran en confusión,...* en el caso de la agraviada tiene un retardo mental moderado que le permite discernir...».

Esta confusión se habría dado, toda vez que la agraviada en el acta de reconstrucción, no supo explicar la forma por la cual ingresó al domicilio del inculpado.

El razonamiento jurídico, parte del derecho garantista en tanto vela por la estricta aplicación artículo 2º numeral 24) literal e) de la Constitución, donde se consagra el principio constitucional de la presunción de inocencia, del que goza todo inculpado. Asimismo es determinante para el criterio jurisdiccional la carga de la prueba que de manera exclusiva recae en la parte acusadora y no el inculpado o su defensa. A la acusación corresponde, pues, y no a la defensa (...) la realización de esa «actividad probatoria de cargo» necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia³⁰ o establecer la responsabilidad penal de una persona: *Nulla poena sine previa probatio*.

El delito de Violación de la libertad sexual, tipificado en el artículo 173º se comete cuando el sujeto activo conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir. En el caso que presentamos, el cargo que se le imputa al procesado se desvanece con la valoración de las pruebas actuadas que han tenido como finalidad la búsqueda de la verdad. Para llegar a ella el juez Carpio cita a Alberto Binder, quien señala que «*La construcción (o declaración) de la culpabilidad exige precisión, y esta precisión se expresa en la idea de certeza. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libertad (libre de toda sospecha) o, aunque sea incorrecto llamarlo así, de inocencia*»³¹.

³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho Procesal Penal*, Editorial COLEX, 1997, p. 95.

³¹ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial AD HOC E.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 123-124.

Pese a la desfloración tangible de la agraviada, no hay medios probatorios que acrediten de manera suficiente la responsabilidad en la misma del inculpado, toda vez que no se ha probado la relación de causalidad, en el sentido que el procesado haya mantenido relaciones con la agraviada. La única prueba que la madre de la agraviada presenta es el testimonio de su otra hija, declaraciones que, por cierto, no resultan uniformes. Estos testimonios poco claros, como lo ha establecido reiterada jurisprudencia, no son suficientes para acreditar la responsabilidad penal de una persona, máxime si el inculpado ha negado tanto a nivel policial como judicial ser autor de dicho actos, versión que si bien no ha sido corroborada con otros medios probatorios, tampoco ha sido desvirtuada, favoreciéndole de esta manera, acogerse a la presunción de inocencia a que tiene derecho todo inculpado, la que se ha mantenido incólume, en consecuencia falla absolviendo al acusado de los cargos imputados.

En su **sentencia del 8 de abril del 2008**, el juez haciendo uso del mandato legal que exige la reserva de la identidad de la agraviada en los delitos de violación sexual, consigna solo las iniciales del nombre de la agraviada. Por otro lado menciona la acusación escrita del Ministerio Público que atribuye al acusado haber abusado sexualmente de la agraviada cuando se encontraba en la Urbanización Fátima en compañía de varios amigos presenciando los festejos religiosos del «Señor de Lucumba»; en ese momento se presentó el inculpado, a quien conoce por trabajar en la misma empresa que la agraviada. Él la convence de acompañarlo a efectuar una llamada telefónica, lugar donde hace su aparición un vehículo marca Daewoo modelo Tico de color guinda, conducido por el procesado, siendo que éste y su coimputado, quien también se encontraba en dicha unidad móvil, ayudando al inculpado a subir a la fuerza al interior del mismo a la agraviada, procediendo a llevarla al domicilio de éste. En ese domicilio, el inculpado abusa sexualmente de la agraviada ayudado por el coprocesado, quien la sujetaba de las manos y le tapaba la boca para que no gritara; sin embargo este último, de propia versión de la agraviada, no abusó sexualmente de ella, pues fue impedido por el inculpado. Sin embargo, colaboró con la consumación del delito, para finalmente amenazarla de muerte si informaba de la violación.

Por su parte, el acusado reconoce haber sostenido relaciones sexuales con la agraviada, las que fueron de mutuo acuerdo, que previo a ello consumieron bebidas alcohólicas en la tienda de una vecina, para luego constituirse en un taxi a su domicilio. Asegura que la agraviada está mintiendo al imputarle dichos hechos para causarle daño.

El razonamiento jurídico del juez Carpio, en la sentencia como en la sentencia anterior, parte la necesidad de establecer contundentemente que la responsabilidad supone, en primer lugar, la valoración de la prueba actuada con la finalidad de establecer los hechos probados; en segundo lugar, la precisión de la normatividad aplicable; y en tercer lugar, realizar la subsunción de los hechos en la normatividad jurídica. Posteriormente, de ser el caso, se individualizará la pena y se determinará la reparación civil.

La actuación de los medios probatorios ameritan la valoración de los mismos; así, tenemos que para el juez se encuentra probado que tanto la agraviada como el procesado se encontraban en una reunión social conjuntamente con otros amigos de trabajo, con

motivo de los festejos religiosos del «Señor de Lucumba» y que luego de que se retiraron sus amigos se quedaron solos, conforme se desprende de la declaración instructiva así como de la preventiva.

Que la versión de la agraviada respecto a que la obligaron a abordar un taxi se desvanece con la testimonial de la señora Laureana que les vendió licor, versión que fue sostenida en declaración testimonial y corrobora la versión del acusado, que refiere que el día de los hechos al promediar las once de la noche el acusado visitó su tienda para comprar licor, vendiéndole una botella de pisco, viéndolo tomar en la puerta de su tienda, y luego lo vio con una señorita a la que no pudo identificar, quienes se retiraron tomados de la mano con dirección al domicilio del acusado.

Por otro lado el certificado médico legal de la agraviada practicado a más de dos semanas de los hechos, no constituye prueba suficiente que respalde la realización de los hechos denunciados por la agraviada.

Otro hecho relevante y que forma parte de la actividad probatoria, resulta la conducta de la agraviada en cuanto a la oportunidad de la presentación de la denuncia la cual ocurrió el 23 de octubre de 1999 y los hechos que menciona datan del 16 octubre del mismo año, es decir, que la agraviada hace la denuncia después de siete días de los hechos, cuando lo usual y normal es que ello se haga de inmediato.

La sentencia precisa en sus fundamentos jurídicos la tipificación enmarcando la acción en el artículo 170° del Código Penal: comete el delito de Violación a la Libertad Sexual, el que con violencia o grave amenaza obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo. El tipo importa que el agente sostenga relaciones sexuales con una persona mayor de edad, en contra de su voluntad, debiendo el sujeto activo utilizar violencia o grave amenaza.

De la valoración de las pruebas el juez concluye que no le causan convicción y no han logrado desvanecer el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 2° numeral 24) literal e) de la Constitución Política del Estado, derecho del que goza todo procesado, en tanto quien tiene la carga de la prueba no logre probar lo contrario; por lo tanto para que se pueda condenar a una persona es necesario que la condena se funde en pruebas de cargo y que las dudas en el enjuiciamiento se resuelvan a favor del reo (*in dubio pro reo*)³².

Podemos notar en esta oportunidad que la sentencia contiene dos principios constitucionales que constituyen garantía de una sentencia justa. El juez Carpio conceptualiza el valor de las pruebas actuadas y la importancia en su decisión pues considera que las pruebas actuadas deben revestir idoneidad, plenitud y convincencia, a fin de que se emita

³² COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 88.

una resolución que asegure la situación jurídica de los sujetos procesales, y siendo que la valoración de la prueba en síntesis es una actividad racional y técnica cuyo objeto son los medios de prueba regularmente incorporados en el proceso, cuya finalidad es determinar la verdad, la probabilidad o falsedad de los hechos.

Para el juez existe cierto grado de duda respecto al consentimiento de la agraviada para mantener relaciones a las que hace referencia el acusado, por lo tanto se ampara en Luigi Ferrajoli, quien señala que cuando no resulta refutada ni la hipótesis acusatoria ni la hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme el principio *in dubio pro reo*, contra la primera³³.

En concreto, el fallo se sustenta en el hecho de que las pruebas actuadas no resultan suficientes para desvanecer el principio de presunción de inocencia³⁴ y no habiéndose acreditado de manera fehaciente la comisión del delito y menos aún la responsabilidad penal de los acusados, es de aplicación el principio constitucional del *in dubio pro reo* que «en caso de duda, debe estarse por lo más favorable al reo», habiendo las mismas generado dudas en el juzgador respecto a la forma y circunstancia de los hechos, corresponde absolver al acusado de los cargos imputados.

Sentencia del 7 de mayo del 2008, el juez en esta oportunidad no tuvo el cuidado de reservar la identidad de la menor, y acoge la acusación escrita del Ministerio Público, mediante la cual se atribuye al acusado haber abusado sexualmente de una menor de 15 años en circunstancias que estuvo trabajando durante los primeros días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y ocho en faenas agrícolas, para lo cual concurrió al Cerro Fátima de la Variante de Uchumayo. En dicha fecha el procesado interceptó a la agraviada en el paradero de Fátima donde ésta se encontraba esperando su movilidad, procediendo el procesado a obligarla a acompañarlo a unas chacras del lugar, siendo obligada a sostener relaciones sexuales contra su voluntad, siendo que producto de dicho acto violento la menor agraviada quedó en estado de gestación.

El procesado no ha cumplido con rendir su instructiva, habiendo sido declarado reo ausente³⁵, razón por la cual la sentencia no contiene los argumentos de defensa del acusado, sin que ello resulte impedimento para que a criterio del magistrado las pruebas actuadas le resulten suficientes para producir convicción en su decisión.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, *Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, 1995, p. 151.

³⁴ Se hace importante añadir a lo precisado por el juez Carpio que el principio de inocencia fue reconocido por las más importantes declaraciones relativas a los derechos humanos. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia expresaba, que debe presumirse inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable (Art. 9°). La Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa». Finalmente el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos) expresa: «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad» (Art. 8°).

³⁵ Tratándose de una sentencia absolutoria, aun cuando el acusado tenga la condición de reo ausente el juez puede dictar sentencias siempre que el fallo resulte absolutorio, caso contrario la ley impide condenar en ausencia. Artículo 321° del Código de Procedimientos Penales.

Esta sentencia en el extremo del razonamiento jurídico de los hechos y los fundamentos jurídicos de la sentencia resulta idéntica a una de las sentencias analizadas precedentemente. Específicamente debemos citar como hechos concretos que aun cuando el acto sexual se encuentra acreditado no se ha probado de manera fehaciente si el acusado es el autor del mismo o si se ha producido con violencia o amenaza; por otro lado no se ha actuado prueba de cargo en contra del acusado, salvo la sola sindicación de la propia menor agraviada, lo que no resulta suficiente para acreditar autoría y responsabilidad de los hechos imputados por el Ministerio Público al procesado. Observamos que la fundamentación jurídica invoca el principio de presunción de inocencia que no ha sido vulnerado por ninguna de las pruebas de cargo que tiene como elemento relevante a la sindicación de la agraviada, y el *in dubio pro reo* en razón que la forma y circunstancias de cómo se suscitaron los hechos no causan convicción en el juez Carpio³⁶.

Siendo reproducción exacta de la anterior, no es difícil concluir que la sentencia es absoluta, caso contrario el juez no hubiera podido dictar sentencia en ausencia, siendo el pilar fundamental de su decisión el hecho que las pruebas actuadas no resultan suficientes para desvanecer el principio de presunción de inocencia y no habiéndose acreditado de manera fehaciente la comisión del delito y menos aún la responsabilidad penal del acusado, es de aplicación el principio constitucional del *in dubio pro reo* que «*en caso de duda, debe estarse por lo más favorable al reo*», habiendo las mismas generado dudas en el juzgador respecto a la forma y circunstancia de los hechos, corresponde absolver al acusado de los cargos imputados.

2.1.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

El juez reitera a lo largo de su jurisprudencia en materia de Omisión de Asistencia Familiar y delito contra la libertad sexual, los mismos criterios, que se constituyen como su pensamiento jurisdiccional. Una de las características de las sentencias del juez Carpio es el uso constante de una metodología singular para el análisis de casos y, tal como se desprende de las sentencias analizadas, la contundencia de la prueba de cargo resulta determinante en la formación de su criterio.

Se observa cierta predictibilidad en sus fallos en la medida que se observa un orden lógico en la parte expositiva y sustancial en la parte considerativa, fundamentalmente cuando se trata de cotejar las pruebas actuadas con los cargos imputados, argumento que tiene un rol preponderante para establecer la línea de continuidad de su razonamiento en el tiempo, con el objeto concreto de descubrir cuál es su pensamiento y que resulte contrastable con otros argumentos sobre la misma materia o caso.

³⁶ La reproducción es textual y por ende las citas bibliográficas que respaldan su decisión hacen de su criterio procesal garantista una buena perspectiva de la administración de justicia moderna, si bien es cierto resulta ideal que cada sentencia contenga una producción creativa espontánea e independiente de acuerdo a cada caso en particular, el uso de sentencias modelos sirve para conocer la línea jurisdiccional del magistrado.

Considerando lo transversal de su pensamiento en los fallos seleccionados, podemos decir que las líneas jurisprudenciales individuales del juez Carpio son las siguientes:

Omisión de Asistencia Familiar

- Para establecer la responsabilidad penal es menester, en primer lugar, efectuar la valoración de la prueba actuada con la finalidad de establecer los hechos probados; en segundo lugar, la precisión de la normatividad aplicable; y en tercer lugar, realizar la subsunción de los hechos en la normatividad jurídica. Posteriormente, de ser el caso, se individualizará la pena y se determinará la reparación civil.
- Para que los hechos se adecuen al tipo penal objetivo de Omisión a la Asistencia Familiar, se debe acreditar que el acusado ha omitido cancelar oportunamente las pensiones de alimentos ordenada por sentencia, habiendo sido para tal efecto expresamente requerido bajo apercibimiento de iniciársele proceso penal por este delito.
- El dolo es evidente al no efectuarse el pago íntegro de las pensiones devengadas, pues se tiene la intención de omitir el cumplimiento de la prestación de alimentos establecida por una Resolución Judicial.
- Si la condena efectiva no va a ser útil para los fines de rehabilitación, se puede disponer la reserva del fallo condenatorio, por tratarse de pena privativa de libertad inferior a tres años y en tanto la naturaleza y modalidad del delito, como la personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer nuevos delitos y repare el daño causado.
- La pena privativa de libertad efectiva resulta la última ratio, sin embargo se aplicará cuando la conducta omisiva resulte reincidente y la intención de continuar evadiendo su responsabilidad se haga evidente.
- En relación al tipo objetivo, se debe observar: i) que el acusado está obligado a prestar alimentos a favor de los agraviados, ii) mandato judicial firme y vigente, así como debidamente notificado iii) requerimiento del pago de devengados bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de Omisión a la Asistencia Familiar, iv) omisión del cumplimiento del saldo de la prestación de alimentos establecidos en la sentencia judicial respecto a la liquidación.
- El bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de tipo asistencial, para hacer prevalecer la seguridad de la asistencia a las personas afectadas. Por esa razón, el juez Carpio lo considera un delito de peligro, pues no requiere la provocación de un perjuicio efectivo, ya que basta con dejar de cumplir la obligación pudiendo hacerlo para su configuración delictual.
- Muchos de los daños ocasionados por el inculpado con su conducta en este tipo de casos, son fundamentalmente de carácter extrapatrimonial, pues con su incumplimiento del pago de la pensión alimentaria se limita y afecta el inicio del proyecto de

vida de menores agraviados, quienes en muchas ocasiones están en plena formación y preparación de su proyecto vital, mediante la instrucción que pueda recibir en las instituciones educativas, atención sanitaria, alimentos propiamente dicho, entre otros.

Delito contra la libertad sexual

60

- El establecimiento de la responsabilidad supone, en primer lugar, la valoración de la prueba actuada, con la finalidad de establecer los hechos probados; en segundo lugar, la precisión de la normatividad aplicable; y en tercer lugar, realizar la subsunción de los hechos en la normatividad jurídica. Posteriormente, de ser el caso, se individualizará la pena y se determinará la reparación civil.
- De conformidad a lo previsto en el artículo 2º (24) (e) de la Constitución, se consagra el principio constitucional de la presunción de inocencia del que goza todo inculpado, la cual solo podrá ser vulnerada con prueba fehaciente que la debilite.
- La carga de la prueba la tiene de manera exclusiva la parte acusadora y no el inculpado o su defensa. A la acusación corresponde, pues, y no a la defensa (...) la realización de esa «actividad probatoria de cargo» necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona: *Nulla poena sine previa probatio*.
- El delito de violación de la libertad sexual con agravante, tipificado en el artículo 172º, se comete cuando el sujeto activo conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.
- Los dichos de los sujetos procesales no resultan suficientes para desvanecer la presunción de inocencia del acusado, éstos tienen que ser reforzados con pruebas.
- La pericia médico legal que contiene diagnóstico de desgarramiento antiguo deberá ser corroborado con prueba indubitable que vincule al autor del mismo con tal diagnóstico. Esta desconexión se da cuando no se ha probado la relación de causalidad, en el sentido que el procesado haya mantenido relaciones con la agraviada. El testimonio no es suficiente y debe ser analizado a la luz de los hechos en su integridad.
- Cuando la agraviada es menor de 18 años y mayor de quince tiene la posibilidad de consentir la relación sexual, lo cual permite disminuir prudencialmente la pena a imponer.
- El juez resolverá conforme a la observación de los hechos, constatando la posibilidad física y el contexto para la realización del acto. En base a ese contexto, los agraviados deben explicar de manera concreta y veraz el desarrollo de los acontecimientos. Una imposibilidad detectada por la inspección ocular, relativiza la acusación.

- Versiones contradictorias que no permitan establecer fehacientemente que el inculpado haya mantenido relaciones sexuales con la persona agraviada, permiten la aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*. O cuando no resulta refutada la hipótesis acusatoria ni la hipótesis en competencia con ella, se resolverá conforme a ese principio.
- La construcción (o declaración) de la culpabilidad exige precisión, y esta precisión se expresa en la idea de *certeza*. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libertad (libre de toda sospecha) o inocencia.
- Las pruebas tienen que ser idóneas, plenas y convincentes, a fin de que se emita una resolución que asegure la situación jurídica de los sujetos procesales, y siendo la valoración de la prueba en síntesis una actividad racional y técnica cuyo objeto son los medios de prueba regularmente incorporados en el proceso, su finalidad es determinar la verdad, la probabilidad o falsedad de los hechos.

2.1.3. Bases del pensamiento jurisdiccional del juez Carpio

En todas las sentencias dictadas por la comisión de delito de Omisión a la Asistencia Familiar, el juez Carpio demuestra una clara preocupación por establecer con claridad el juicio de reproche al que se hace merecedor el acusado, el cual debe estar vinculado de manera directa al conocimiento y voluntad del accionar contrario al ordenamiento jurídico de parte del agente, incorporando en el aspecto de razonamiento de juicio de subsunción, el juicio de imputación personal que le permite concluir que siendo el acusado una persona adulta tiene pleno conocimiento de su actuar ilícito (sentencia del 3 de octubre del 2005).

