

# UNIVERSIDAD NACIONAL “SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS ESCUELA  
PROFESIONAL DE DERECHO



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

AUTOR:

Bach. JESUS CRISTOPHER COTRINA MARQUEZ

ASESOR:

Mag. LUCIA BULEJE AYAL

Huaraz-Ancash-Perú

2021



## **DEDICATORIA**

El presente trabajo está dedicado a Dios por guiarme por el buen camino, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mis padres por mostrarme el camino a la superación, por su apoyo, comprensión, consejos y amor.

A mi familia, por brindarme su tiempo y el apoyo para perseverar.

Mis amigos, por permitirme aprender más de la vida a su lado.

Todo esto es posible gracias a ustedes.

El Bachiller.

## ÍNDICE

RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vi
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE.....	vii
I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE .....	1
1. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y PREPARATORIA .....	1
1.1. Disposición y Formalización de la Investigación Preparatoria .....	4
1.2. Constitución De Actor Civil .....	5
1.3. Conclusión de la Investigación Preparatoria .....	6
2. ETAPA INTERMEDIA.....	7
2.1. Requerimiento de Acusación Alternativa.....	7
2.2. Auto que corre traslado el Requerimiento de Acusación Alternativa .....	7
2.3. Absolución del traslado del requerimiento de Acusación de la Agraviada.....	8
2.4. Absolución del Requerimiento Acusatorio del Imputado .....	9
2.5. Decreto que declara Improcedente lo peticionado por parte del Acusado .....	17
2.6. Auto que deja sin efecto en parte la Resolución N.º 04 .....	17
2.7. Audiencia de Control De Acusación Directa.....	18
3. INHIBICIÓN DEL PROCESO.....	19
3.1. Resolución que aprueba Inhibición.....	20
4. ETAPA DE ENJUICIAMIENTO O JUICIO ORAL.....	20
4.1. Auto de Citación a Juicio.....	20
4.2. Índice de Registro de Audiencia de Juicio Inmediato (13/04/2016).....	21
4.3. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Inmediato (25/04/2016).....	27
4.4. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (02/05/2016)..	28
4.5. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Inmediato (11/05/2016).....	30
4.6. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Inmediato (13/05/2016).....	31
5. SENTENCIA.....	32

6. RECURSO DE APELACIÓN.....	33
6.1. Auto que concede el Recurso de Apelación.....	36
6.2. Inicio de Audiencia de Apelación de Sentencia Condenatoria.....	36
6.3. Acta de Audiencia de Lectura de Sentencia de Vista.....	37
7. SENTENCIA DE VISTA.....	37
II. MARCO TEÓRICO.....	39
1. PARTE SUSTANCIAL.....	39
1.1. El Delito .....	39
1.2. Teoría del Delito.....	46
1.3. Tentativa .....	51
1.4. Violacion Sexual.....	55
1.5. Actos Contra el Pudor .....	69
2. PARTE PROCESAL .....	84
2.1. Investigación Preparatoria.....	84
2.2. La Etapa Intermedia.....	93
2.3. Etapa de Juicio Oral.....	103
III. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE PENAL.....	116
IV. JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS.....	123
V. CONCLUSIONES.....	127
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	129

## RESUMEN

Los hechos suscitados, dan origen a un proceso penal por el Delito de Violación Sexual en su modalidad de Actos contra el Pudor.

Ya que, el día 30 de agosto del 2014, la agraviada y su esposo participaron de una actividad deportiva, donde libaron licor hasta las ocho y treinta de la noche; al retirarse hacia el paradero, al no encontrar movilidad se dirigieron a la cantina, donde se presenta al acusado Jhonny Edwin Lomote Chiquian con quien libaron; luego abordan la misma movilidad y cuando llega a Quillash donde está la vivienda de la agraviada, esta se baja de la movilidad junto con su esposo, haciendo lo mismo el acusado y le suplica al esposo de la agraviada que le permitan quedarse en su domicilio, aceptándole ingresan y cuando la agraviada ya dormía en su habitación junto con su esposo, suscitaron los hechos materia de investigación.

Iniciando con las investigaciones correspondientes que llevó consigo a la emisión de la sentencia de primera instancia condenatoria, pero; el imputado interpone el recurso de apelación, consecuentemente la sala penal resuelve revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y reformándola absuelven al procesado Jhonny Edwin Lomote Chiquian.

**PALABRAS CLAVES:** Violación sexual, actos contra el pudor, actor civil, sobreseimiento, tentativa.

## ABSTRACT

The events that have arisen give rise to a criminal proceeding for the Crime of Sexual Rape in the form of Acts against Modesty.