Siendo sustento primordial de sus sentencias la fecunda actividad probatoria que le genere convicción respecto de la responsabilidad penal del agente o en su defecto ante la ausencia de la misma, se hace necesario detenernos en la precisión que hace respecto a la responsabilidad de la carga de la prueba que recae en el Ministerio Público (sentencia del 25 de enero del 2006): «se tiene que *en un proceso penal, la carga de la prueba, la tiene de manera exclusiva la parte acusadora y no el inculpado o su defensa*. A la acusación corresponde, pues, y no a la defensa (...) la realización de esa “actividad probatoria de cargo” necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona: *Nulla poena sine previa probatio*».

Como se puede observar existe una exigencia tácita al Ministerio Público de una labor más eficaz en tanto que el juzgador no podrá dictar una sentencia justa cuando las pruebas limiten su accionar. Pocos magistrados se han atrevido a poner en práctica la nueva corriente del derecho en la que el magistrado deja de lado la figura acusadora-inquisidora de la que le investía el Código de Procedimientos Penales, para abrirse a la innovación y propuesta de cambio hacia el rol del juez que se limita a sentenciar en función de lo que las partes le ofrecen como pruebas sustentatorias de las teorías del caso que defienden en los tribunales (unipersonales o colegiados). Dejará entonces de ser preocupación del

juez la necesidad de incorporar pruebas de oficio que subsanen la inoperatividad o incapacidad del Ministerio Público para salvar el caso, a fin de no perder la objetividad y la imparcialidad que debe regir a la administración de justicia para lograr un fallo justo.

Se rescata de las sentencias del juez Carpio su condición de juez imparcial que aplica el principio de mínima intervención, garante de los derechos fundamentales de la persona, aun cuando se encuentre considerado presunto autor de un delito, fiel defensor de las garantías constitucionales que no distan del derecho penal sino que, por el contrario, el derecho penal moderno ha incorporado figuras que en estricto eran exclusividad del derecho constitucional. Los principales detractores de esta corriente consideran que la lucha contra la delincuencia supone un exacto conocimiento de la misma; surge entonces la pregunta ¿estamos preparados para combatirla?, ¿dónde empieza el combate de la misma?, ¿acaso en la represión penal o social? Nos resulta sumamente preocupante imaginar un sistema de derecho en el que el hombre no goce de los derechos fundamentales y que sus bienes jurídicos individuales y colectivos estén expuestos y a disposición en todo momento a la arbitrariedad del poder punitivo del Estado, o más bien de los sujetos que en esos momentos lo detentan.

Por lo pronto nos parece que la corriente que despliega el juez Carpio en sus sentencias es loable en tanto permite a los actores del sistema asumir sus roles con responsabilidad y objetividad, lo cual permitirá a los justiciables generar la certeza de que nuestras pretensiones deberán ser debidamente sustentadas para que puedan ser amparadas, debido a que el rol del juez será únicamente evaluar la idoneidad, pertinencia y utilidad de la prueba, orientada a que cumpla la finalidad para la cual fue incorporada al proceso, con la convicción de que su fallo se sustentará únicamente en lo actuado en el proceso y que la subjetividad de su criterio se materializará en la graduación de la sanción a imponer.

Por otro lado, debemos resaltar que en la sentencia del 7 de mayo del 2008 el juez Carpio, si bien es cierto acoge lo dispuesto en nuestro ordenamiento legal vigente en diciembre de 1998 respecto a la pena a imponer al acusado, parte de la premisa que contando la menor con 15 años de edad, puede prestar su consentimiento sin que medie violencia para sostener relaciones sexuales sin que resulte punible la acción. Aun cuando no ha sido citado por el magistrado, es menester remitirnos al Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 acordado en el PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS que en Concordancia Jurisprudencial Art. 116° TUO LOPJ- ASUNTO: Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173°.3 CP, modificado por la Ley número 28704 para la determinación judicial de la pena dado en Lima el dieciséis de noviembre de dos mil siete³⁷.

³⁷ ACORDARON:

14. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del Artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
15. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del Artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En aplicación de este acuerdo, cuando se trate de procesos judiciales que se sustenten en la denuncia contra una persona por mantener, sin que medie violencia, relaciones sexuales consentidas por menores de 18 y mayores de 14 años, el juez podrá reducir la pena por debajo del mínimo legal. Si bien es cierto la legislación penal ha tratado de agravar las penas para los delitos de violación sexual, también lo es que los jóvenes de ahora han adelantado, de manera inconsulta y con la independencia que le otorga su condición de persona sujeta a derechos individuales, el inicio de su vida sexual a temprana edad y al parecer este criterio de la Sala Plena de la Corte Suprema de la República es compartido por el juez Carpio.

2.2. LINEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA ANTONIA SAQUICURAY SÁNCHEZ

Lima

Abogada egresada de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima. Maestría en Ciencias Penales y doctorado en Derecho, ambos por la Universidad de San Martín de Porres. Ha publicado *Retos del Juez en un Estado Social y Democrático de Derecho y el Asocianismo Judicial*, octubre de 2005, y *Riesgos del Juez en la Aplicación de los Derechos Humanos*, octubre de 2003, basados en los Derechos Humanos. Fue auxiliar en la Academia de la Magistratura-VII PROFA en los años 2004 al 2005. Además integrante de comisiones oficiales como la International Bar Association y Fundación Sueca de Derechos Humanos.

2.2.1. Análisis de las sentencias

Se ha elegido de las resoluciones de la jueza Antonia Saquicuray, aquellas referidas a EXCEPCIONES, y en particular las de NATURALEZA DE ACCIÓN. La opción fue resultado de una búsqueda material en su Despacho. Dada su naturaleza los juzgados anticorrupción, como es el caso, suman pocos expedientes (aunque muy complejos) y un grueso de lo hallado eran cuadernos de excepciones archivados.

Las sentencias reunidas (que en su mayor parte son publicadas en www.auditoriasocial.org.pe) nos remiten en su mayoría a hechos ocurridos durante la década de los 90, cuando el gobernante de entonces, Alberto Fujimori y su asesor, Vladimiro Montesinos, urdieron un aparato de cooptación y poder, basado (como se observó luego) en la corrupción de funcionarios. Repárese que también se registran casos sobre violaciones a los derechos humanos.

Por el interés público de estos casos, se ha optado por no anonimizar a los protagonistas e involucrados. No obstante, es necesario precisar que, dado que lo que la jueza resuelve son excepciones, no se conoce en esa etapa el grado de responsabilidad de los encausados. Por tanto, al margen de cuál fue el resultado final del proceso, durante el trámite de estas excepciones todos los involucrados en ellas han de considerarse, por presunción, inocentes.

Excepción de Naturaleza de Acción

En la **resolución de fecha 22 de mayo del 2008**, la jueza Saquicuray señala que la defensa del procesado, José Velarde, al amparo del artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, observa que dada la naturaleza jurídica del medio técnico de defensa interpuesto, se puso previamente en conocimiento de la parte civil, el Ministerio Público y la Procuraduría Ad Hoc. Esto, a efectos de que el procesado exprese lo conveniente a los intereses de su defensa, sustentando su oposición y solicitando se declare infundada la excepción deducida.

El medio técnico de defensa está orientado a desnaturalizar los cargos imputados en la denuncia fiscal, bajo la premisa que el hecho denunciado no constituía delito a la fecha de ocurridos los hechos que se imputan; por su parte el Ministerio Público formula denuncia por delito contra la Humanidad en la modalidad de desaparición forzada, tipificada en el artículo 320° del Código Penal, figura incorporada al Código Penal por la Ley 26926³⁸, en su artículo 1° (21 de febrero de 1998), por lo que conforme al artículo 51° de la Constitución, dicha norma se encuentra vigente desde el día siguiente de la fecha de su publicación. El auto apertorio de instrucción dispone, así, abrir instrucción contra el peticionante. Sin embargo, no resulta aplicable al caso el artículo 320° del Código Penal, Delito contra la Humanidad - Desaparición Forzada, por tener vigencia posterior a la fecha de los hechos, máxime si conforme al artículo 51° de la Carta, la Constitución prevalece sobre toda norma legal. Tampoco se le podrá imponer pena no prevista en esa fecha.

Resulta un argumento accesorio el hecho que el peticionante invoca la condición de «cómplice de cómplice» debido a que en las circunstancias que se producen los hechos dependía directa y jerárquicamente del Teniente Coronel EP Carlos Miranda y no de Luis Pérez Documet, conforme dicen los testigos. Miranda viene siendo procesado en el expediente como cómplice de Pérez Documet (autor mediato), quien era su jefe inmediato superior.

Es a partir del considerando tercero de la resolución que analizamos, donde encontramos parte de razonamiento y aporte del juez, aun cuando los fundamentos de hecho de la resolución son muy breves y se resumen con la participación del acusado en la autorización y facilitación al grupo Colina para su incursión en universidad La Cantuta de manera arbitraria e ilegal para luego retirar a los estudiantes y profesor culminando la acción con la ejecución de los mismos.

³⁸ Ley que modifica diversos artículos del Código Penal e incorpora el título XIV-A, referido a los delitos contra la humanidad

Fundamentos de Derecho de la resolución

La excepción de naturaleza de acción prevista en el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales vigente, resulta procedente cuando el hecho denunciado no constituye delito y/o cuando no es justiciable penalmente. En consecuencia, el primer extremo comprende todos aquellos supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de la imputación; mientras que en el segundo extremo se encuentra la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

66

La jueza Saquicuray cita a César San Martín: «*El imputado no alega hechos nuevos, distintos de los que son objeto de imputación; se limita a sostener —por una u otra circunstancia jurídica— que el hecho objeto del proceso no es penalmente relevante. Como el imputado opone una diferente calificación jurídica de los hechos al margen del Derecho Penal, una perspectiva hermenéutica favorable a la no persecución penal, tal oposición, meramente jurídica y no fáctica, constituye en rigor una mera defensa de fondo*»³⁹.

Expone los siguientes fundamentos jurídicos para sostener su resolución:

- El delito de desaparición forzada, por el cual se abrió instrucción al encausado en calidad de cómplice, prevé que: «*el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de la libertad (...)*». La desaparición forzada se trata de un delito especial por la calidad del agente (funcionario o servidor público), elemento este último que implica la sanción a una práctica de terror llevada a cabo por personas pertenecientes al aparato estatal.
- La conducta sancionada consiste en privar a una persona de su libertad, pudiendo el agente realizar personal y directamente acciones que conduzcan a su desaparición u ordenar a un tercero la realización de actos tendientes a esta misma finalidad.
- El delito de Desaparición Forzada fue pasible de diversos dispositivos legales que fueron señalados en el auto apertorio de instrucción y al momento de los hechos se encontraba previsto en el artículo 1° del Decreto Ley 25592 (hoy artículo 320° del Código Penal). Este artículo fue introducido en el artículo 323° del Código Penal (1991), posteriormente el Decreto Ley 25475 del 6 de mayo de 1992, lo derogó; sin embargo, meses después, el 2 de julio de 1992, se volvió a penalizar la Desaparición Forzada mediante Decreto Ley 25592.
- La Ley 26926 del 21 de mayo de 1998, nuevamente incorporó con la misma redacción, este tipo penal, al Código Penal, ubicándolo en el artículo 320°, en el conjunto de Delitos contra la Humanidad. En tal sentido, a la fecha del evento criminoso investigado, el

³⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen 1, Editorial Grijley. Lima, 2003, p. 384.

Delito de Desaparición Forzada se encontraba taxativamente previsto y sancionado en norma legal, en el Decreto Ley 25592, de julio de 1992 y cuya vigencia se prolongó inclusive hasta el 21 de febrero de 1998.

- Por tales motivos, los argumentos esgrimidos por la defensa del procesado no encuentran asidero suficiente para la declaratoria de atipicidad de la acción inculpada, al tratarse de un acto que sí se reconocía en el Derecho peruano como delito, encontrándose en vigencia a la fecha de la comisión del evento criminal el Decreto Ley 25592.
- La jueza recoge en sus fundamentos la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso La Cantuta vs. Perú, del 29 de noviembre del 2006: *«El Estado peruano se encuentra obligado a realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos (...)»*. Añade luego: *«De tal manera, en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso, de sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes»*.
- En virtud de la sentencia de la Corte Interamericana, los recursos que solo busquen obstaculizar el proceso en este tipo de casos, deben ser soslayados.
- En cuanto a la afirmación de la defensa sobre el título de la imputación a su defendido, que sería la de «cómplice de cómplice», éste corresponde a un argumento de defensa, y no refleja la verdadera imputación recaída sobre el procesado Velarde Astete, a quien se le sindicó como cómplice primario, imputándosele que su acción habría coadyuvado a la materialización de los ilícitos en conjunto. La imputación a título de cómplice primario, no está en función de la relación jerárquica entre el procesado Velarde Astete y sus demás coprocesados o testigos en el caso, sino en función de su contribución y responsabilidad directa en los hechos concretos, dada su condición de Jefe de la Base de Acción Cívica de la Universidad La Cantuta.
- La conducta inculpada del procesado se encuadra en los supuestos del delito de Desaparición Forzada previsto y sancionado por el Decreto Ley 25592, vigente al momento de la comisión de los hechos, por ende la excepción no resulta amparable en tanto el hecho denunciado no se encuentre en los dos supuestos, es decir, que el hecho denunciado no constituya delito o no sea justiciable penalmente; resolviendo declarar INFUNDADA la excepción deducida.

En su **resolución del 25 de octubre del 2007**, la jueza se pronuncia sobre la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado Alberto Fujimori Fujimori. Observamos que al igual que en la resolución precedente la jueza conserva un estilo y orden en sus resoluciones que permiten apreciar con claridad la importancia de contar con la absolución

y opinión de los demás involucrados en el proceso, posición que se encuentra plasmada en la resolución y aun cuando los argumentos no resultan idénticos abundan en la decisión final de la jueza.

La defensa de Fujimori señala que *«el hecho que se imputa al referido procesado como autor del delito de Malversación de Fondos no encuadra en el tipo penal del artículo 389° del Código Penal»*; argumenta que se constata la ausencia del elemento objetivo del tipo «afectación al servicio o función encomendada», al tratarse el delito de Malversación de Fondos de un delito de resultado, es decir, que no se configura con la sola aplicación de los fondos públicos en un destino diferente al oficial, sino que exige también que se ocasione un perjuicio real al servicio público brindado por el funcionario malversador, siendo que el Despacho Presidencial no brinda un servicio al público. Por otro lado se sustenta que el auto apertorio de instrucción no precisa el agravio que ocasionó el acto irregular, por ende no concurren los elementos típicos del delito.

La jueza considera como sustento de su denuncia que el procesado Alberto Fujimori tiene la calidad de autor del delito de Malversación de Fondos asignados a Palacio de Gobierno, ascendente a 29 mil dólares americanos, suma que fue entregada en forma irregular al ex Procurador. Dicha suma no había sido tomada de la partida presupuestal del Ministerio de Justicia, sino de los fondos asignados a Palacio de Gobierno. Así, se habría dado a ese dinero una aplicación distinta a la que tenía asignada según Presupuesto, obviando las exigencias de trámite previstas en la ley.

El delito de Malversación de Fondos se encuentra previsto en el artículo 389° del Código Penal, que sanciona la conducta siguiente: *«El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de la libertad (...)»*.

La jueza Saquicuray expone los siguientes fundamentos para su resolución:

- La malversación circunscribe la conducta del sujeto activo a dar al dinero que administra una aplicación diferente, sin requerirse que el sujeto cumpla una actividad adicional, es decir, bastará con que el sujeto reproduzca en la realidad este comportamiento, para que se cumpla el elemento de tipo penal.
- La afectación del servicio o función, se determinará en el estadio correspondiente, pues *«el delito se consume con la sola aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos distintos a los previstos»*⁴⁰. Si no se presenta esta situación, se estaría frente a una tentativa.

⁴⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editora jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 536.

- Respecto al servicio dañado o entorpecido, deberá ser valorado judicialmente, conforme a los datos técnicos de acreditación que las instancias de control administrativo hagan llegar a las instancias judiciales. Resulta así la afectación del servicio, un elemento objetivizador de la imputación de la malversación a efectos de aplicar la pena, que se demuestre la afectación causada al servicio público, lo que no implicará necesariamente la paralización o imposibilidad de que cumpla con sus fines.
- Debe considerarse que los presupuestos exigidos para el inicio de una investigación judicial requieren la presencia de un mínimo de actividad probatoria (basada en indicios suficientes) que permita presumir la existencia de un ilícito, es decir, no se necesita la probanza de la consumación del hecho. La afectación del servicio, como resultado prohibido, solo puede ser determinado y valorado como prueba en el estadio procesal correspondiente y no en las excepciones.

Por otro lado la jueza Saquicuray se asiste de citas textuales de Fidel Rojas Vargas y Felipe Villavicencio, estilo que le permite respaldar su decisión, sin que ello signifique que no se observen aportes propios o criterio personalísimo. Se percibe que el criterio de la jueza se orienta a desbaratar el argumento de la defensa, en tanto considera que en el proceso judicial se debe formular el juicio de valor que permitirá establecer el grado de lesión que pudo haber ocasionado el accionar ilícito del procesado; no resulta amparable pretender que se incorpore como elemento del tipo un componente extrínseco que en absoluto se involucra con el delito sino con sus consecuencias; argumentos que le permiten declarar INFUNDADO el medio técnico de defensa.

En su **sentencia del 18 de julio del 2006**, la jueza Saquicuray resuelve la excepción de naturaleza de acción deducida por Ricardo Giesecke en el proceso abierto por peculado agravado en agravio del Estado. El procesado argumenta lo siguiente:

Los hechos que se le imputan, llámense el pago efectuado por racionamiento y movilidad, durante su gestión como Jefe del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - PRONAA, corresponden a un supuesto de atipicidad relativa ya que los tipos penales invocados por el fiscal y el Juzgado existen en el Código Penal, pero no son subsumibles a los hechos objeto de imputación en atención a que durante su gestión no se utilizaron fondos destinados a programas sociales (incluidos en la partida genérica 04: «otros gastos corrientes»), habiéndose empleado para el pago de racionamiento y movilidad, los fondos de la Partida Genérica 03: «Bienes y Servicios».

Las modificaciones presupuestarias entre partidas específicas de una partida genérica, se efectuaron en concordancia con la Ley de Gestión Presupuestaria (Ley 27209) y Directiva 001-2001-EF, vigentes para el año fiscal 2001.

No existe delito de peculado, pues durante su gestión, la finalidad de la entidad pública se mantuvo inalterable, habiendo efectuado los pagos por racionamiento y movilidad con ahorros generados en la propia partida genérica. Señala, además, que no cobró monto alguno por tales conceptos.

Es necesario atender la Directiva 001-2001-EF, Directiva para la Aprobación, Ejecución y Control del Proceso Presupuestario del Sector Público del 2001, cuyos artículos 24° y 25° facultan al titular del pliego a realizar modificaciones presupuestarias en el nivel funcional pragmático en el caso de créditos y anulaciones dentro de una unidad ejecutora, formalizadas por resolución del titular del pliego. Bajo esa lógica, el procesado concluye que no se habría apropiado ni utilizado en beneficio propio ni de terceros caudales o efectos del PRONAA.

70

En la imputación realizada por parte del Ministerio Público, se incrimina al acusado Ricardo Giesecke que, en su condición de Jefe y/o funcionario del PRONAA, habría dispuesto irregularmente del Presupuesto institucional durante el 2001 (durante su gestión). Ello con la finalidad de efectuar pagos por concepto de racionamiento y movilidad a funcionarios y trabajadores del PRONAA, lo que ocasionó un perjuicio económico al erario nacional, al señalarse que dichos pagos no procedían, toda vez que dentro del marco normativo respectivo, las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueran necesarios durante el Año Fiscal para los Pliegos Presupuestarios, tenían que ser aprobados por Decreto Supremo, refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector, siendo nula toda disposición contraria; concluyéndose que el recurrente habría dispuesto de fondos públicos para beneficiarse a sí mismo y a terceros, contraviniendo normas y directivas presupuestarias.

La jueza Saquicuray se dedica a contradecir los fundamentos de la excepción sin entrar en análisis de las pruebas, por tanto, a discutir el fondo de la materia; por el contrario el enfoque de su resolución se dirige a encontrar la supuesta atipicidad que le permitiría al procesado archivar los actuados sin pronunciamiento sobre el fondo de la materia. Observamos esta vez, como parte del sustento de la decisión jurisdiccional, documentos (pruebas concretas) que acreditan que hubo un hecho concreto de uso distinto o desviación que debe ser sometido a juicio a efectos de determinar el grado de responsabilidad penal de los agentes y la pena a imponer.

Concluye el razonamiento de la jueza que los argumentos esbozados por la defensa lindan con argumentos de ausencia de responsabilidad penal, los cuales no pueden servir de sustento de un medio técnico de defensa, en la medida que la excepción de naturaleza de acción debería ser admitida cuando los hechos denunciados carezcan de elementos típicos que justifiquen el movimiento del aparato judicial.

Se percibe de la resolución, que el sustento de la misma está orientado a esclarecer el hecho denunciado y, por ende, a establecer la antijuricidad de la conducta, concluyendo que se cuestiona y es base de la investigación penal la disposición de fondos no justificada en un presupuesto que inicialmente se encontraba destinado a bienes y servicios distintos a los pagos de «racionamiento y movilidad», pagos que no fueron sustentados ni técnica ni legalmente.

Consecuentemente de lo anterior, se evidencia que los hechos imputados al procesado se encuentran dentro del ilícito penal en el que está comprendido, teniéndose en cuenta que

el comportamiento típico del delito de peculado en su modalidad agravada, es apropiarse o utilizar de cualquier forma, para sí o para tercero, caudales cuya administración, en este caso, le estén confiados por razón de su cargo. Lo que se cuestiona en este caso es la incorrecta gestión efectuada sobre las percepciones públicas, las cuales tienen como destino el interés público. No se encuentra dentro del gasto previsible por el presupuesto, la categoría «racionamiento y movilidad».

En su **resolución del 9 de julio del 2007**, la jueza Saquicuray resuelve la excepción deducida por Adlay Reynaga en el caso relativo a cobro indebido. El procesado arguye lo siguiente:

Los hechos que motivaron la instrucción penal se originaron en la expedición de la Resolución Jefatural 092-2000-JI/INABEC, la misma que aprobó la tasa de interés compensatorio del Programa Nacional de Crédito Educativo, que fijó en 12% anual y su aplicación a los contratos que se firmasen a partir del 1 de setiembre del 2000.

Mediante informe dirigido al ahora procesado, por el Director de Crédito Educativo del INABEC, Carlos Cabrera, éste le informó el error incurrido al haberse consignado en forma inapropiada la «tasa de interés efectiva anual», cuando se refería a «una tasa de renta esperada» por el préstamo otorgado, lo que ha sido y venía siendo aplicado.

La recomendación del Comité de Crédito, erróneamente planteó en la letra de dicha resolución la tasa de interés efectiva anual, «sin embargo, aplicaron aquella tasa que consideraron habían aprobado». El artículo 383° del Código Penal sanciona al «*funcionario o servidor público que abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos en cantidad que excede la tarifa legal*».

En el caso, según el recurrente, no existiría el elemento de tipo penal que significa el cobro «que exceda la tarifa legal», debido a que según el registro histórico de la Superintendencia de Banca y Seguros se demostraría que nunca se cobró un interés mayor a la tarifa legal establecida. La resolución Jefatural incurre en un error al consignar que se trata de una tasa anual de 12%, pues su aplicación hubiera significado 21 puntos porcentuales menos, significando una pérdida para el INABEC. Además, 12% es relativamente menor al interés comercial que es en promedio el 19.92% y 15% en el mercado financiero. Por último añade el recurrente que no tuvo participación alguna en la formulación de la resolución que aplica erróneamente esa tasa e hizo todo lo que estuvo a su alcance para solucionar técnicamente el problema que se generó con dicho error.

El cargo que se imputa al presentante es el de cobro indebido por haber efectuado conjuntamente con sus coprocesados, cobros indebidos a los usuarios de crédito educativo del INABEC desde el 30 de mayo del 2002, en su condición de Sub Jefe del INABEC desde el 30 de mayo del 2002, oficina de la cual depende la Dirección de Crédito Educativo.

Forma parte de las resoluciones de la jueza Saquicuray la cita textual a las circunstancias establecidas por el jurista César San Martín Castro respecto a oportunidades en que procede la excepción de naturaleza de acción, auxiliándose además de jurisprudencia que

le ha permitido definir la viabilidad del medio técnico, lo cual ocurrirá cuando la conducta descrita en la denuncia penal y en el auto de apertura de instrucción no se adecue al tipo penal previsto en la norma. Y la segunda condición es que no se cumpla con los supuestos de punibilidad o en todo caso que exista una excusa absolutoria o una causa de exclusión de la pena.

La jueza se encarga de precisar en su resolución que la forma del planteamiento del medio técnico de defensa está orientado a establecer la ausencia de responsabilidad o en su defecto un accionar negligente, lo cual no resulta atendible a través de la excepción de naturaleza de acción sino con medios de prueba que serán materia de valoración en la etapa correspondiente, razones por las cuales desestima la pretensión.

En su **sentencia del 15 de mayo del 2007**, la jueza Saquicuray resuelve sobre la excepción de naturaleza de acción deducida por Víctor Bernaola. El procesado plantea esta excepción «por ausencia de dolo y atipicidad por falta de elemento objetivo del sujeto activo», respecto del delito de Aprovechamiento Indebido del Cargo. Sus argumentos son los siguientes:

- Está acreditado que el recurrente asumió el «encargo» de Director de la Oficina de Logística durante el período del 28 de junio al 12 de julio del 2004 (ocho días hábiles), por haber renunciado el anterior director. La encargatura fue dispuesta por Oficio por el que se le encargaba funciones, pero no se le asignaba el cargo de Director y, por tanto, nunca ha tenido facultades de decisión o de manejo de negociaciones.
- En el supuesto negado de ser válida su encargatura como Director de la Oficina de Logística, su labor de verificación de los documentos y colocación del «visto bueno» en los contratos antes referidos, se ha realizado con arreglo a ley, no significando con ello una conducta permisiva, por lo tanto no se presenta el elemento subjetivo del dolo.
- Con relación a los testimonios, se constata que no se han realizado actos simulados, ya que las actas y demás documentos estuvieron completos en todo momento, pues la Comisión de Auditoría no ha encontrado que en alguno de estos procesos se hayan completado las firmas con posterioridad. No hubo dolo, pues en los contratos con Lucrecia Scamarone y José Hernández de Agüero, no hubo intención de beneficiar a estas personas, ni perjudicar al Estado, debido a que en la fecha de encargatura tales contrataciones ya se encontraban completas, consistiendo su «visto bueno» en la conformidad del contenido del contrato, con lo señalado en el acta de otorgamiento de la buena pro y la pro forma del contrato de bases.

Se observa de la resolución que el cargo que el Ministerio Público imputa al procesado es que encontrándose como encargado de la Oficina de Logística del 28 de junio al 12 de julio del 2004, habría autorizado mediante su «visto bueno», la nueva contratación de María Scamarone y José Hernández de Agüero, con el correspondiente incremento en sus retribuciones, imputándosele no haber cautelado los intereses del Estado peruano, ya que con su accionar permitió que existan egresos mayores a los establecidos.

Nos encontramos nuevamente con la posición clara de la jueza respecto a las oportunidades en que resulta atendible el medio técnico de defensa; y a partir del quinto considerando se persigue determinar si los argumentos de la defensa resultan atendibles y por ende establecer si realmente nos encontramos ante la ausencia de la calidad de sujeto activo del delito de Aprovechamiento Indebido del Cargo, cuya condición se debe determinar en base al concepto penal de «funcionario público» que recoge el artículo 425° del Código Penal, y que responde como lo refiere Fidel Rojas, «a un concepto que flexibiliza el requisito de la investidura, de modo tal que asimila a la noción de “funcionario público” a los agentes contratados y a los que se hallan participado de funciones públicas en forma eventual»⁴¹.

De tal manera, el concepto «funcionario público», aun en caso eventual, es amplio, abierto y aplicable para la imputación de cargos delictivos. Por tanto, en la fase de instrucción cabe únicamente determinar si el inculpado reúne a priori las características exigibles en el tipo penal y su vinculación para ser pasible de su comisión.

La encargatura del recurrente no solo fue dispuesta por Oficio emitido por el Director General de Administración, sino que efectivamente, a función de la Jefatura del Área de Logística fue asumida por el procesado; en tal sentido resulta amparable su inclusión como sujeto activo del delito denunciado, pues habría llevado a cabo actos propios de su función y con las atribuciones propias del cargo, lo que se tradujo en visaciones que colocara como Encargado de la Oficina de Logística, participando en dichas contrataciones por la función que en aquel momento desempeñaba.

Conforme a los razonamientos anteriores, la nulidad de su designación (encargatura) y que su conducta sea atípica por falta de elemento objetivo del sujeto activo, como sostiene el recurrente, no resulta amparable. Se mantiene así, la apreciación inicial basada en indicios suficientes de su vinculación con el ilícito denunciado como presunto autor, toda vez que el presunto interés indebido se habría producido en los contratos en los cuales intervino por razón de su cargo.

Un razonamiento interesante en cuanto a la ausencia de dolo, lo constituye el alegado por el procesado en el sentido que no habría tenido intención de favorecer a Lucrecia Scamarone y José Hernández de Agüero ni causar perjuicio al Estado; se advierte que las personas contratadas se habrían visto beneficiadas con la suscripción del contrato, por cuanto sus honorarios se vieron incrementados, con lo que se habría causado perjuicio al Estado, por generar un egreso mayor de las arcas estatales. Se agrega la necesidad de que la ausencia de dolo sea acreditada mediante una oportuna actuación de pruebas, lo cual hace inviable la excepción de naturaleza de acción por atipicidad por lo tanto tal hecho debe someterse al contradictorio. Por lo tanto se desestimó el recurso.

⁴¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. Editora Grijley, 2007, p. 140.

Nos encontramos con la **resolución del 30 de diciembre del 2006**. En ésta, la jueza Saquicuray resuelve sobre la excepción de naturaleza de acción deducida por Víctor Gonzales. Según el procesado, los hechos imputados en su contra, no se subsumen en el tipo penal de Colusión Desleal, previsto en el artículo 384° del Código Penal falta de representatividad: conforme a la ficha registral que refiere, de la Oficina Registral de Lima, la empresa Alumitech S.A, desde su creación hasta la fecha tuvo y tiene como Gerente General a Miguel Gonzales; por ello la imputación que se le otorga de «representante» de Alumitech es absurda y falsa, careciendo de la condición de sujeto activo.

Su presunta conducta dolosa no ha sido suficientemente probada y resulta atípica, pues no está demostrado que haya existido concierto defraudatorio entre su persona y otros empleados de Alumitech y/o el Banco de Materiales, al no haber intervenido en la firma de contrato alguno, ni de addendas ni otros títulos semejantes.

Se incrimina a Víctor Gonzales, pues en su calidad de representante de la empresa Alumitech habría celebrado el contrato de compra-venta, con el Gerente General del Banco de Materiales, en perjuicio de esta entidad, no solamente porque había concertado con los funcionarios para que el área de operaciones efectuara el requerimiento de calaminas de aluminio de Aleación 5,052 que ellos ofertaban sino que habrían pactado para que dicha adquisición se materializara con un encargo de fabricación en el cual resultaba posible manejar los costos para extraer un mayor beneficio económico de la transacción.

Es así que en el contrato de compra venta no se consignó a cargo del Banco de Materiales, el pago por derecho de nacionalización de insumos, coligiéndose de ello que no precisó en el contrato con la finalidad de ocultar costos y no evidenciar de este modo el favoritismo a la referida empresa y que devino en que el Banco de Materiales asumiera dicho pago, perjudicándose económicamente.

Por otro lado, con respecto al ánimo de realización del evento criminoso, éste se vería reflejado en la modalidad de prestación a su cargo, pactándose la fabricación de calaminas y no la entrega de las mismas, cuya elaboración se realizaba en el exterior y era sujeto a importación por otros proveedores, ya que con ello lograron disminuir los costos de su producción y obtener un mayor beneficio económico, elaborando calaminas de aluminio que no cumplían los estándares internacionales como se observa en las conclusiones del Informe Técnico elaborado por el Departamento de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Informe Técnico emitido por el Consejo Nacional de Tasaciones (CONATA). Este último concluye lo siguiente: *«no cumple con los estándares internacionales, y no debió usarse como coberturas de techos de vivienda en las zonas afectadas por el Fenómeno del Niño»*.

El procesado es no solo representante de la empresa cuestionada sino dueño conjuntamente con su coprocesado Miguel Gonzales.

Corresponde, sostiene la jueza Saquicuray, determinar si es que se dan los supuestos de procedencia de la excepción de naturaleza de acción deducida; en esta oportunidad nos

encontramos frente a una resolución que refleja a todas luces la preocupación por evitar declarar fundada la excepción. Ocurre que en resoluciones anteriores hemos podido apreciar que es sustento de la jueza que el medio técnico de defensa que se resuelve, está sustentado únicamente en los cargos contenidos en la denuncia y el auto apertorio de instrucción; en función de estos cargos concretos se establecerá la atipicidad o en su defecto que el hecho denunciado no sea justiciable penalmente.

Así, en el quinto considerando se tiene como principal referente para establecer los alcances de la representatividad y o participación del presentante, la Ley General de Sociedades cuando debe tomarse en cuenta los estatutos; por otro lado se busca incorporar al cuaderno de excepción sobre la marcha medios de prueba actuados en el expediente principal generando una valoración de medios de prueba que deberían estar orientados a determinar la responsabilidad o no del procesado.

La resolución se basa en aspectos subjetivos debido a que la ausencia de representatividad no puede ser negada por el recurrente toda vez que habría ejercido el cargo de Presidente del Directorio, que conforme al artículo 152° de la Ley General de Sociedades, constituye conjuntamente con el Gerente, administradores de la Sociedad y el artículo 172° de la referida ley establece que «*el Directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto*»; facultad que fuera plenamente ejercida por el procesado, al suscribir en calidad de representante de la persona jurídica Alumitech, diversas comunicaciones enmarcadas dentro de la relación contractual entre esta empresa y el Banco de Materiales para la fabricación de calaminas.

Sobre la falta de subsunción del tipo penal, el procesado arguye que no se ha demostrado el concierto defraudatorio entre su persona y el Banco de Materiales por no haber suscrito ni el contrato ni las addendas materia de la investigación. No obstante, señala la jueza, debe subrayarse que el encausado es investigado en calidad de cómplice, por lo que su intervención se circunscribe a coadyuvar a la materialización del ilícito; por lo que no resulta suficiente para exceptuarlo de su presunta responsabilidad el no haber suscrito los contratos y addendas, toda vez que la concertación con los interesados puede efectuarse durante toda la existencia de la relación contractual, que no solo se limita a la suscripción del contrato sino a su vigencia total en el tiempo hasta su fenecimiento, etapas en las cuales habría participado.

Con relación a la imputación y las pruebas, éstas deberán dilucidarse en la instrucción; se puede apreciar que en la mayoría de los casos el principio de presunción de inocencia ha sido relevado del estamento jurídico, por lo tanto resulta suficiente que el Ministerio Público haga una imputación para presumir responsabilidad y participación en un ilícito penal con cargo a que el denunciado tenga la carga de la prueba bajo sospecha, es lo que se puede observar del criterio de la jueza Saquicuray.

La jueza Saquicuray declaró infundada la excepción de naturaleza de acción debido a que no advirtió que resulte atendible ya sea por atipicidad o no resulte justiciable penalmente.

En su **resolución del 27 de junio del 2007**, la jueza Saquicuray resuelve sobre la excepción de naturaleza de acción deducida por Edo Saldaña. Los argumentos del procesado refieren la inexistencia del delito, no solamente por la falta de tipicidad o conducta supuestamente consumada por el recurrente, sino también por el carácter antijurídico del hecho denunciado y que se *«pretende atribuirle un hecho delictivo acudiendo a una interpretación ultra petita o extra petita, facultad que no es de competencia del juez penal, sino que se encuentra reservada para el juzgador laboral por cuanto no existe ningún hecho o causa justificatoria objetiva que amerite haber adecuado su conducta en el ilícito penal que se le instruye»* (sic).

Señala, además, que la imputación en su contra no constituye un injusto penal por cuanto *«(...) objetiva y materialmente no ha realizado una acción que describa el ilícito penal que se instruye por lo que queda demostrado palmariamente que se le procesa por el simple hecho de ser accionista de una empresa en el ejercicio regular del derecho al trabajo que tienen todos los ciudadanos, por lo que se está frente a una atipicidad absoluta»* (sic). Agrega que la conducta que se le atribuye es atípica por no estar descrita en la legislación penal y que no está tipificado como conducta delictiva haber realizado una actividad regular usual y común.

Señala como medios de prueba de lo afirmado, las declaraciones instructivas y testimoniales actuadas, indicando que ninguno de sus coprocesados ha señalado conocerlo, ni han precisado que haya cometido delito de Comercio Clandestino, y que en la diligencia de confrontación con el testigo Víctor Pachioni, este último indicó no conocerlo.

Fluye de los fundamentos de hecho expuestos en el auto de apertura de instrucción que gran parte del combustible Turbo A fue adquirido por la empresa Boilcosarc a Petroperú. Lejos de ser comercializado a las empresas de aviación, fue destinado al Servicentro La Principal SAC, cuyo giro comercial es la venta y transporte de combustibles al por menor; así como a la empresa Plus Service Diesel SAC; esta última no contaba con Informe Técnico favorable de Planta de Abastecimiento.

La empresa Boilcosarc, representada por los procesados Marco Negrón y Eduardo Mc Bride, se habrían valido de la complicidad de terceras personas para efectuar la comercialización ilegal del combustible Turbo A, a pesar de las restricciones que tenía su venta, incriminándose al procesado Edo Saldaña por ser uno de los cómplices del delito de Comercio Clandestino, por cuanto de las facturas remitidas por Petroperú se tendría que el Servicentro La Principal SAC cuyo Gerente General es Edo Saldaña, durante el período comprendido entre el 10 de setiembre del 2003 y junio del 2004, retiró de la Planta del Callao la cantidad aproximada de 1 millón ochocientos mil galones de Turbo A.

El delito de Comercio Clandestino se encuentra previsto en el acápite b) del inciso 3 del artículo 272° del Código Penal, que prevé: *«Será reprimido con pena privativa de la libertad (...) el que se dedique a una actividad comercial sujeta a autorización sin haber cumplido los requisitos que exigen las leyes y los reglamentos. Asimismo, el que emplee, expendo o haga circular mercaderías y productos sin el timbre o precinto correspondiente, cuando deban llevarlo o sin acreditar el pago del tributo. También el que use mercaderías exoneradas de tributos en fines distintos a los previstos en la ley exonerativa respectiva»*.