Since, on August 30, 2014, the victim and her husband participated in a sporting activity, where they drank liquor until eight thirty at night; When they retired to the whereabouts, when they did not find mobility, they went to the canteen, where the accused Jhonny Edwin Lomote Chiquian with whom they had sex is presented; then they address the same mobility and when it reaches Quillash where the victim's home is, she gets off the mobility together with her husband, the accused doing the same and begs the victim's husband to allow her to stay at home, accepting him, they enter and when the victim was already sleeping in her room together with her husband, they raised the facts that are the subject of the investigation.

Starting with the corresponding investigations that led to the issuance of the first instance conviction, but; The defendant files the appeal, consequently the criminal chamber resolves to revoke the conviction of the first instance and, reforming it, acquit the defendant Jhonny Edwin Lomote Chiquian

**KEY WORDS:** Rape, acts against modesty, civil actor, dismissal, attempt.

## DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

- **EXPEDIENTE PENAL:** N.º 00570-2015-0-0201-JR-PE-01
- **IMPUTADO:** JHONNY EDWIN LOMOTE CHIQUIAN
- **AGRAVIADA:** H.Y.R.L
- **MATERIA:** ACTOS CONTRA EL PUDOR.
- **PRIMERA INSTANCIA:** JUZGADO PENAL UNIPERSONAL  
TRANSITORIO DE HUAYLAS.
- **SEDE:** CARAZ – HUAYLAS
- **SEGUNDA INSTANCIA:** SALA PENAL
- **SEDE:** HUARAZ - ANCASH

## I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

### 1. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y PREPARATORIA

#### Hechos:

Que, la agraviada y su esposo participaron de una actividad deportiva en la I.E. Santa Inés de Yungay, el día 30 de agosto del 2014, donde libraron licor junto con otras personas hasta la ocho y treinta de la noche; al retirarse hacia el paradero, al no encontrar movilidad se dirigieron a la cantina ubicado al frente del paradero, donde se presenta al acusado Jhonny Edwin Lomote Chiquián con quien comparten unos vasos de cerveza; luego abordan la misma movilidad recorriendo el mismo camino y cuando llega a Quillash donde está la vivienda de la agraviada, esta se baja de la movilidad junto con su esposo, haciendo lo mismo el acusado y le suplica al esposo de la agraviada que le permitan quedarse en su domicilio hasta el amanecer, aceptándole le hace ingresar a su domicilio y cuando la agraviada ya dormía en su habitación junto con su esposo, aproximadamente a la media noche siente que alguien estaba en su encima de ella y tapándole la boca con fuerza empieza a besarle la boca, cuello y senos y estando encima de la agraviada la manosea con sus manos y uñas, por un tiempo de tres minutos aproximadamente, incluso ya no tenía su ropa interior y demás prendas cuando se da cuenta que no era su marido si no el acusado, lo empuja; prende la luz ve al acusado que tenía el pantalón abajo y salió del cuarto, mientras ella tenía la blusa remangada y su pantalón hasta la rodilla; luego la agraviada salió a pedir auxilio, retorna e intenta despertar a su esposo quien seguía durmiendo, luego fue en busca de



su madre con quien regresaron a despertar a su esposo para luego realizar la denuncia correspondiente ante la comisaria del lugar.

### **Constatación Policial:**

El día 31 de agosto de 2014, siendo las 06:30 horas aproximadamente, se llevó a cabo la CONSTATACIÓN POLICIAL, en el cual se intervino al investigado Jhonny Edwin Lomote Chiquian, quien vestía con las prendas que la agraviada describió, acto seguido se le hizo de conocimiento los hechos materia de la denuncia y se procedió a la lectura de sus derechos, dirigiéndolo así a la comisaría.

### **Constatación Fiscal:**

Siendo el día 04 de noviembre del año 2014, se realizó la constatación fiscal, donde se corroboró el relato de los hechos denunciados.

### **Resultados del Certificado Médico Legal:**

Mediante el certificado Médico Legal N.º 001197-EIS, se determinó que la agraviada presenta equimosis en cuadrante supero interno e mama derecha, equimosis rojizas de características ungueales en el epigastrio derecho, equimosis rojizas de características ungueales en el tercio proximal y medio de cara anterior del muslo derecho, equimosis rojizas de características ungueales a nivel de flanco y fosa iliaca izquierda, y lesiones extra genitales ocasionadas por agente contuso; así mismo el certificado Médico Legal

N.º 001198-EIS, que se le realizó al imputado, se determinó que presenta varias escoriaciones y equimosis.