Al recurrente se le incrimina por haber coadyuvado presuntamente a que los propietarios de la empresa Boilcosarc, pudieran comercializar clandestinamente el combustible denominado «Turbo A», cuyo único destino legal debía ser la venta exclusiva a empresas de aviación y no su transporte a plantas particulares para su posterior comercialización en el mercado; consistiendo su participación en haber transportado dicho combustible desde la Planta de Petroperú hasta la Planta ubicada en la Av. Principal, mediante la empresa Servicentro La Principal SAC, del cual era Gerente General y cuyo inmueble era de su propiedad, así como también haber consentido que se almacenara dicho combustible en el inmueble de su propiedad, local de la empresa Plus Service Diesel SAC.

La jueza menciona la inestructiva de Haydé Cunza, que refiere que tuvo conocimiento del retiro de combustible Turbo A, por parte de su empresa de transporte, toda vez que el chofer manifestó que el combustible Turbo A fue transportado a una Planta en la dirección que figura en la resolución. Iguales datos brinda la declaración testimonial de Raúl Ormeño, chofer de la empresa Alfaro que prestó servicios a la empresa Boilcosarc transportando combustible Turbo A. Otros conductores de otras empresas de transporte refieren lo mismo.

Varios de los conductores que transportaron el combustible manifiestan que Edo Saldaña fue quien los contrató.

Los argumentos del procesado (como cómplice) basados en la inexistencia de medios probatorios de su participación en el evento son atípicos, toda vez que se le procesa por el simple hecho de ser accionista de una empresa y no resultan válidos por las razones ya expuestas por la jueza. Se concluye que el procesado ha fundamentado la excepción alegando su no responsabilidad en los hechos, y conforme reiterada jurisprudencia, la valoración de los medios de prueba a que ha hecho alusión el procesado y que han sido glosados por la jueza, no corresponde ser evaluada en vía incidental, sino será materia de pronunciamiento en el estadio correspondiente, argumentos válidos para declarar infundada la excepción.

En su **resolución del 10 de octubre del 2007**, la jueza Saquicuray resolvió la excepción de naturaleza de acción deducida por Juan Castañeta, Álvaro Quijandría y Carmen Padrón. La defensa señala que los hechos atribuidos a sus defendidos no configuran la conducta típica requerida por el tipo penal del delito de Negociación Incompatible. Sostiene que *«la imputación formulada en contra de los referidos procesados, están referidas al ejercicio de sus cargos de miembros de la Comisión de Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que declaró la insolvencia de Aeroperú mediante resolución respectiva, atribuyéndosele haberse interesado indebidamente en el procedimiento de insolvencia de dicha empresa, al haberla declarado como tal en un plazo que, a juicio de la Fiscalía, fue muy breve como para analizar en profundidad la situación contable financiera de la empresa» (sic).*

Que el hecho denunciado por el Ministerio Público no configura la tipicidad del delito de Negociación Incompatible, puesto que al momento de decidir la declaración de insolvencia

de Aeroperú, sus defendidos únicamente se encontraban obligados a verificar los requisitos previstos en el Decreto Legislativo 845 y no a revisar la situación contable financiera de la empresa solicitante de la insolvencia.

Añade que concurre atipicidad objetiva del hecho que se le imputa a los procesados y la inexistencia de vinculación entre la declaración de insolvencia de Aeroperú y el posterior acuerdo adoptado por la Junta General de Acreedores con respecto a la disolución y liquidación de la empresa. Los encausados solo cumplieron aquel deber que les imponía el cargo.

78

Se entiende que los argumentos de la defensa deben ser contrastados con la denuncia y el auto de apertura de instrucción, así como del auto ampliatorio fluyen los cargos que se imputan a los procesados, atribuyéndoseles que en su condición de miembros de la Comisión de Salida del Mercado de INDECOPI, se habrían interesado en forma indebida en el procedimiento de insolvencia de Aeroperú, al declarar su insolvencia en tiempo récord, tiempo que habría sido materialmente imposible para evaluar la capacidad financiera y los documentos que lo sustentaban. Además, no se habría presentado la documentación pertinente.

El delito de Negociación Incompatible, por el cual se abre instrucción en contra de los procesados, se encuentra previsto en el artículo 397° del Código Penal: *«El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido (...)».*

Este delito se centra en el atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar la actuación de un funcionario público cuando intervenga en un contrato u operación económica. Al parecer la solicitud fue presentada el 12 de marzo y completada el 15 de marzo. Sostiene la jueza que el informe se habría elaborado el mismo día en que se completó la información. Se advierte, además, que la solicitud de Aeroperú del 12 de marzo no especificó los anexos que se adjuntaban. Solo el anexo de estado de ganancias y pérdidas presentaba sello de recepción de INDECOPI (12 de marzo). Mientras que el Balance General de diciembre de 1998 no presentaba sello y fecha de recepción.

A criterio de la jueza existen indicios de que en el otorgamiento de la declaratoria de insolvencia se habría producido un interés incompatible con la imparcialidad exigida en la intervención de funcionarios públicos, por lo que los actos imputados de los procesados se enmarcarían dentro del supuesto de hecho del tipo penal denunciado por el Ministerio Público.

Excepción de prescripción de la acción penal

En el Despacho de la jueza Saquicuray se encontraron diversos tipos de excepciones. La CAJ optó por presentar en su versión libro y en la página web del proyecto Auditoría

Social al Sistema de Justicia un número importante de resoluciones referidas a excepciones de naturaleza de acción. Sin embargo, hubo otra variedad de temas que generaron interés por el referente que significan para la jurisprudencia penal.

En ese caso, no solo se estudió la lógica y coherencia de las resoluciones a lo largo del tiempo a partir de las líneas de pensamiento jurisdiccional, sino que se añadió algunos temas que deben seguirse en adelante como líneas de razonamiento referente para todo juzgador penal.

En su **resolución del 5 de mayo del 2008**, la jueza Saquicuray resuelve la excepción de Prescripción de la Acción Penal deducida por el encausado Luis Pérez Documet, respecto del delito de Asociación Ilícita para delinquir.

- La defensa sostiene que del auto apertorio de instrucción se describe el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, que se encuentra tipificado en el artículo 317° del Código Penal, por lo tanto es un delito simple, cuya pena conminada ha quedado establecida como no menor de tres ni mayor de seis años de pena privativa de la libertad.
- Para establecer si el delito de Asociación Ilícita para Delinquir es un delito independiente y autónomo de los demás delitos y si se está frente a un concurso ideal o real de delitos, se debe recurrir a lo señalado por el artículo 50° del Código Penal, que dispone que cuando concurren varios hechos punibles que deban considerar a otros delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave; debiendo tener en cuenta los otros, conforme al artículo 48° del Código Penal.
- Para establecer si el delito de Asociación Ilícita para Delinquir es un delito autónomo e independiente de los demás delitos, se debe recurrir a la abundante jurisprudencia penal que se ha desarrollado en sentencias y ejecutorias emitidas por la Corte Suprema (la defensa señala las diversas ejecutorias), que ha establecido como criterio rector y uniforme respecto del delito de Asociación Ilícita para Delinquir, que es un delito autónomo e independiente de los demás delitos por los cuales el procesado es comprendido en el auto de apertura de instrucción.
- El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales establece que solo se abrirá instrucción cuando la acción penal no ha prescrito; esta norma es de orden público y de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, norma concordada con el artículo 139° (3) (13) de la Constitución, que protege el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva y la prohibición de instaurar un proceso penal cuando la acción penal se encuentra prescrita.
- Corresponde, también, establecer si el delito se prolongó en el tiempo hasta el momento en que fueron descubiertos al año siguiente, en julio de 1993, cuando en un paraje de Cieneguilla fueron descubiertos los restos de Armando Amaro Cóndor y Juan Mariño Figueroa y cuando el 20 de agosto concurre a la Universidad Enrique

Guzmán y Valle y prueba unas llaves en los armarios de los estudiantes, logrando verificar que una llave coincide con uno de ellos.

- Es preciso determinar hasta cuándo su patrocinado permaneció en el Ejército peruano, para lo cual se remite el contenido de la resolución por la cual pasa a situación de retiro al cumplir 35 años de servicio como Oficial del Ejército peruano el 1 de enero de 1997.
- Así, por lo que se retiró del servicio, no tuvo por qué tener conocimiento de los hechos ocurridos porque no tenía mando de tropa ni ejercicio real de empleo, ni tenía cadena de mando en el Ejército peruano, en consecuencia esta última fecha debe ser considerada para efectos de la prescripción de la acción penal.
- Según la defensa, la acción penal para el delito de Asociación Ilícita para Delinquir prescribe a los 9 años. A la fecha de la excepción habían transcurrido 11 años, por lo que la acción penal se encuentra prescrita.

80

Fundamentos de hecho de la resolución:

Según auto apertorio de instrucción recogido por la resolución estas acciones criminales (caso La Cantuta) estuvieron planificados y organizados desde los ámbitos de competencia del Poder Ejecutivo de entonces, realizándose como parte de una política de terror y de represión clandestina mediante la cual se llevaron a cabo procedimientos paralelos e ilegales a la Justicia peruana para enfrentar a quienes se consideraba vinculados a las organizaciones terroristas o eran sospechosos de ser militantes de Sendero Luminoso y el MRTA., que supuso la creación del grupo de aniquilamiento «Colina», alentado, sostenido y luego protegido por el ex Presidente Alberto Fujimori; su asesor de Inteligencia, Vladimiro Montesinos; el Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas Nicolás de Bari Hermoza y el Jefe de la División de Fuerzas Especiales, Luis Pérez Documet, entre otros, sistema que también fue aplicado a quienes no comulgaban con la Administración de Alberto Fujimori.

Fundamentos de Derecho de la resolución

La jueza expresa lo siguiente: «*Si bien existe un espacio en el tiempo durante el cual el Estado puede ejercer su poder de juzgamiento, sometiendo a proceso a las personas que han realizado hechos punibles y que el mismo se encuentra limitado por los parámetros temporales que la ley penal señala para su aplicación, vencidos los cuales cesa el Poder Jurisdiccional del Estado de ejercer su poder de juzgamiento, así como la obligatoriedad para los ciudadanos de someterse a éste*»⁴².

⁴² FERREIRA DELGADO, Francisco. *Teoría del delito*. Bogotá. Editorial Temis, 1998.

Debe meritarse, dice, para el caso materia de análisis, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia emitida el 29 de noviembre del 2006, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, por unanimidad resolvió que *«El Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de»* (menciona a profesores y estudiantes asesinados).

Luego precisa lo siguiente: *«En tal sentido, la Corte recuerda que, en el marco de los artículos 1º.1, 8º y 25º de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquellas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado, se siga un proceso contra todos los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes. A la luz de lo anterior, el Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios para determinar las correspondientes responsabilidades penales de los autores de los hechos cometidos en perjuicio de (los asesinados de La Cantuta)»*.

Señala luego que *«En tal sentido, es oportuno insistir en que los hechos de La Cantuta, cometidos contra las víctimas ejecutados extrajudicialmente o desaparecidas forzosamente constituyen crímenes contra la humanidad que no pueden quedar impunes, son imprescriptibles y no pueden ser comprendidos dentro de una amnistía»*.

La jueza estima necesario citar el siguiente párrafo: *«De tal manera, en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de La Cantuta. En particular, tal como lo ha hecho desde la expedición de la sentencia (CIDH) del Caso Barrios Altos, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in ídem, o cualquier excluyente de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreesueltas en los procesos penales militares»*.

Afirma también que la protección de la persona humana, es interés no solo del Estado donde uno habita, sino de la comunidad internacional en su conjunto, materializado en la formulación de Declaraciones de Derechos y suscripción de Convenciones, Tratados, etc. La Constitución de 1979, como la de 1993, tiene un catálogo de libertades fundamentales, habiendo incorporado al Derecho Nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango de norma constitucional.

El derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares y la obligación del Estado de protegerlo, importan un juicio justo e imparcial, rodeado de todas las garantías que constitucional y legalmente corresponde.

Si bien es cierto, el delito de Asociación Ilícita para Delinquir se perfecciona con la sola pertenencia a la organización con fines criminales independientemente de los delitos que ésta pudiera cometer, ello no puede transpolarse a la vinculación que dicho ilícito pueda tener con las demás imputaciones vertidas en contra del recurrente por los hechos acaecidos en perjuicio de nueve estudiantes y un profesor de La Cantuta. En esa línea, es necesario recalcar que existe la obligación del Estado peruano, como lo ha puesto de manifiesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este caso concreto, de investigar y determinar las responsabilidades penales de «todos los autores» de los hechos cometidos en perjuicio de Hugo Muñoz y otros, entre los cuales debe incluirse necesariamente la asociación ilícita conformada entre otros por el procesado peticionante, cuya responsabilidad o irresponsabilidad será materia de pronunciamiento de fondo en el estado correspondiente.

Lo razonado no significa desconocer el Principio de Legalidad Penal, en tanto que éste debe entenderse como la exigencia de que el hecho incriminado constituya delito o crimen en el Derecho Penal nacional o en el Derecho Internacional y ello se desprende con claridad del artículo 9° de la Convención Americana al establecer que «*Nadie puede ser condenado por acciones y omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho aplicable*» (sic); así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 15° dispone: «*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional e Internacional*».

La jueza Saquicuray cita al tratadista Heinrich Jescheck, que dice: «*el fundamento (prescripción) reside esencialmente en el Derecho material, su efecto, sin embargo, se limita al procedimiento. Esto último comporta consecuencias que se dirigen particularmente a la admisibilidad de modificaciones posteriores de los plazos de prescripción, bajo el aspecto de la prohibición de la retroactividad a nivel constitucional: dado que la prescripción de un delito no supone modificación alguna en torno a la punibilidad sino que se refiere solo a su perseguibilidad, el plazo de prescripción, en la medida en que éste no haya expirado, puede ser ampliado sin suponer una infracción de la prohibición de la retroactividad (...)*»⁴³.

Así, si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor «seguridad jurídica», frente al valor «justicia», en el caso de delitos como los instruidos (por su especial gravedad o naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por ende el Estado se encuentra obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la investigación y sanción de los que resultaren responsables de tales delitos, así como garantizar la reparación a las víctimas; de ahí que el Derecho Internacional de los Derechos

⁴³ JESCHECK; Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Comares, SL. Granada, 2002, p. 982.

Humanos afirme el principio de la Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Por consiguiente, la disgregación de los hechos investigados por el delito de Asociación Ilícita en contra del procesado Pérez Documet, respecto de las otras imputaciones contenidas en el proceso penal, importaría afectar el global conocimiento y determinación de las responsabilidades de todos aquellos que hubieren participado en dichos actos ilícitos, colocando trabas a la obtención de la verdad material, que deberá ser alcanzada a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por el organismo supranacional, y por consiguiente al derecho de las víctimas a conocer las circunstancias en que se habrían perpetrado las violaciones a los derechos humanos.

Este razonamiento ha sido plasmado igualmente por la Primera Sala Penal Especial, que en su resolución del 9 de mayo del 2005, al confirmar la resolución emitida por la jueza Saquicuray que declaró infundada la excepción de prescripción en el caso Barrios Altos: la ineficacia jurídica, la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.

La sentencia del Tribunal Constitucional 2488-2002 también refiere la aplicación de la imprescriptibilidad en casos como los que se analizan.

La jueza declara infundada la excepción de prescripción.

Un caso especial: Derecho de Gracia

El presente libro considera importante cotejar la línea de continuidad en el tiempo del razonamiento jurisdiccional de determinados jueces. Pero también presenta aquellos casos especiales que, por su significado y lo que puede aportar al futuro, son relevantes. Es el caso del conjunto de argumentos que esgrime la jueza Saquicuray en torno al llamado «Derecho de Gracia».

En efecto, en su resolución del 8 de agosto del 2006, la jueza se pronuncia sobre la situación jurídica del procesado Alfredo Jalilie Awapara.

Mediante Resolución Suprema 097-2006-JUS, publicada el 14 de junio del 2006, el Presidente de la República concedió «Derecho de Gracia» al procesado Jalilie con relación a diversos expedientes.

El Ministerio Público sostiene que *«existiendo la Resolución Suprema 097-2006-JUS, emitida por el Presidente de la República, concediendo el Derecho de Gracia al procesado (...), es de opinión que el Juzgado dé por extinguida la acción penal (...)*».

El Procurador Público Adjunto, solicita se declare inaplicable la Resolución Suprema, señalando que comparte los argumentos vertidos por la Cuarta Sala Penal Especial debido a que la Resolución Suprema carece de motivación debida, por lo tanto deviene en un acto totalmente arbitrario y contraviene el principio constitucional de «motivación de las resoluciones judiciales, indicando que según la Constitución (artículo 118° inciso 21)», el Derecho de Gracia puede ser ejercido por el Presidente de la República en beneficio de los procesados en los casos en los que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria y esta facultad presidencial de naturaleza restringida y excepcional se ha visto extendida solo en dos casos también excepcionales y en ambos ha obedecido a razones realmente humanas y aún así, ha sido necesaria la regulación normativa para delimitar la excepcionalidad de la medida y cumplir con los requisitos de legalidad, razonabilidad y discrecionalidad limitada.

Que al otorgarse el Derecho de Gracia se está desnaturalizando complementemente la figura legal de la gracia presidencial que puede otorgarse solo en dos supuestos a quienes fueron condenados injustamente por terrorismo en base a pruebas insuficientes bajo la vigencia de normas inconstitucionales dictadas durante el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional o por razones humanitarias.

Por su parte la defensa sostiene la Resolución Suprema que expresa de manera suficiente los fundamentos fácticos y jurídicos que tuvo a consideración, así como el Informe favorable de la Comisión de Alto Nivel de Derecho de Gracia.

Invoca el respeto al principio de legalidad, ya que entiende que ha verificado el cumplimiento de los plazos que establece el Código de Procedimientos Penales, para que constitucionalmente sea expedito el otorgamiento del Derecho de Gracia, señalando que el proceso lleva más de 26 meses sin sentencia firme, por lo que se habría vencido en exceso el plazo que otorga la norma, lo que debe interpretarse *pro homine* y *pro libertatis*.

Alfredo Jalilie Awapara fue procesado como presunto cómplice del delito de colusión desleal, dictándose en su contra medida de comparecencia con restricciones, imputándosele que en su calidad de Vice Ministro de Hacienda, en compañía del entonces Director General de Crédito Público José Lituma, y a pedido del Ministro del Interior, José Villanueva Ruesta, habría acudido a COFIDE a coordinar la obtención de un préstamo adicional del Eximbank para la obtención de 1,500 vehículos para la Policía Nacional, presumiéndose que este procesado habría tenido un interés especial a fin de que la adquisición se efectuara sobre vehículos con determinadas características.

Así habría emitido el Informe 002-99-EF, en el cual señaló que la Dirección General de Crédito Público remitió al Eximbank el documento para dar inicio a la gestión de financiamiento para adquirir camionetas 4x4 techo alto; incluyéndose en ello que el procesado habría designado a los miembros del Comité de Licitación que fueron convocados en las instalaciones del SIN a recibir instrucciones respecto a la elaboración de las Bases para el proceso de Licitación, concluyéndose de tal incriminación que habría existido interés de su parte de direccionar la adquisición de determinados bienes y beneficiar a cierto proveedor, motivo por el cual se dio inicio a la instrucción en su contra.

El 21 de octubre del 2004 se amplió el plazo de la instrucción por 60 días. El 13 de enero del 2005, se resolvió declarar compleja la causa, de conformidad con lo solicitado por el representante del Ministerio Público. El 14 de enero se amplía la denuncia a otras personas.

El 15 de abril se dispuso la ampliación del proceso (...).

Vencidos los plazos de la instrucción se emitieron los informes finales de ley, siendo luego elevados a la Segunda Sala Penal Especial, instancia superior que dispuso la devolución del expediente al Juzgado a fin de emitir pronunciamiento conforme a sus atribuciones sobre la situación jurídica del procesado.

La jueza Saquicuray ha demostrado con sus fallos, muchas veces controvertidos, sentar precedentes importantes como el que nos ocupa que confronta la facultad que tiene el Presidente de la República para favorecer a cualquier procesado con el Derecho de Gracia y además dicha actividad presidencial se encuentra dispuesta en el mismo texto de la Carta constitucional, en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 139°, que señala: «(...) ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el Derecho de Gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno»; por lo que, la facultad de otorgar el Derecho de Gracia presidencial está contenida en nuestra Carta constitucional de 1993.

Respecto a la interpretación de la Constitución, este tema y sus principios directrices o pautas fundamentales que orientan la labor del intérprete, se abordan desde dos perspectivas: la interpretación de la Constitución y la interpretación desde la Constitución. Para este análisis, la jueza se refiere a la primera perspectiva. El intérprete deberá desentrañar el mensaje normativo que una determinada regla de Derecho tiene expresada, y en muchos casos asignarle un sentido a la norma objeto de interpretación, que en materia constitucional es más frecuente.

Respecto a la motivación de la Resolución Suprema, uno de los requisitos esenciales del acto administrativo no solo consiste en la expresión de la causa sino también en su finalidad. La motivación es un juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. Es la expresión o constancia que dicho motivo existe o que concurre en el caso concreto. La motivación solo puede existir en aquellos supuestos donde ella se manifiesta en forma expresa y, esencialmente, en forma escrita.

El derecho a que las resoluciones sean motivadas (no arbitrarias) se aplica a las normas administrativas como lo es la Resolución Suprema. Al examinar la Resolución Suprema se advierte que sus «fundamentos» para otorgar el Derecho de Gracia presidencial, se sostienen en el Informe favorable de la Comisión de Alto Nivel que señala: «Asimismo, la Comisión luego de haber evaluado el pedido de Derecho de Gracia presentado por Alfredo Jalilie

Awapara, considera que del total de expedientes presentados, todos reúnen las características para poder ser recomendados ante el Presidente de la República a efecto que se le otorgue el Derecho de Gracia presidencial solicitado (...).».

En tal sentido, la Resolución Suprema en cuestión carece de motivación debida, que contraviene el principio constitucional de «motivación debida de las resoluciones judiciales», debiendo indicarse también, que según el texto expreso de la Constitución, artículo 118° (21), el Derecho de Gracia, puede ser ejercido por el Presidente de la República en beneficio de los procesados en los casos en los que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria y que esta facultad presidencial de naturaleza restringida y excepcional se ha visto extendida solo en dos casos también excepcionales y en ambos obedeció a razones realmente humanitarias y aún así ha sido necesaria la regulación normativa para delimitar la excepcionalidad de la medida y cumplir con los requisitos de legalidad, razonabilidad y discrecionalidad limitada.

La jueza resuelve que para la causa signada con el número 05-2004 seguida contra Alfredo Jalilie Awapara por la presunta comisión del delito de Colusión Desleal (cómplice) en agravio del Estado, no resulta de aplicación el Derecho de Gracia concedido en el artículo segundo de la Resolución Suprema cuestionada.

2.2.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

- La excepción de naturaleza de acción prevista en el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales vigente, resulta procedente cuando el hecho denunciado no constituye delito y/o cuando no es justiciable penalmente. En consecuencia, el primer extremo comprende todos aquellos supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de la imputación; mientras que en el segundo extremo se encuentra la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.
- El delito de desaparición forzada, prevé que: «*el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de la libertad (...)*». La desaparición forzada se trata de un delito especial por la calidad del agente (funcionario o servidor público), elementos estos últimos que implican la sanción a una práctica de terror llevada a cabo por personas pertenecientes al aparato estatal.
- El Estado peruano se encuentra obligado a realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos. De tal manera, en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso, de sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios

disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes.

- La imputación a título de cómplice primario, no está en función de la relación jerárquica entre el procesado y sus demás coprocesados o testigos en el caso, sino en función de su contribución y responsabilidad directa en los hechos concretos.
- La Malversación circunscribe la conducta del sujeto activo a dar el dinero que administra una aplicación diferente, sin requerirse que el sujeto cumpla una actividad adicional; es decir, bastará con que el sujeto reproduzca en la realidad este comportamiento, para que se cumpla el elemento de tipo penal.
- La afectación del servicio o función, se determinará en el estadio correspondiente, pues «el delito se consume con la sola aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos distintos a los previstos». Si no se presenta esta situación, se estaría frente a una tentativa.
- Respecto al servicio dañado o entorpecido, deberá ser valorado judicialmente, conforme a los datos técnicos de acreditación que las instancias de control administrativo hagan llegar a las instancias judiciales. Resulta así la afectación del servicio, un elemento objetivo de la imputación de la malversación a efectos de aplicar la pena: que se demuestre la lesión causada al servicio público, lo que no implicará necesariamente la paralización o imposibilidad de que cumpla con sus fines.
- Debe considerarse que los presupuestos exigidos para el inicio de una investigación judicial exigen la presencia de un mínimo de actividad probatoria (basada en indicios suficientes) que permita presumir la existencia de un ilícito, es decir, no se requiere la probanza de la consumación del hecho. La afectación del servicio, como resultado prohibido, solo puede ser determinado y valorado como prueba en el estadio procesal correspondiente y no en las excepciones.
- Al tratarse de contribuciones y emolumentos debe entenderse en sentido lato: el contenido del concepto de contribuciones en el campo penal tiene una acepción más amplia que el concepto legal tributario, pues también son objeto de la exigencia ilegal las tasas e impuestos. Se considera la tasa de interés cobrada a los usuarios del crédito educativo como una contribución debida a la entidad estatal.
- En lo que se refiere a la calidad de sujeto activo del delito de Aprovechamiento Indebido del Cargo, dicha condición se debe determinar en base al concepto penal de «funcionario público» que recoge el artículo 425° del Código Penal, y que responde a un concepto que flexibiliza el requisito de la investidura, de modo tal que asimila a la noción de «funcionario público» a los agentes contratados y a los que se encuentran participando de funciones públicas en forma eventual.
- El concepto «funcionario público», aun en caso eventual, es amplio, abierto y aplicable para la imputación de cargos delictivos. Por tanto, en la fase de instrucción cabe

únicamente determinar si el inculcado reúne a priori las características exigibles en el tipo penal y su vinculación para ser pasible de su comisión.

- El Directorio de una Sociedad tiene facultad de gestión para la administración de la sociedad dentro de su objeto, en el cual puede perfectamente incluirse la prestación contenida en el contrato de fabricación, así como debe tenerse presente que de acuerdo a lo previsto en el artículo 177° de la Ley General de Sociedades, los directores responden ilimitada y solidariamente ante terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos y actos contrarios a la ley o por los causados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, siendo una premisa de la defensa del procesado que desconocía la negociación tendiente a la suscripción del contrato sub-materia, y dicha afirmación merecerá ser sometida a actividad probatoria propia de la instrucción para determinar la existencia o no de su responsabilidad penal.
- El delito de Negociación Incompatible se centra en el atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar la actuación de un funcionario público cuando intervenga en un contrato u operación económica.
- Para establecer si el delito de Asociación Ilícita para Delinquir es un delito independiente y autónomo de los demás delitos y si se está frente a un concurso ideal o real de delitos, se debe recurrir a lo señalado por el artículo 50° del Código Penal, que dispone que cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse a otros delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo tener en cuenta los otros, conforme al artículo 48° del Código Penal.
- Aun cuando son de aplicación básica nuestras normas internas, ello no excluye o limita al juez para acudir a la jurisprudencia que permita encontrar sustento lógico, coherente y motivado de las decisiones jurisdiccionales cuando se trate de casos complejos por la naturaleza del delito.
- El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de investigar violaciones a los derechos humanos y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos. En particular, tal como lo ha hecho desde la expedición de la sentencia (CIDH) del Caso Barrios Altos, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in ídem, o cualquier excluyente de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreesridas en los procesos penales militares.
- Si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor «seguridad jurídica», frente al valor «justicia», en el caso de delitos como los instruidos (por su especial gravedad o naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por

ende el Estado se encuentra obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la investigación y sanción de los que resultaren responsables de tales delitos, así como garantizar la reparación a las víctimas; de ahí que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos afirme el principio de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

- El Derecho de Gracia es una facultad reconocida en la Carta constitucional, en el inciso 21 del artículo 118°, que señala de manera expresa, que el Presidente de la República tiene como atribución, entre otras, la de conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el Derecho de Gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; sin que esa atribución lo releve de cumplir con el orden legal interno.
- Uno de los requisitos esenciales del acto administrativo no solo consiste en la expresión de la causa sino también en su finalidad. La motivación es un juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad. Es la expresión o constancia que dicho motivo existe o que concurre en el caso concreto. La motivación solo puede existir en aquellos supuestos donde ella se manifiesta en forma expresa y, esencialmente, en forma escrita.

2.2.3. Base del pensamiento jurisdiccional de la jueza Saquicuray

La jueza Saquicuray forma parte del sistema especial de administración de justicia, es decir, de aquellos magistrados que tienen que lidiar con los delitos que por la condición de funcionarios públicos de sus agentes tal vez en ocasiones resulten ser objeto de presiones políticas o de otra índole. De las resoluciones materia de análisis podemos colegir que no en vano su vasta experiencia en la administración de justicia le ha permitido sentar precedentes importantes.

Hemos podido observar en sus resoluciones que buscan garantizar un debido proceso y la oportunidad de que las partes puedan hacer uso del derecho de probar en un juicio justo y con todas las garantías de ley; ello hace evidente un marcado celo al no permitir que la impunidad vea en los medios técnicos de defensa su oportunidad para eludir la acción penal.

Como ocurre en la Resolución de fecha 30 de diciembre del 2006, donde observamos con claridad que la resolución se encuentra motivada por el análisis de ciertos medios de prueba, con lo cual temporalmente se aparta de su propia línea de pensamiento jurídico, debido a que como lo sostiene en la resolución de fecha 15 de mayo del 2007 y 20 de junio del mismo año, para determinar la procedencia de la excepción de naturaleza de acción el análisis debe centrarse en la coherencia entre la imputación fáctica y el tipo penal. No cabe entonces distorsionar la vía incidental pretendiendo argumentar ausencia de responsabilidad o insuficiencia probatoria, debido a que estas condiciones deberán ser sometidas al contradictorio.

Sin embargo, debemos detenernos un momento en la resolución del 15 de mayo del 2007, la cual se encuentra motivada por un medio técnico de defensa amparado en la ausencia del dolo, en consecuencia la imputación deviene en atípica. Si seguimos la línea jurídica de la jueza Saquicuray tendríamos que decir que al estar acreditada la ausencia del dolo la consecuencia es declarar fundada la excepción; sin embargo se desprende de la resolución que aun cuando la jueza le da la razón al procesado considera denegar la excepción porque refiere:

«De otro lado, si bien es cierto que la ausencia del elemento subjetivo, es decir el dolo acarrea atipicidad de la conducta por lo que perfectamente una excepción de naturaleza de acción es estimable en dicha circunstancia; sin embargo, cuando la acreditación de dicha ausencia requiere previamente de la actuación de pruebas, tal remedio procesal, por su propia naturaleza no resulta procedente, pues de lo contrario significará otorgarle una naturaleza similar al de la instrucción...».

Si quisiéramos encontrar el nivel de predictibilidad de las resoluciones de la jueza Saquicuray, podríamos dejarnos llevar del criterio plasmado en la mayoría de sus resoluciones en tanto establece que la excepción de naturaleza de acción resulta viable cuando la conducta descrita en la denuncia penal, en el auto de apertura de instrucción no se adecua al tipo penal previsto en la norma; lo cual implica que la procedencia del medio técnico de defensa no admita valoración de prueba alguna y únicamente se remita a la valoración fáctica de los hechos y el tipo penal imputados; sin embargo podemos observar que la jueza Saquicuray está procurando dar un paso más adelante, incluso del Acuerdo Plenario N° 06-97 que regula la procedencia de la excepción de naturaleza de acción cuando no concurra el elemento subjetivo del «dolo»⁴⁴.

Por último un aspecto que se debe destacar resulta la resolución que declara inaplicable la Resolución Suprema que concede el Derecho de Gracia a favor del procesado Alfredo Jalilie, en una clara defensa de la legalidad y el ordenamiento legal interno, posición muy valiente que no necesariamente resulta un enfrentamiento entre poderes del Estado, sino que debe significar el ejercicio de los deberes que le otorga la investidura de magistrada en un Estado democrático.

⁴⁴ ACUERDO PLENARIO N° 6/97.

EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN BASADO EN LA AUSENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

PRIMERO: La ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción.

SEGUNDO: Cuando el hecho en sí constituye delito, su errónea calificación no debe dar lugar a la procedencia de una excepción de naturaleza de acción.

TERCERO: No debe formarse cuaderno incidental cuando en un proceso penal sumario se deduce la excepción después de recibida la acusación del Fiscal Provincial, se debe resolver con la sentencia.

CUARTO: Cuando la excepción de naturaleza de acción se deduce en la etapa intermedia del proceso penal ordinario, después de recibida la Acusación del Fiscal Superior, no cabe formar cuaderno aparte. En este caso la excepción debe resolverse en el principal, previo dictamen Fiscal.

La Cuarta Sala Penal Especial el 23 de junio del 2006 respalda la decisión de la jueza Saquicuray, declarando inaplicable por inaplicabilidad constitucional el artículo segundo de la Resolución Suprema N° 097-2006 que concede al Derecho de Gracia al señor Jalilie y que prosiga a causa según su estado⁴⁵.

Sin embargo mediante el ineludible recurso de agravio constitucional —*habeas corpus*— el Trigésimo Segundo Juzgado Penal de Lima, el 5 de julio del 2006 (expediente N° 12606-2006 (16-2006)) declara fundado el recurso y ordena la inmediata libertad del señor Jalilie así como el sobreseimiento de la causa que se tramitaba ante la Cuarta Sala penal Especial⁴⁶. Sin que esta decisión haya podido opacar la valiente actuación de la jueza Saquicuray.

⁴⁵ <http://www.pj.gob.pe/intranetportal>

⁴⁶ www.Justiciaviva.org.pe

2.3. LINEAS INDIVIDUALES DEL JUEZ FERNANDO BAZÁN CERDÁN

Cajamarca

Juez Titular especializado en lo penal. Abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Lima. Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal; doctorado en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Méritos reconocidos por el Colegio de Abogados de Lima por haber participado en comisiones consultivas de Derecho de los Pueblos Indígenas, contando además con el conocimiento de quechua a nivel intermedio. Autor de publicaciones en disciplina jurídica *Comunidades y rondas campesinas. Aproximación a su naturaleza jurídica (I y II)*, además de textos académicos y libros jurídicos como: *Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas. Volumen I Y II*.

2.3.1. Análisis de las sentencias

El juez Fernando Bazán plasma sus sentencias sin una estructura determinada sin que ello signifique que no contengan los elementos constitutivos formales de una sentencia; su estilo genérico omite sumillar el cuerpo de su resolución. Aun cuando su narrativa tiene coherencia y lógica no es posible identificar con claridad si conserva el mismo orden en todas, sin perjuicio de ello se puede identificar una primera parte que se remite a un resumen de los hechos denunciados. La parte considerativa de la sentencia es mucho más extensa, contiene la esencia del razonamiento jurídico del juez Bazán.

Las sentencias que son materia de análisis se han venido desarrollando con un patrón semejante, como lo veremos en las siete sentencias del año 2005, lo que de alguna manera, podría decirse, es habitual en la mayoría de los jueces del Poder Judicial, lo cual denota que el uso de ciertas plantillas no es una práctica vedada en absoluto, se trata de una forma válida para agilizar la solución de los conflictos.

Lesiones graves

En su **sentencia del 5 de julio del 2005**, el juez Fernando Bazán analiza y resuelve sobre el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en su modalidad de Lesiones Graves Seguidas de Muerte. El 8 de noviembre del 2004, aproximadamente a las 4 a.m., el agraviado, propietario del Night Club X, se constituyó en el Night Club Y para beber licor. Luego

ingresó el acusado, quien discutió acaloradamente con el agraviado por una mujer que trabajó para ambos, en sus respectivos clubes nocturnos.

El agraviado mostró un arma de fuego a los presentes y disparó varios tiros contra la esfera giratoria reflectora del local, circunstancia en la que el acusado le propinó un botellazo en la cabeza, situación que aprovechó para arrebatarse el arma, trabándose en un pugilato. El acusado disparó siete tiros contra las piernas del agraviado, lo que determinó que éste cayera al suelo, donde el acusado continuó agrediendo físicamente, mientras se desangraba.

En su defensa, el acusado esgrime que solo quiso quitar la pistola al agraviado en circunstancias en que éste intentó cambiar de cacerina después de haber realizado unos diez disparos a la esfera giratoria, producto de cuyo forcejeo se disparó el arma unas siete veces. Para el juez, esa posición es inverosímil y no probada, esencialmente por las uniformes y coherentes declaraciones en sentido contrario formuladas por los testigos presenciales del hecho punible. Igualmente no concuerdan con los resultados de la inspección ocular ni del examen de la ubicación de las heridas de bala y la apreciación sobre los 21 casquillos de balas encontrados en el lugar.

El primer aporte que hace el juez Bazán en su resolución tiene que ver con la definición del delito materia de instrucción, en el presente caso lesiones seguidas de muerte, remitiéndose a la jurisprudencia sobre la materia que regula la gravedad de las lesiones no solo por la gravedad de las mismas y los días de descanso sino también por las circunstancias en que ocurrieron, los medios empleados y el lugar donde se produjeron las lesiones. El juez dedica tres considerandos con la finalidad de conceptualizar el tipo subjetivo exigido para determinar la responsabilidad que requiere de un accionar doloso orientado a generar una lesión en cualesquiera de sus grados, quiere decir entonces que, de producirse la muerte del agraviado por causa de la lesión, este hecho le resulta imputable en razón de culpa debido a que tenía la posibilidad incluso de evitar ese resultado, lo que a decir del magistrado le otorga complejidad al delito.

Luego procede a enumerar los medios de prueba aportados al proceso entre el protocolo de autopsia, Acta de reconocimiento, Acta de recojo, Acta de ratificación de dictamen pericial. Sitúa a nuestro Código Penal en el marco de la teoría finalista del delito, en la cual para subsumir en la tipicidad resulta necesario tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Otorga al procesado la garantía de la presunción de inocencia condicionándose a emitir sentencia condenatoria solo si se encuentra plenamente acreditada la responsabilidad penal.

De la valoración de las pruebas ha llegado a la convicción de que el procesado tuvo intención de causar lesión grave al agraviado; por otro lado las lesiones y causas de la muerte son precisadas en el protocolo de necropsia que concluye como causa principal de la muerte shock hipovolémico por herida de arma de fuego, en total siete disparos. No es posible considerar la confesión del acusado como sincera en la medida que en un primer momento no se produjo una aceptación total de los cargos, para tal efecto cita ejecutorias supremas y el numeral 10) del artículo 46° del Código Penal.

Para efectos de determinar la reparación civil debe regirse por el principio del daño causado debiendo ser fijada de manera prudencial y proporcional al daño causado, además de estar al alcance de las condiciones personales del acusado. Por los fundamentos expuestos apreciados los hechos y valorada la prueba con criterio de conciencia, falla **CONDENANDO** como autor convicto del delito de lesiones graves seguidas de muerte imponiéndole 8 años de pena privativa de la libertad y la suma de 40,000 nuevos soles por concepto de reparación civil.

La **sentencia del 28 de febrero del 2005**, también encuentra responsabilidad penal por el delito de lesiones graves seguidas de muerte, al igual que la sentencia precedente. El juez Bazán realiza un recorrido por la identificación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal invocado por el Ministerio Público como consecuencia de que el día 1 de mayo del 2002, siendo aproximadamente las diecinueve horas, en circunstancias en que el agraviado se dirigía a su domicilio, fue atacado por un grupo de personas dentro de las cuales se encontraban algunos menores y el procesado, los que premunidos de armas punzo cortantes atacaron al agraviado. Este, en su defensa, sacó su correa, siendo reducido por sus atacantes, circunstancia en que el procesado le asestó una puñalada en el pecho ocasionándole una herida de necesidad mortal. Luego de ello, el referido procesado y sus acompañantes dejaron tirado al agraviado en la calle, dándose a la fuga.

Las declaraciones defensivas del acusado son desvirtuadas por los testimonios de los menores que lo acompañaban en el asalto.

El juez Bazán utiliza los mismos elementos conceptuales. Entre otras cosas, repite un criterio: *«La acción típica consiste en causar lesiones que tengan como resultado la muerte de otra persona, no existiendo restricciones sobre la modalidad utilizada para lesionar, ni los medios que se utilicen. Los medios pueden ser materiales (físicos) o morales (psíquicos). El resultado de la acción es la producción de lesiones que tengan como resultado la muerte efectiva de otra persona, habiendo podido prever dicho resultado el agente».*

Al juez las pruebas actuadas le generan convicción respecto a la intención y voluntad de lesionar; las lesiones graves generadas ocasionaron la subsiguiente muerte del agraviado, lo cual era previsible. No obstante, puede surgir alguna duda, una tenue línea que nos induzca a pensar si es que, efectivamente, este es un delito de lesiones graves seguidas de muerte o, simplemente, un homicidio. No solo se trata de analizar el medio empleado sino la ubicación del daño. Quien apuñala en el pecho, lo hace sobre una zona vital del cuerpo, generando tal daño que la muerte es una consecuencia no solo previsible sino razonablemente prevista. Lo potencial se convierte en actual.

En todo caso, el juez refiere la existencia acreditada de un homicidio preterintencional, castigándose por el dolo del agente, *«en este caso por las lesiones graves que quiso causar» (sic)*. Luego añade: *«Sin embargo, resultó un daño más grave del que era previsible».* Empero el protocolo de necropsia invocado en el considerando quinto puede ayudarnos a entender la posición adoptada por el magistrado, estando probado tanto el delito como la responsabilidad del acusado.

El acusado tiene 19 años de edad (imputabilidad restringida), tiene bajos ingresos económicos (es carpintero y percibe 7 nuevos soles diarios), no tiene antecedentes. Realizó el hecho punible intencionalmente. El acusado, era el sostén de su familia, lo que le permite ser favorecido con la reducción prudencial de la pena a imponer. El juez Bazán falla condenando al acusado a seis años de pena privativa de la libertad así como al pago de 20,000 nuevos soles de reparación civil.

En su **sentencia del 23 de febrero del 2005**, el juez resuelve sobre un caso que fue denunciado como lesiones graves pero que luego de la valoración de las pruebas determina que se encuentra bajo la figura típica de lesiones leves. Los hechos se remiten a lo ocurrido el 2 de diciembre del 2003, aproximadamente a las 18 horas los denunciados se encontraron en una calle donde sostuvieron una conversación para luego liarse a golpes, resultando ambos con lesiones de distinta gravedad.

No existe diferencia en los conceptos utilizados por el juez para sustentar su razonamiento jurídico, sin embargo notamos una diferencia con las sentencias anteriores cuando en razón de haberse iniciado el proceso como lesiones graves, con el certificado médico legal a la vista y actuados los medios de prueba, le ha causado convicción la concurrencia del delito de lesiones leves y dadas las características y condiciones personales del agente se reserva el fallo condenatorio invocando para tal efecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de la República sobre «Reglas de conducta en la suspensión de la ejecución de la pena» que le permite al juzgador incluir el pago de la reparación. Como regla de conducta su incumplimiento implica la revocatoria de la reserva del fallo fijando como reparación civil 500 nuevos soles y el pago de las medicinas del agraviado.

En su **sentencia del 15 de agosto del 2005**, el juez resuelve un caso sobre lesiones graves. El Ministerio Público imputa a la acusada que el 24 de octubre del 2003, aproximadamente a las doce del día, en circunstancias en que el agraviado se disponía a ingresar a su domicilio, desde el segundo piso del inmueble de la ahora acusada, le arrojó una sustancia tóxica, posiblemente ácido muriático, que le cayó en el rostro, causándole quemadura querato conjuntival en ambos ojos, más en el ojo izquierdo.

El agraviado y su hermano se encontraban realizando excavaciones en el piso del inmueble de su progenitora, con el propósito de colocar palos de madera que delimitasen mejor la propiedad, por cuanto la acusada mandaba construir su inmueble y precisamente ese día realizaban trabajos para el techado del mismo. La acusada los provocó y ofendió de palabra amenazándoles con echarles ácido muriático o gasolina si continuaban excavando. Sin embargo, el agraviado y su hermano continuaron realizando su trabajo y como prosiguieron, la acusada cumplió su amenaza y les echó el ácido, sustancia que cayó en los ojos del agraviado. El certificado médico legal señala «*Lesiones producidas por quemaduras querato conjuntival, por cáustico en ambos ojos, más severa en el ojo izquierdo*».

Los testimonios coinciden en esa línea, pese a las manifestaciones contradictorias de la acusada en las que afirma que no estuvo en el lugar de los hechos. Da tres versiones divergentes sobre la hora y lugar de su coartada.

Esta sentencia es diferente a las precedentes en su forma y contenido, es más breve y no se detiene a realizar un análisis doctrinario o jurisprudencial, remitiéndose directamente a la valoración de la prueba y la acreditación de los hechos a efectos de concluir por la responsabilidad de la acusada en los hechos imputados, imponiéndole la pena efectiva de cinco años de pena privativa de la libertad y el pago de tres mil nuevos soles de reparación civil a favor del agraviado.

En su **sentencia del 12 de julio del 2004**, el juez Bazán resuelve un caso sobre delito de lesiones graves siendo los cargos imputados que la madrugada del 12 de julio de 1998, cuando el agraviado retornaba a su domicilio, se percató de que al interior de la caseta de un volquete se encontraban tres sujetos, quienes al no encontrar nada en el mencionado vehículo, bajaron y pretendieron abrir la puerta del domicilio del agraviado que en ese momento llegaba. El agraviado se enfrentó a los sujetos que luego de un forcejeo lograron huir, por lo que los persiguió hasta llegar a una calle, donde los sujetos empiezan a tocar insistentemente la puerta de una casa, saliendo otras personas, quienes agreden al agraviado hasta dejarlo sin conocimiento, siendo uno de los agresores el acusado.

El juez define las lesiones graves y desarrolla sus alcances legales y doctrinarios como en las sentencias ya abordadas en el presente libro con relación al tema. Se ha acreditado en el acusado el propósito de causar daño grave al cuerpo o la salud del agraviado. Vale decir, procedió a ejecutar la agresión con *animus vulnerandi*, con la finalidad de producir alguna de las lesiones graves previstas en el primer párrafo del artículo 12° del Código Penal.

Se desprende de la sentencia que a criterio del magistrado se encuentran acreditados los hechos, pero para la graduación de la pena es necesario considerar la naturaleza de la acción, el medio empleado, el grado de afectación al bien jurídico, las circunstancias del tiempo, lugar y modo así como la edad, educación, situación económica y medio social, las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. En esa línea, el acusado es obrero y sí tiene antecedentes judiciales y penales.

Apreciados los hechos y valoradas la pruebas con criterio de conciencia impone al acusado la pena privativa de la libertad de 4 años y el pago solidario de reparación civil. La pena principal se suspende en su ejecución por el período de prueba de 3 años. Además, debe seguir las reglas de conducta.

Las reglas de conducta que se suelen imponer, como es en este caso, son: a) domiciliar en el lugar señalado, no variar de domicilio sin previa autorización del juez, b) comparecer al Juzgado todos los fines de mes a informar y justificar sus actividades, c) prohibición de comunicarse con el agraviado y/o sus familiares, en especial para realizar actos hostiles o amenazantes contra su vida e integridad, por cualquier medio, en forma directa o por interpósita persona y d) reparar el daño causado con el delito, esto es, cumplir con pagar la reparación civil que asciende a cinco mil nuevos soles.

En su **sentencia del 21 de junio del 2005**, el juez resuelve un caso sobre delito de lesiones graves. Refiere que el 9 de noviembre del 2003 al mediodía, el agraviado se desplazaba

por una calle vendiendo sus pizarras acrílicas. En ese momento fue agredido por el acusado (policía municipal), quien pretendió quitarle sus pizarras y ante la resistencia del agraviado, le pateó en los testículos, ocasionándole trauma testicular con múltiples hematomas, ruptura testicular derecha e inflamación escrotal tal como se desprende del certificado médico legal.

El juez en esta oportunidad se remite nuevamente al marco conceptual y doctrinario esbozado en anteriores sentencias, lo cual nos permite identificar la predictibilidad de sus fallos, Esta vez incorpora una sentencia española con la finalidad de realizar una comparación sobre la importancia del daño causado; indica que las lesiones que hacen impropio para su función un miembro u órgano, se producen cuando se presenta una seria disminución de la integridad funcional, como puede ser la pérdida de una oreja, que debilita la función auditiva. Sobre el particular, debe destacarse que para cierta jurisprudencia extranjera, particularmente española, equivale a la pérdida de un miembro no principal (Sentencia del 29 de noviembre de 1987).

En la fase prejudicial se han realizado diversos actos de investigación que permiten acreditar la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal del acusado, conforme constan en certificado médico legal y manifestaciones policiales y demás declaraciones y certificados en la etapa judicial.

Es de aplicación el artículo 20° del Código Penal cuando el agente sea menor de 21 años de edad y mayor de 18, debido a que se encuentra amparado por la figura de imputabilidad restringida, por ende la pena le será reducida prudencialmente hasta por debajo del mínimo legal.

Debe considerarse el grado de afectación del bien jurídico tutelado, expresado en la lesión a un órgano principal del cuerpo, como son las glándulas testiculares, haciéndolo impropio para su función fisiológica reproductiva, para los efectos de fijar el monto de la reparación civil. El juez falla condenando al acusado a 3 años de pena privativa de la libertad y al pago de 1,000 nuevos soles de reparación civil. La pena principal se suspende en su ejecución. Se mantienen las reglas de conducta.

La última sentencia data del **16 de mayo del 2005**, y el juez resuelve un caso sobre el delito de lesiones graves. Refiere que el 5 de junio del 2004, aproximadamente a las 8 a.m., el agraviado transitaba por un camino carretero que lleva a Huacrachuco, circunstancia en la que fue víctima de agresión física por parte del acusado, quien le propinó puñetes y puntapiés en diferentes partes del cuerpo, siendo derribado al suelo, donde perdió el conocimiento, ocasionándole diversas lesiones.

Como en las sentencias que preceden, el juez aborda teóricamente el tema de las lesiones y, en particular, de las lesiones graves. Los elementos que configuran el delito son tratados uniformemente por todas sus sentencias examinadas. Refiere los elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo, precisando que lo determinante es el *animus vulnerandi* (diferente al ánimo de matar, que es el *animus necandi*).

Se han acreditado los hechos y el certificado médico legal señala que existen lesiones de gravedad como la fractura de la clavícula derecha que requiere de 8 días de atención facultativa y 35 días de incapacidad médico legal.

Conforme a los criterios ya señalados en sentencias anteriores se procede a evaluar la condición del acusado y los intereses de la víctima. El procesado es agricultor de escasa solvencia económica y estudios secundarios incompletos. La víctima se ha visto perjudicada económicamente.

98

El juez Bazán falla condenando al acusado a 3 años de pena privativa de la libertad y al pago de mil nuevos soles como reparación civil. Se suspende la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de un año y se determinan las reglas de conducta de rigor.

3.3.2. Líneas de pensamiento jurisdiccional

- La modalidad calificada del delito de lesiones graves se configura cuando el agente causa daño grave en el cuerpo o en la salud de una persona, entre otras circunstancias, cuando se infiere cualquier otro daño a la integridad corporal o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta días o más de asistencia o descanso según prescripción facultativa siendo reprimido tal hecho con pena privativa de libertad no menor de 3 años ni mayor de 8 años.
- Según establece la jurisprudencia sobre la materia, la gravedad de las lesiones se determinan no solo por los días de descanso que establece el facultativo, sino también por la circunstancia de la comisión, los medios empleados y el lugar donde se han producido las lesiones.
- Para efectos de este delito, al igual que en el delito de homicidio, en la doctrina nacional se considera mayoritariamente, por un lado, que la vida humana independiente se inicia desde el parto, y, por otro lado, se considera como definitivamente muerta a una persona cuando se demuestra que la actividad cerebral ha terminado totalmente, tal como lo reconoce el artículo 5° de la Ley 23415⁴⁷.
- En esta misma línea doctrinal, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. Asimismo, cualquier persona, desde que se inicia el parto hasta su fallecimiento puede ser sujeto pasivo de este delito. La acción del sujeto activo en este ilícito debe dirigirse siempre contra otra persona. La acción típica consiste en causar lesiones que tengan como resultado la muerte de otra persona, no existiendo restricciones sobre la modalidad utilizada para lesionar ni los medios que se utilicen. Los medios

⁴⁷ LEY N° 23415 DEL 04/JUN/82 Ley de trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres, y de órganos y tejidos de personas vivas.

pueden ser físicos o psíquicos. El resultado es la producción de lesiones que tengan como consecuencia la muerte efectiva de la otra persona, habiendo podido prever ese resultado el agente.

- Las lesiones son sancionadas en tanto se revistan de dolo dirigido a causar la misma, bajo ninguna circunstancia admite la intención de matar. En caso de producirse la muerte como consecuencia de la lesión por quien nunca tuvo la intención de producirla, esta responsabilidad es imputable a título de imprudencia. El agente desarrolla su conducta a través de actos orientados a causar un daño grave o leve en el cuerpo o la salud de la víctima, pero dicha acción se ve desbordada por la aparición de un resultado más grave.
- Los elementos constitutivos de las lesiones graves seguidas de muerte son: a) Que exista en el agente el propósito de causar daño grave al cuerpo o la salud; b) El resultado sea la muerte; c) La muerte no se haya previsto y d) la muerte sea previsible.
- La doctrina predominante sobre la materia, en cuanto al tipo subjetivo, indica que éste está estructurado sobre una base volitiva dolosa consistente en la finalidad del agente de dirigir la causalidad hacia la producción de una lesión leve o grave, en tanto que el exceso que se verifica en el resultado por la muerte de la víctima, es imputable a título de culpa. Así, la imputación culposa del resultado más grave se funda en que el agente, en el contexto de su acción, no previó, siendo previsible, la posibilidad de producirlo.
- Debe entenderse por previsibilidad del resultado a la posibilidad de ser previsto en las condiciones en que el sujeto se encontraba. En el caso de las lesiones graves seguidas de muerte, nos encontramos ante un tipo penal complejo, en el cual se presenta dolo respecto de las lesiones graves (el desvalor, lesión dolosa inicial) y culpa respecto a la muerte de la víctima (el desvalor, muerte producida imprudentemente).
- Respecto al caso investigado, en la fase prejudicial se realizaron diversos actos de investigación que permiten acreditar la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal del acusado.
- El Código Penal peruano asume la teoría finalista del delito, en la cual, para subsumir en la tipicidad resulta necesario tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del tipo; los primeros, relacionados con los elementos descriptivos normativos plasmados en la norma y los segundos, relacionados con el dolo y la culpa del sujeto agente.
- En materia penal, los procesados están revestidos con el principio de «presunción de inocencia», significando esto que la culpabilidad se prueba y la inocencia se presume, debiendo acreditarse plenamente la responsabilidad penal del procesado a fin de desvirtuar la presunción de inocencia y sustentar una sentencia condenatoria, contrario sensu, deberá ser absuelto de los cargos imputados.

- El Código de Procedimientos Penales, en su artículo 285°, en concordancia con el artículo 139° (5) de la Constitución, exige al juzgador que toda sentencia condenatoria sea debidamente motivada, precisándose los medios de probanza e indicios concurrentes al proceso, que debidamente analizados señalen de manera indubitable la comisión del evento delictivo, entre otros aspectos.
- Se entiende por «confesión», la declaración que en contra de sí mismo hace el imputado reconociéndose culpable del delito cometido y demás circunstancias. De esta manera, según Mixán Mass: «*las notas características de la confesión son que a) la confesión sea personal y oral, b) la confesión sea libre, consciente y voluntaria, c) la confesión sea sincera, d) la confesión sea verosímil, e) la confesión brinde un relato circunstanciado y f) la confesión contenga una aceptación del hecho del imputado*»⁴⁸. De esta manera, la exigencia de espontaneidad de la confesión, en materia de medición de culpabilidad, concuerda con el espíritu de disposición del artículo 46° (10) del Código Penal, es decir, que esta confesión se produzca antes de haber sido descubierto el delito.
- Para la determinación de la pena se toman consideraciones como la naturaleza de la acción, el medio empleado, el grado de afectación del bien jurídico tutelado, las circunstancias del tiempo, modo y ocasión, la edad, la educación, situación económica y medio social, las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
- El monto de la reparación debe cumplir la finalidad reparadora y será fijada en razón de la proporción al daño ocasionado y la capacidad del agente; en caso se dicte condena suspendida o reserva del fallo el cumplimiento de la reparación civil deberá ser establecido como regla de conducta.

2.3.3. Base del pensamiento jurídico del juez Bazán

Es importante destacar la preocupación del juez Bazán por complementar su pensamiento jurídico con doctrina y jurisprudencia que le permiten conceptualizar con mayor precisión los fundamentos de su fallo.

Sin embargo no es lo único que tenemos que destacar de las decisiones jurisdiccionales. Podemos apreciar con mayor precisión en la **sentencia de fecha 5 de julio del 2005**, que el juez Bazán le da suma importancia a la gravedad del daño ocasionado y el perjuicio irreparable que pudiera producir el agente, quien además deberá responder por la acción sin importar el género y la edad (con excepción de la imputabilidad restringida). Hemos podido analizar la sentencia que condena a una señora de 38 años de edad a cumplir carcerería efectiva por haber ocasionado intencionalmente lesiones graves en el ojo a una

⁴⁸ MIXÁN MASS, Florencio. *La Prueba en el procedimiento penal*. Ediciones jurídicas. Lima, 1991, pp. 59-67.

persona. Se evidencia severidad en las condenas con la excepción de los atenuantes de responsabilidad que prevé nuestro ordenamiento legal.

Para no dejar vacíos la importancia otorgada a la vida e integridad física y mental de la víctima, observamos que fija como monto de reparaciones civiles sumas considerables que pueden resultar la excepción en el sistema de justicia peruano, incluso cuando el sentenciado ha sido favorecido por la imputabilidad restringida y por ende no ha respondido con pena de carcerería; ha incorporado el pago de la reparación como regla de conducta a cumplir de manera ineludible⁴⁹, caso contrario sufrirá la revocatoria de la condena suspendida o la reserva del fallo, posición que prodiga cierta seguridad jurídica al agraviado. No podemos olvidar que en la mayoría de los casos no se tiene mucha expectativa en que se pueda efectivizar la indemnización por el daño sufrido.

No es difícil notar que el juez Bazán le otorga importancia plena al bien jurídico protegido en el delito de lesiones; tiende a determinar las lesiones en forma doble: integridad corporal y salud (física y psíquica), entendiéndose por «integridad corporal» la sustancia corporal, por ej. la mutilación de un miembro; y por la «salud» la presencia de enfermedad ya sea física o psíquica, por ej. una enfermedad que requiera más de treinta días de asistencia facultativa. La salud (física o psíquica), como un solo bien jurídico, ya que la integridad corporal no es sino una de las dimensiones de la salud, y que además nunca es ella sola la afectada por un delito de lesión, sino también la afectación de la psiquis de la persona, así como la interferencia en sus relaciones con los demás.

Podemos identificar dentro de la línea jurisprudencial del juez Bazán que le genera convicción la ausencia de *animus necandi* en el accionar doloso del agente, que sancionar una acción de lesiones graves deberá estar revestido del *animus vulnerandi* el cual en esencia reflejará la intención de causar un daño sin pretender provocar la muerte del agraviado.

Por otro lado, ha desarrollado la inaplicación de la confesión sincera en favor del acusado, que a pesar de ser confeso cumple con las exigencias para considerar que nos encontramos frente a una confesión sincera, para ello se remite a sentencias emitidas por la Corte Suprema que permiten identificar cuándo el juzgador se encuentra frente a un acusado que debe ser favorecido con la reducción prudencial de la pena. La Corte Suprema dice

⁴⁹ ACUERDO PLENARIO N° 1/97

REGLAS DE CONDUCTA EN LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD
PRIMERO: El pago de la reparación civil es susceptible de ser impuesto como regla de conducta en un régimen de suspensión de la ejecución de la pena.

SEGUNDO: En el caso de procesados insolventes el Juez debe omitir la inclusión de la reparación civil como regla de conducta.

TERCERO: El incumplimiento del pago de la reparación civil impuesta, si ha sido incluido entre las reglas de conducta impuestas al condenado, puede provocar la revocatoria de la suspensión, salvo que el condenado sea insolvente o no esté en capacidad económica de hacer frente a su obligación.

CUARTO: Es conveniente fijar un plazo prudencial para el cumplimiento del pago de la reparación civil impuesto como regla de conducta en el régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Es preciso acotar que los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de la República tienen carácter de sentencia vinculante, razón por la cual se convierten en doctrina jurisprudencial.

sobre la confesión sincera: «...la confesión sincera es la declaración del imputado en la que reconoce ser autor o partícipe de un delito o una falta, prestada espontánea, veraz y coherente, ante una autoridad competente y con la formalidad y garantías correspondientes»⁵⁰. Igualmente, la Corte Suprema ha establecido que no resulta de aplicación como atenuación excepcional de la pena, cuando el encausado incurre en contradicciones, «las cuales resultan incompatibles con la contundencia de las pruebas actuadas que desvirtúan su coartada»⁵¹.

⁵⁰ Ejecutoria Suprema del 16 de marzo de 1988. Exp. 264-98.

⁵¹ Ejecutoria Suprema del 22 de febrero de 1995.

<http://www.pj.gob.pe/servicios/diccionario>: Definición de prescripción: Fin de un plazo establecido por la ley./ (Derecho Penal). Límite temporal que establece el estado para castigar determinados delitos, tras el cual se hace inoperante su poder punitivo.

2.4. LINEAS INDIVIDUALES DE LA JUEZA MARGARITA ZAPATA CRUZ

Lambayeque

Juez titular en lo Penal unipersonal de Chiclayo, natural de Chiclayo. Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Chiclayo, egresada del Programa de Maestría con mención en Derecho Penal por la misma Universidad. Ex docente universitaria en la especialidad de Derecho Penal en la Universidad de Piura y en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo.

2.4.1. Análisis de las sentencias

La estructura de las sentencias que presenta la jueza Zapata Cruz se articulan conforme a un estilo genérico: exposición de hechos alegados por las partes, consideraciones del juez sobre el caso (significa que se ha tenido ocasión de revisar el expediente, analizando los argumentos de las partes, los hechos, las pruebas actuadas y el derecho aplicable), para luego utilizar algunos conceptos fundamentales sobre la materia jurídica que aborda, usando además argumentos con respecto a la denuncia planteada y finalmente el fallo.

Se observa que las sentencias materia de análisis que corresponden a la jueza Zapata Cruz siguen un patrón semejante; las siete sentencias estudiadas, evidencian un estilo de trabajo que plantea el uso de ciertas plantillas o formas que identificarán su razonamiento. Se observa interés en precisar los hechos planteados con la querella y las diligencias actuadas durante el comparendo, que por tratarse de un proceso especial y breve no requiere mayor probanza; al parecer es la razón por la cual en la parte considerativa, el juicio de valor de la prueba y de subsunción de la conducta en el tipo resulta breve.

DIFAMACIÓN, INJURIA Y/O CALUMNIA

En la **sentencia del 29 de abril del 2004**, la jueza Margarita Zapata resuelve una querella por difamación, donde la querellante afirma que constantemente es víctima de insultos por parte de la querellada, quien afirma públicamente y a viva voz que su menor hijo de nueve meses de edad no es hijo del conviviente de la querellante.

La querellada refiere que el día de los hechos estaba en Quito, donde trabajaba como empleada del hogar desde hacía dos años. Sin embargo, no ha ofrecido a lo actuado prueba fehaciente de su dicho. Por el contrario se encuentra probado que existen rencillas familiares en ambas partes, constatándose la existencia de procesos por faltas contra la Persona así como una solicitud de garantías personales.

El razonamiento jurídico de la jueza Zapata se orienta a establecer que el bien jurídico protegido resulta ser el honor de la persona y que la vulneración del mismo se encuentra sancionado por el artículo 132° del Código Penal, se configura en su elemento objetivo por la conducta del agente que divulga juicios ofensivos, delictuosos o inmorales que causan un menoscabo en el honor de la víctima, de modo tal que puedan difundirse y en su elemento subjetivo por el dolo, esto es la intención maliciosa y directamente encaminada a dañar su honorabilidad.

Ha generado convicción en la jueza que la querellada ofendió en público el honor de la persona. Para la imposición de la pena se evalúan las circunstancias en que ocurrió el delito, así como la magnitud del daño ocasionado. Con las pruebas actuadas la jueza condena a la querellada a un año de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución.

En la **sentencia del 31 de mayo del 2004**, la jueza resuelve una querella que invoca el delito de difamación tal como se advierte en la exposición de hechos y en la revisión del expediente el querellante se desempeña como regidor de la comuna de Cañarís, e interpone denuncia contra los querellados, es decir, un profesor, un agricultor y una ama de casa, todos ellos también regidores de la comuna de Cañarís por el delito contra el honor en su modalidad de difamación y calumnia.

Los hechos materia del proceso ocurrieron cuando el regidor querellante presentó un proyecto de acuerdo municipal. Es en esa ocasión que los querellados le imputan inducir y fraguar actas de sesión de Concejo con fecha retroactiva, cobrar emolumentos ilegales, incumplir sus funciones, desnaturalizar la función y entorpecer la labor de regidor con falacias y otras irregularidades no propias del cargo que ostenta así como de haber inducido al alcalde a que mintiera ante el pleno del Concejo de haber renovado contrato con todo el personal administrativo y funcionarios de confianza.

Los querellados, por su parte, se declaran inocentes de los cargos materia de imputación, afirmando haber actuado en ejercicio de sus funciones fiscalizadoras sin intención dañosa contra el querellante.

El razonamiento jurídico de la jueza Zapata, se detiene a conceptualizar los delitos de difamación y calumnia, precisando que este último exige pleno conocimiento de la falsedad de lo que se afirma, por ende la presencia del dolo se hace determinante.

La jueza, estima que los cuestionamientos a la conducta del querellante no se adecuan al esquema de una conducta calumniosa ni difamatoria, pues se refieren a la labor

funcional del regidor. Se observa en la parte considerativa que la jueza no encuentra que la imputación cumpla con el requisito de publicidad de las afirmaciones calumniosas o difamatorias. Razón por la cual resuelve absolver a los querellados

La jueza absuelve a los querellados de los cargos que se les formula por los delitos de calumnia y difamación en agravio del querellante.

En la **sentencia del 13 de setiembre del 2004**, (expediente N° 709-2004) la jueza resuelve otro caso de difamación y calumnia. Refiere después de la revisión del expediente y analizando los argumentos de las partes, los hechos y las pruebas actuadas lo siguiente:

105

El 6 de febrero del 2004, aproximadamente a las 13 horas cuando el querellante retornaba del mercado en compañía de su madre y hermanos, sorprendieron a la querellada golpeando con violencia la puerta de su casa y vociferando palabras ofensivas, que denotaban que la querellada tenía una vida libertina y que mantenía relaciones sexuales con determinada persona. Esas afirmaciones, en presencia de vecinos y familiares, lesionaron el honor y la dignidad de la querellante.

El razonamiento jurídico de la jueza se remite a detectar que la conducta desplegada por el sujeto activo sea motivada por dolo, es decir, que de manera maliciosa la conducta o cualidad atribuida ocasione daño en el honor del querellado. Así tenemos que la imputada presenta una resolución sub prefectural que concede garantías personales a favor de su menor hija, por estar amenazada de muerte tanto la menor como ella misma por parte de la querellante.

Se verifica que se han ofrecido testigos, que la querellada es una «persona a la que le gusta el pleito» y «toda la vecindad la repudia».

Se tiene que el delito de injuria, previsto y regulado por el artículo 130° del Código Penal, requiere para su configuración que el agente ofenda o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho; en tanto que el delito de difamación, regulado por el artículo 132° requiere que el agente, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuya a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación.

Aun cuando es evidente que las relaciones entre querellante y querellada no son cordiales, la imputación formulada por la querellante carece de uniformidad, puesto que habría sido la querellada quien llegó hasta su domicilio para hacerle groseras imputaciones, mientras que en el comparendo manifiesta hechos diferentes, pues narra un incidente con la menor hija de la querellada, quien además habría llegado acompañada de su esposo, nada de lo cual consigna en su denuncia. Además, la testigo de cargo, que es su cuñada, refiere haber escuchado frases ofensivas distintas de las que registra la querellante. Uno de los elementos que la jueza recoge es el de la coherencia de las declaraciones, tanto de las mismas partes como de los testigos. Las contradicciones, parece decir, restan validez a lo afirmado por unos y otros, con lo que no se acredita la comisión del delito que se imputa.

El delito de «difamación», por su parte, exige el elemento «publicidad», que es un requisito objetivo. No se acredita en el caso tal publicidad, habida cuenta que solo existe la versión de la querellante quien menciona la presencia de vecinos y transeúntes, sin que haya ofrecido testimonio alguno para corroborarlo.

La imposición de una sentencia condenatoria exige del juzgador, absoluta certeza respecto tanto de la existencia del delito como de la responsabilidad del encausado, lo que no se ha producido en el caso, razón por la cual la jueza resuelve declarando fundada la tacha contra la testigo, que es pariente de la querellante y que no ha sido imparcial. Absuelve a la querellante.

En la **sentencia del 12 de abril del 2004**, la jueza resuelve el caso de difamación. Refiere los siguientes hechos:

El querellado es Gerente del Gobierno Regional X y el agraviado es consejero regional. Con ocasión de los cien primeros días de gestión del Presidente Regional XY se convocó a los funcionarios al «Taller evaluativo de los cien días de gestión del Gobierno Regional», cuya agenda era el análisis de la gestión. Participaron 28 personas.

A petición del consejero agraviado se formó una comisión investigadora en el seno del Consejo Regional que concluyó, entre otros puntos, en que: *«en el curso de la evaluación política de los primeros cien días, reunión a la que asistieron en estricto privado los representantes de la mayoría del Gobierno Regional y los funcionarios de confianza. Producto del análisis interno de gestión, se produjeron exabruptos y desentonos verbales entre el Consejero Regional A y el Gerente General B, incidente que trascendió a los medios de comunicación masiva»*.

El querellado ha deducido una excepción de cosa juzgada, alegando que los hechos fueron objeto de resolución firme emitida por el octavo Juzgado Penal que resolvió el desistimiento tácito del querellante.

Según el querellado, no ha difamado al querellante. Fueron convocados a una reunión para evaluar los cien días del Gobierno Regional, donde se hicieron «críticas de carácter fraterno». Además, el querellante hizo aseveraciones que no concordaban con la verdad ni con el sentir de los participantes, de lo cual el declarante colige que se mostraba resentido por no haber obtenido el resultado esperado al pretender influir en el declarante frente a las recomendaciones para favorecer a las empresas que debían proveer de bienes y servicios a la región. Asegura que nunca ha prestado declaraciones a la prensa respecto a los hechos materia de investigación.

El razonamiento jurídico de la jueza Zapata define la difamación en sus elementos objetivo y subjetivo. El elemento objetivo se configura con la conducta del agente que divulga juicios ofensivos, delictuosos o inmorales que causan menoscabo en el honor de la víctima, de modo tal que puedan difundirse. Su elemento subjetivo es el dolo, esto es, la intención maliciosa y directamente encaminada a dañar la honorabilidad de la víctima.

El artículo 7° del Título Preliminar del Código Penal prescribe toda forma de responsabilidad objetiva y señala que la pena requiere de la responsabilidad del autor; sin embargo, es menester examinar la conducta desplegada por el querellado a fin de efectuar el juicio de tipicidad correspondiente, esto es, determinar si es que la conducta desplegada configura o no el tipo de «difamación».

En el delito investigado, el elemento subjetivo del dolo implica que la ley exige la conciencia de lesionar el honor ajeno. Reiterada jurisprudencia ha establecido como elementos que deben concurrir: intención o ánimo del ofensor, la conciencia del carácter de la acción ofensiva y el fin antisocial que impulsa el infractor.

Para efectos de analizar el tipo penal en cuestión, señala la jueza Zapata, debe establecerse con precisión si es que, en efecto, el querellado dolosamente, esto es, en forma intencionada y maliciosa ha atribuido al agraviado conducta perjudicial a su honor o reputación; y para tal efecto es indispensable establecer el contexto en el que el querellado habría atribuido al querellante «tráfico de influencias o ejercer presiones y enviado tarjetas a funcionarios regionales con el fin de, supuestamente, favorecer a su empresa».

El querellado y el querellante están de acuerdo en lo que se refiere al escenario en el que tuvieron lugar los términos que se consideran agraviantes; esto fue en el marco de la reunión de trabajo convocada por el Presidente Regional, cuya finalidad fue evaluar, esto es, someter a examen y crítica los cien primeros días de gobierno, circunstancia en que (conforme señala el propio querellante), él mismo efectuó cuestionamientos respecto del desempeño de la Gerencia General, lo que motivó la respuesta del aludido Gerente, que cuestionó por su parte el desempeño del consejero regional, de lo que se colige que la conducta de aquel no ha estado motivada por ánimo malediciente, extraño a la crítica de la labor que venían efectuando en el desempeño de sus respectivas funciones de carácter público. Este era el objetivo de la reunión, a la que asistieron en estricto privado los representantes del Gobierno Regional y funcionarios de confianza.

Está probado, afirma la jueza Zapata, que en las noticias periodísticas que el agraviado acompaña a su denuncia, no aparece el procesado como fuente de información, menos aún ofreciendo declaraciones a la prensa respecto al asunto materia de proceso. De esta manera, la filtración a los medios de comunicación no le es imputable.

Respecto a la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN⁵², afirma que constituye un medio de defensa ejercitable cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, y para su procedencia se exige que se produzca una triple identidad: de la persona perseguida, del hecho punible y de la causa a pedir. En el caso, se advierte que el juzgador en el proceso 3214-2003 resolvió, teniendo al querellante por desistido de su acción, sin

⁵² <http://www.pj.gob.pe/servicios/diccionario>: Definición de prescripción: Fin de un plazo establecido por la ley./ (Derecho Penal). Límite temporal que establece el estado para castigar determinados delitos, tras el cual se hace inoperante su poder punitivo.

haberse pronunciado sobre el fondo mismo del proceso, consecuentemente al no haber sido objeto de sentencia firme tal excepción deviene en infundada.

La jueza refiere que las declaraciones de los testigos durante la diligencia de comparendo únicamente han corroborado la forma y circunstancias en que al calor del análisis de la gestión de gobierno se han producido recíprocas imputaciones de parte de los protagonistas del proceso.

108

Para emitir una sentencia condenatoria el juzgador, señala, debe arribar al grado de conocimiento de certeza positiva respecto de la comisión de un delito y la responsabilidad del autor, por tanto, no habiéndose desvirtuado de modo incontrovertible la presunción de inocencia, el querellado debe ser absuelto de la denuncia.

En su **sentencia del 4 de octubre del 2004**, la jueza Margarita Zapata resuelve un caso sobre difamación e injuria. Refiere que el 18 de marzo del 2004, cuando el querellante salía del mercado central de Chiclayo aproximadamente a las 18:00 horas, fue interceptado por el querellado, quien le increpó por *«maletearlo entre sus amigos taxistas»*, a lo que éste respondió que *«era un conchudo»* y que le devuelva el dinero que le había cobrado por no haber cumplido con el trato de trasladar a su menor hijo al Nido, entrecruzando frases subidas de tono hasta que el querellado, en presencia de varias personas, textualmente le dijo: *«yo puedo ser un conchudo, pero no un cornudo»*, *«anda cuida a tu mujer, que tiene otro marido»*, *«cómprate una lima para tus cuernos»*, a la vez que le hacía ademanes con las manos sobre la cabeza; haciendo su aparición en ese momento la querellante, quien emplazó al querellado, diciéndole que era un cobarde, un hablador. El querellado no guardó silencio sino que respondió diciendo *«yo sé lo que estoy diciendo, además lo digo con fundamento y te lo puedo probar»*, por lo que la querellante le propinó una bofetada y un rodillazo entre las piernas, por lo que intentó atacarla, pero intervino su esposo querellante, a quien el querellado agredió físicamente.

El querellado sostiene que es falso lo que se le imputa, niega haber afirmado que la esposa del querellante es infiel, que él fue, en todo caso, el agredido.

La jueza define, como en las sentencias anteriores, el delito de difamación y el de injuria y tiene la convicción que se ha acreditado en grado de certeza la comisión de los ilícitos investigados así como la responsabilidad penal del querellado, con las declaraciones preventivas de los querellantes, corroboradas por las declaraciones uniformes y coherentes de los testigos de cargo.

Se advierte que, debido al incumplimiento del contrato celebrado entre el querellado y los querellantes (al no haber cumplido con el traslado del hijo menor de aquellos al Nido, no obstante habersele pagado en forma adelantada) se han deteriorado las relaciones entre ellos, increpándole días antes al querellante el hecho de estar indisponiéndolo entre sus colegas taxistas, lo que generó una discusión, en medio de la cual, en presencia de otros comerciantes y transeúntes, le dice que su esposa tiene una conducta impropia, imputándole infidelidad. Su reiteración impulsa a la querellante a agredirlo.

Si bien el querellado ha presentado dos testigos de descargo, quienes niegan que éste haya agraviado a los querellantes mediante imputaciones de conductas impropias, también lo es que debe tenerse en cuenta que éstos dicen ser clientes del querellado, quien les presta servicio de taxi, y alegan haberse encontrado circunstancialmente en el lugar de los hechos. Es necesario considerar que sus versiones de los hechos declaradas por los testigos de descargo no son uniformes.

No existen causales de justificación, exculpación o inimputabilidad, por lo que el querellado resulta pasible de sanción penal. Para efectos de gradación de la pena se debe tener en cuenta la naturaleza del hecho punible así como la forma y circunstancias en que se han desarrollado los hechos investigados; asimismo, debe tenerse en cuenta las condiciones del encausado que tiene la condición de agente primario por carecer de antecedentes penales, por lo que la jueza cree conveniente aplicar lo dispuesto por el artículo 57° del Código Penal.

La jueza Zapata falla condenando al querellado como autor de los delitos de injuria y difamación, a un año de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente en su ejecución. Establece en 5,000 nuevos soles el monto de la reparación civil.

En su **sentencia del 13 de setiembre del 2004**, la jueza resuelve un caso de difamación. Refiere que el 17 de marzo del 2004, aproximadamente a las 15:00 horas, cuando el querellante se encontraba acompañado de su esposa e hijo, frente al domicilio de aquella, ubicado en la calle Sáenz Peña, fue lesionado en su honor, su dignidad y reputación ante varias personas allí reunidas, llamándolo «ladrón, drogadicto, delincuente y estafador», entre otros epítetos injuriosos.

La imputada se declara inocente y manifiesta en su descargo que ella ha solicitado garantías contra el querellante, quien cada vez que se embriaga la insulta, llegando, incluso, a escupirla. Sostiene, además, que se encuentra en trámite un proceso por delito contra su libertad personal.

Ha quedado probada la enemistad entre querellante y querellada, quienes han solicitado garantías personales en forma recíproca.

Existe una investigación policial contra el querellante, plasmada en un respectivo atestado policial por delito Contra la Libertad Personal en agravio de la querellante y otro.

La jueza Zapata define, como en los casos anteriores, el delito de difamación. Su concepción de la institución no varía sino que se ajusta a las mismas líneas y alcances de todas sus sentencias, resaltando el dolo como elemento subjetivo y la publicidad como un requisito esencial para que se produzca el delito.

Concluida la investigación, se ha probado de modo fehaciente e incontrovertible, la responsabilidad penal de la encausada, quien niega ser autora de los insultos descritos por el querellante, debiendo tenerse en cuenta que los testimonios que se han ofrecido

como pruebas de cargo no han establecido suficientemente la responsabilidad que se le imputa.

Es menester tener en cuenta que los testigos ofrecidos por el querellante mantienen rencillas con la encausada, encontrándose entre ellos, incluso su hermano y, de otro lado, el testigo que declara sobre otros incidentes sin precisar fechas. Uno de los testigos ha sido denunciado por la querellada y manifiesta haberse encontrado en compañía del querellante y un amigo cuando se produjeron los hechos materia de investigación, lo que difiere de la versión del querellante, quien como se ha indicado señala las 15:00 horas como la hora del incidente que sustenta su denuncia.

Se advierte que la querellada ha formalizado denuncia contra el querellante por los hechos ocurridos el 17 de marzo, señalando haber sido agredida de palabra por el querellante, quien además, según su dicho, la escupió. El querellante acepta haber acudido al domicilio de la querellada para reclamarle el hecho de haberlo denunciado, sin haber hecho mención en esa oportunidad del agravio verbal de parte de la querellada, todo lo cual pone en duda su versión inculpatoria.

La imposición de una sentencia condenatoria exige del juzgador absoluta certeza respecto de la existencia del delito y la responsabilidad penal de los encausados y al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia que ampara a la procesada, ésta debe ser absuelta.

En su **sentencia del 14 de junio del 2004**, la jueza resuelve un caso de difamación. Refiere que el querellante imputa a la querellada que *«desde el mes de marzo del 2003, a raíz de haber puesto en funcionamiento su discoteca, ha montado una campaña injuriente en su contra, agrediendo su honorabilidad y reputación. En presencia de vecinos lo ha tildado de proxeneta y que propicia la drogadicción al interior del local de su negocio»*. Señala que en circunstancias en que se encontraba conversando con amigos de su sector en horas de la tarde, la querellada y otros desconocidos perturbaron su conversación y lo tildó en presencia de aquellos y de otros transeúntes como mal vecino y ruin, de dudosa reputación y pervertido.

Acusa a la querellada de dirigir sesudos memoriales a la autoridad municipal del distrito, incluso falsificando firmas así como comprometiendo al Juez de Paz, propiciando que se legalice las firmas de los que supuestamente suscribieron el memorial difamante, lo que se ha contrarrestado con una carta aclaratoria.

Asimismo, la querellada le atribuye una conducta que no le corresponde, es decir, que es agente corruptor de menores, que propicia la prostitución y drogadicción y promueve el pandillaje desde el interior de su discoteca. La campaña, dice el querellante, le ha granjeado la enemistad de diversos vecinos.

La jueza menciona los siguientes hechos:

- El querellante, el 26 de marzo del 2003, solicitó garantías personales contra la querellada, por haber montado una serie de actitudes negativas y obstaculizadoras para su empresa.

- En la Alcaldía distrital existe, efectivamente, un memorial firmado por los vecinos, en el que se solicita la clausura de la discoteca. También se constata la existencia de cartas a la Alcaldía por parte de varios vecinos. En esas cartas se dice que no se puede dar testimonio de lo que sostiene el memorial. Estos vecinos dicen no ser testigos de ingreso de gente de mal vivir a la discoteca ni de expendio de drogas o bebidas no autorizadas ni de ejercicio de la prostitución. Tampoco se incentiva el pandillaje. Manifiestan, además, que hasta sus casas «no llega la bulla» y no son testigos de pleitos callejeros ni nada por el estilo. Expresan que se trata de un problema personal de la querellada.
- Los vecinos, Testigos de Jehová, por su parte, remiten carta al querellante respecto de las firmas de apoyo a la clausura de la discoteca, informando que si bien algunos no la han leído, otros sí. Expresan su rechazo a la discoteca por la presencia de personas de vocabulario obsceno, conductas vergonzosas que destruyen los valores morales y por la perturbación del descanso que ocasionan.
- La Municipalidad distrital clausura el local por carecer de licencia municipal.
- La querellada formaliza una denuncia policial contra el querellante por rotura de vidrio en el tercer piso de su domicilio, hecho constatado por la Policía.
- Asimismo, la querellada formula denuncia contra el querellante por falta contra la Tranquilidad Pública el 13 de abril del 2003, verificándose los ruidos molestos que emanan de la discoteca, que impiden a las familias vecinas conciliar el sueño. Incluso se refiere que un policía dio cuenta del bullicio, el cual trató de acallar sin mayor éxito.
- La querellada formula EXCEPTIO VERITATIS⁵³ alegando que el único objetivo de sus reclamos es el cierre de la discoteca de propiedad del querellante, teniendo en cuenta que ésta constituye un atentado contra la tranquilidad pública. La EXCEPTIO VERITATIS. implica que es suficiente que se entienda acreditada la veracidad para excluir la respuesta penal. La prueba de la verdad de lo imputado opera y despliega sus efectos jurídicos con posterioridad a la realización del delito.

Según la jueza las afirmaciones contenidas en el memorial dirigido a la Alcaldía no son injuriosas o difamatorias, pues al decir «*ingresa gente de mal vivir a esa discoteca*», califica a terceros mas no al querellante. Decir que la discoteca afecta la moral pública e incentiva

⁵³ Definición Exceptio Veritatis: El exceptio veritatis puede ser definida como el sometimiento de la imputación a un juicio de certeza, es decir, a la demostración de la veracidad del hecho. Es una facultad que se le da al autor del delito de difamación para que pruebe la verdad de sus afirmaciones. Si lo hace, quedará exento de pena; en caso contrario, se corresponde, será condenado por delito de difamación. El exceptio veritatis solo excluye la responsabilidad del sujeto por delito de difamación en los cuatro supuestos que se establecen en el Art. 134° CP. Desde este punto de vista, la exceptio veritatis es una causa de exención de pena, es decir el hecho que ha realizado el autor es típico, antijurídico y culpable, aunque el legislador, por razones de política criminal, considere que no se debe castigar.

malas prácticas no constituye tampoco injuria o difamación. No se hace alguna alusión personal al querellante.

- El bullicio y la intranquilidad pública que produce la discoteca está probado.
- La conducta de la querellada ha estado destinada a proteger su propia tranquilidad, tanto así que la Municipalidad dispone la clausura de la discoteca. La jueza dice luego lo siguiente: «Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tratándose de un proceso por delito de injuria, la EXCEPTIO VERITATIS formulada por la querellada resulta improcedente, en aplicación de la primera parte del artículo 134° del Código Penal, habida cuenta que en el auto apertorio se desestimó el delito de difamación».
- La jueza afirma que la imposición de una sentencia condenatoria exige de la juzgadora certeza absoluta sobre la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, lo que no se ha probado en el caso.

Falla, finalmente, declarando improcedente la EXCEPTIO VERITATIS deducida por la querellada, infundada la tacha por los testimonios y absolviendo a la querellada por el delito de injuria.

2.4.2. Líneas individuales de pensamiento jurisdiccional

- El delito contra el honor, en su figura de difamación, previsto y penado por el artículo 132° del Código Penal se configura en su elemento objetivo por la conducta del agente que divulga juicios ofensivos, delictuosos o inmorales que causan un menoscabo en el honor de la víctima, de modo tal que puedan difundirse. Su elemento subjetivo está constituido por el dolo, esto es la intención maliciosa y directamente encaminada a dañar la honorabilidad ajena.
- El bien jurídico «honor» es consustancial a la dignidad humana. El Poder Judicial está obligado a protegerlo.
- Si es que están acreditados los hechos y, en efecto, la persona querellada profirió tales insultos en un lugar público con presencia de varias personas o por medio de comunicación o cualquier vía por la que varias personas tomen conocimiento de la afirmación o afirmaciones, se cumple con el requisito de «publicidad», que configura el delito.
- El tipo penal «difamación» se configura en su elemento objetivo por la conducta de divulgación de juicios ofensivos, delictuosos o inmorales ante varias personas separadas o reunidas que causan un menoscabo en el honor de la persona. Mientras tanto, el tipo penal «calumnia» exige para su configuración una conducta dolosa maliciosa del agente de imputar falsamente al sujeto pasivo la comisión de un hecho delictivo; la calumnia exige que la atribución sea una imputación falsa.

- El delito de injuria, previsto y regulado por el artículo 130° del Código Penal, requiere para su configuración que el agente ofenda o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho; en tanto que el delito de difamación, regulado por el artículo 132° requiere que el agente, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuya a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación.
- Uno de los elementos que la jueza recoge en todas sus sentencias sobre el tema es el de la coherencia de las declaraciones, tanto de las mismas partes como de los testigos. Las contradicciones, parece decir, restan validez a lo afirmado por unos y otros, con lo que no se acredita la comisión del delito que se imputa.
- El delito de «difamación» exige el elemento «publicidad», que es un requisito objetivo. No se acredita tal publicidad cuando solo existe la versión de la persona querellante, quien menciona la presencia de vecinos y transeúntes, sin que haya ofrecido testimonio alguno para corroborarlo.
- La imposición de una sentencia condenatoria exige del juzgador absoluta certeza respecto tanto de la existencia del delito como de la responsabilidad del encausado, lo que no se ha producido en el caso.
- El elemento subjetivo es el dolo, esto es, la intención maliciosa y directamente encaminada a dañar la honorabilidad de la víctima.
- El artículo 7° del Título Preliminar del Código Penal prescribe toda forma de responsabilidad objetiva y señala que la pena requiere de la responsabilidad del autor; sin embargo, es menester examinar la conducta desplegada por el querellado a fin de efectuar el juicio de tipicidad correspondiente, esto es, determinar si es que la conducta desplegada configura o no el tipo de «difamación».
- En el delito investigado, el elemento subjetivo del dolo implica que la ley exige la conciencia de lesionar el honor ajeno. Reiterada jurisprudencia ha establecido como elementos que deben concurrir: intención o ánimo del ofensor, la conciencia del carácter de la acción ofensiva y el fin antisocial que impulsa el infractor.
- Se tiene acreditado en grado de certeza la comisión de los ilícitos investigados así como la responsabilidad penal del querellado, con las declaraciones preventivas de los querellantes, corroboradas por las declaraciones uniformes y coherentes de los testigos de cargo.
- Para efectos de gradación de la pena se debe tener en cuenta la naturaleza del hecho punible así como la forma y circunstancias en que se han desarrollado los hechos investigados; asimismo, deben tenerse en cuenta las condiciones del encausado de agente primario por carecer de antecedentes penales, por lo que la jueza cree conveniente aplicar lo dispuesto por el artículo 57° del Código Penal.

2.4.3. Base del pensamiento jurídico de la jueza Zapata

La jueza Zapata, magistrados que tienen un parámetro de definición de las conceptualizadas de cada materia [DIFAMACIÓN, INJURIA Y CALUMNIA] ajustándose a los conceptos claros de los delitos, al resaltar el dolo como un elemento subjetivo y la publicidad como un requisito esencial para que se produzca el delito y en todas sus resoluciones materia de análisis podemos desprender que no en vano su vasta experiencia en la administración de justicia le ha permitido sentar precedentes importantes.

114

Tomando como base la **sentencia del 12 de abril del 2004**, podemos resaltar que la jueza Zapata define DIFAMACIÓN en elementos objetivo y subjetivo. Y en la misma señala que en el elemento objetivo se configura con la conducta del agente que divulga juicios ofensivos, delictuosos o inmorales que causan un menoscabo en el honor de la víctima, de modo tal que puedan difundirse. Y por otro lado en el elemento subjetivo es el DOLO,⁵⁴ esto es, la intención maliciosa y directamente encaminada a dañar la honorabilidad de la víctima.

Para imputar responsabilidad penal por la comisión de un delito contra el honor en la modalidad de difamación, la jurisprudencia exige, de manera prácticamente unánime, la presencia de un *animus difamandi* o *infamandi*. Acorde con ello, la tipicidad subjetiva de este delito estaría conformada no solo por el hecho de que el sujeto haya actuado dolosamente, esto es, con conocimiento y voluntad de que su comportamiento perturba el honor y/o la reputación en cuanto bienes jurídicos protegidos, sino que, además, tiene que haberlo hecho con un ánimo específico.

Así, se ha dicho que «se exige en el sujeto activo una peculiar intención o ánimo, éste es el llamado *animus difamandi*»; «en cuanto a la tipicidad subjetiva es necesario el dolo y el *animus difamandi*». Incluso la Corte Suprema ha calificado a este *animus* «como requisito *sine qua non* para la configuración de los delitos contra el honor»⁵⁵.

La doctrina nacional participa también de este proceder. Y, en esta línea, se ha definido al *animus difamandi* como «intención, expresada en forma perceptible o inducida de las circunstancias concurrentes de lesionar el bien jurídico del honor» o simplemente como «ánimo especial de difamar».

La jueza Zapata también considera que «el honor» como bien jurídico penalmente protegido es uno de los conceptos más difíciles de definir y sobre el que hay diversas opiniones. En todo caso, la doctrina mayoritaria parte de un concepto interpersonal de

⁵⁴ El *dolo* es el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible. Está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo: conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo: voluntad de realizar el mismo.

⁵⁵ Entre otras, la SCS 0060-88 del 7 de marzo de 1988 y 322-93-B del 18 de abril de 1994. Véase también las sentencias a que se hace referencia en UGAZ. *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Lima, 1999, p. 82 y ss.

honor (*interpersonal ehrbegriff*), en virtud del cual el honor se deriva de la dignidad de la persona y se encuentra fundado en la propia condición de persona en tanto ser que se relaciona con sus semejantes. Las divergencias se advierten luego, cuando se constatan las insuficiencias de los distintos conceptos que de honor se han ensayado y se apuesta por la existencia de un criterio que permita establecer diferentes grados de afectación del bien jurídico honor, en función del rol de la víctima en la sociedad y de las expectativas que ésta tiene frente a su comportamiento.

Sin entrar al debate en torno al bien jurídico honor, lo que ahora interesa es precisar que según lo indica el Código Penal, el bien jurídico protegido en el artículo 132° es el honor y la reputación («...pueda perjudicar su honor o reputación»). Esto indica que para la ley el concepto de honor, en cuanto bien jurídico protegido, no es un concepto fáctico objetivo, entendido como el juicio de valor que de uno tienen los demás miembros de la sociedad, pues eso es reputación, que es, según la propia ley, también el objetivo jurídico protegido en el artículo 132° CP. Ello no quiere decir que el término honor tenga que conceptuarse, *a contrario*, según un criterio subjetivo, que llevará a identificarlo con la autoestima.

Si se atiende al tipo de lo injusto del delito de difamación, se percibe que el legislador lo ha configurado como un delito de peligro concreto, en tanto que para la consumación exige no la lesión del honor o de la reputación, sino que éstas *puedan* verse perjudicadas. Esto es totalmente coherente con la propia naturaleza del honor, cuya efectiva lesión difícilmente podrá ser comprobada empíricamente. En todo caso, lo que interesa es llamar la atención de que al ser un delito de peligro, el grado de afectación del honor y de la reputación no tiene que ser el de lesión, sino el de peligro concreto, situación ésta que se acreditará a través de un juicio de idoneidad *ex post* sobre la expresión proferida que indique si, en el caso concreto y en las circunstancias dadas, pudo perjudicar al bien jurídico. Y esta situación de peligro concreto, y no otra, es la que tiene que ser abarcada por el dolo.

Se encuentra en una de las sentencias de declaración de improcedencia de la *exceptio veritatis* solicitada por el querellante, ello en aplicación de la segunda parte del artículo 134° del Código Penal por una cuestión de forma debido a que el juzgado desestimó en el auto de apertura la denuncia por difamación, en buena cuenta nuestro ordenamiento legal no admite la excepción de la verdad para los delitos de injuria y calumnia; razón por la cual la jueza no ha tenido la oportunidad de desarrollar con amplitud su razonamiento jurídico.