### **Pericia Psicológica:**

El protocolo de la pericia psicológica determinó, que la agraviada presenta indicadores de afectación emocional compatibles a evento traumático de tipo sexual; aunque mediante el informe pericial N.º 001240-2014-PSC, concluye que no se observaron espermatozoides en la agraviada.

### **Manifestación del investigado:**

Cuando se hizo la toma de manifestación del investigado, reconoce haber libado licor en el Centro Educativo “Santa Inés”, pero; que no recuerda nada de los hechos denunciados; en cambio la agraviada en su declaración a nivel fiscal, corrobora y mantiene su versión de los hechos.

### **Declaraciones Testimoniales:**

- a) De la declaración testimonial de Placido Fausto Prudencio Montañez, esposo de la agraviada quien expuso los hechos relatados por la agraviada hasta el momento en el que se retiraron a su habitación a descansar.
- b) De la declaración de Carlos Emilia Milla Flores, teniente Gobernador de Quillash, quien manifiesta que la parte agraviada fue a su domicilio a poner una denuncia por

los hechos materia de investigación, y que cuando se constituyeron al domicilio de la agraviada encontró una frazada en el suelo.

- c) De la declaración testimonial de José Prudencio Montañez, en la cual refiere haber escuchado al denunciado solicitar quedarse en la casa de la agraviada a descansar.

### **1.1. Disposición y Formalización de la Investigación Preparatoria:**

Mediante Oficio N.º 3769-2014- (Carp. 2014-456)-2da, FPPC-YUNGAY-FC, se comunica al Juez de la Investigación Preparatoria la decisión fiscal de continuar con la Investigación Preparatoria en el Caso N.º 456-2014-0, conforme a la siguiente disposición que se adjuntó al presente:

Por las consideraciones expuestas en la disposición en mención, se dispuso la **FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** por el plazo de ciento veinte días, por las presuntas comisiones delictivas:

- Por la presunta comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de violación de la Libertad Sexual, en su forma de **TENTATIVA DE VIOLACIÓN SEXUAL**, tipificado en el artículo 170º primer párrafo, concordante con el artículo 16º en lo que respecta a la tentativa, todo del Código Penal en contra de Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, y en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

### **Y EN FORMA ALTERNATIVA:**

- Por la presunta comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de ACTOS CONTRA EL PUDOR, previsto en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

Medida coercitiva impuesta: **Comparecencia Simple.**

- Se dispone el archivamiento de los actuados, en el extremo de la investigación preliminar por la presunta comisión del delito de VIOLACIÓN DE PERSONA EN ESTADO DE INCONSCIENCIA O EN LA IMPOSIBILIDAD DE RESISTIR tipificado en el artículo 171° del código Penal, en contra de Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, y en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

## 1.2. Constitución De Actor Civil

### **Solicitud de Constitución en Actor Civil:**

Con fecha 02 de marzo de 2015, se presentó el escrito para que la agraviada pueda constituirse en Actor Civil, representada por su abogada Vilma E. Melo Toro, solicitando el monto de S/. 20,000.00 soles (veinte mil con 00/100 soles) como reparación civil.

### **Audiencia de constitución de Actor Civil:**

La audiencia se llevó a cabo el día 16 de abril de 2015, a las 10:00 a.m. estando presentes el abogado de la agraviada, el agraviado y el representante del Ministerio Público, luego de la oralización por parte de la abogada de la

agraviada, el Juez determinó mediante la resolución número cuatro, **RESOLVER**: se declare **FUNDADA** la solicitud de constitución de actor Civil, y **CONSTITÚYASE** a la agraviada como Actor Civil, y se **CONSEDA** a la misma facultades conferidas en los artículos 104° y 105° del Código Procesal Penal, y normas supletorias debiendo de tenerse en consideración lo señalado por el artículo 106° del mismo código.

### 1.3. Conclusión de la investigación preparatoria:

Con la disposición N.º 04, se **DISPUSO LA CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**, por lo siguiente:

- Por la presunta comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de violación de la Libertad Sexual, en su forma de **TENTATIVA DE VIOLACIÓN SEXUAL**, tipificado en el artículo 170° primer párrafo, concordante con el artículo 16° en lo que respecta a la tentativa, todo del Código Penal en contra de Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, y en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

#### **Y EN FORMA ALTERNATIVA:**

- Por la presunta comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de ACTOS CONTRA EL PUDOR, previsto en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

## 2. ETAPA INTEMEDIA

### 2.1. Requerimiento de Acusación Alternativa:

El día 03 de junio de 2015, el fiscal solicita al Juez de la Investigación Preparatoria el Requerimiento de Acusación Alternativa, teniendo como pretensión principal:

- Por la presunta comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de violación de la Libertad Sexual, en su forma de **TENTATIVA DE VIOLACIÓN SEXUAL**, tipificado en el artículo 170° primer párrafo, concordante con el artículo 16° en lo que respecta a la tentativa, todo del Código Penal en contra de Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, y en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

#### **Y EN FORMA ALTERNATIVA:**

- Por la presunta comisión del delito Contra la Libertad, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de ACTOS CONTRA EL PUDOR, previsto en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

### 2.2. Auto que corre traslado el Requerimiento de Acusación Alternativa:

Mediante la Resolución N.º 01, de fecha 18 de junio del año 2015, se emite la siguiente Decisión Judicial:

- Tener por recibido el requerimiento de Acusación Alternativa, contra Jonny Edwin Lomonte Chiquian por la presunta comisión del delito Contra la Libertad en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual, en su forma de

TENTATIVA DE VIOLACIÓN SEXUAL; y en forma alternativa por el delito contra la Libertad, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual en su forma de ACTOS CONTRA EL PUDOR; en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. (33).

- Se CORRIÓ TRASLADO a las partes procesales por el plazo de diez días hábiles, para que en forma escrita y motivada manifiesten lo conveniente, de acuerdo a las facultades conferidas en el artículo 350° del Código Procesal Penal.
- PRECÍSESE, que solo será objeto de debate en la Audiencia Preliminar de Control de Acusación, las solicitudes fundamentadas por escrito y presentadas dentro del plazo legal.
- TENGA por señalado el nuevo domicilio procesal de la Agraviada.
- Y COMUNIQUESE a las partes procesales que la carpeta fiscal se encuentra a su disposición en la secretaría del juzgado de investigación preparatoria.

### **2.3. Absolución del traslado del requerimiento de Acusación de la Agraviada:**

En fecha 01 de julio de 2015, se absuelve el requerimiento fiscal mediante el escrito suscrito por la abogada de la agraviada, Melo Toro Vilma, solicita se le imponga al inculcado, en calidad de autor 4 años y 8 meses de pena privativa de libertad efectiva, por el presunto delito de Tentativa de Violación Sexual; y en forma alternativa solicita que en calidad de autor, se le imponga 3 años de pena privativa de libertad suspendida por el presunto delito de Actos Contra el Pudor; También solicita una reparación civil por ambos delitos de la suma de S/. 2,

526.00 soles (dos mil quinientos veintiséis con 00/100 soles), a la vez se ofrecen pruebas y se objeta de la reparación civil.

#### **2.4. Absolución del Requerimiento Acusatorio del Imputado:**

Mediante el escrito de absolución de acusación del imputado, de fecha 09 de julio de 2015, formula sobreseimiento, en base a los siguientes fundamentos de hecho:

#### **La Teoría del Caso, no encuadra los hechos dentro de la norma penal aplicable al presente caso, por lo siguiente:**

- Que, aducen encuadrar los hechos dentro de la norma penal aplicable ya que al constatar los hechos con el material probatorio que se tiene se viola el principio de congruencia y correlación en cuanto a su contenido fáctico.
- De acuerdo al nuevo sistema acusatorio, los hechos que son materia de investigación contra el acusado, deben ser los que forman el contenido de los hechos y pueden ser objeto de investigación.
- En el presente caso, se viola el principio de legalidad, y el principio de taxatividad a qué se refiere el artículo 9° de la Convención Americana.
- Por consiguiente, el Tribunal Constitucional, no es única, ni lógica y autosuficiente, no es creíble y verosímil, concreta, el relato no está asociada los hechos creíbles ni son uniformes la narración efectuada por la agraviada.

#### **De la Teoría Probatoria, se señala:**



- Que, todos los medios probatorios tanto testimoniales como documentales ofrecidos por el fiscal resultan insuficientes por ser inconducentes e impertinentes para acreditar que el acusado ha cometido el delito de violación sexual en grado de tentativa y actos contra el pudor, pues ninguna de las pruebas ofrecidas acredita en forma objetiva y contundente sin lugar a dudas la comisión de los delitos.
- Por tanto, los hechos materia de acusación no puede atribuírsele al acusado, pues no existe ninguna vinculación probatoria al respecto, menos existen suficientes elementos de convicción a la realización del juicio oral.
- Además, que los testigos ofrecidos por el representante del Ministerio Público, son de referencia o de oídas, los mismos que sólo ayudarán a la posibilidad de aclarar un hecho, lo que no sucede en el presente caso, por tanto, no valida los hechos investigados. Los testimonios de este tipo de testigos no tienen mérito probatorio suficiente para terminar con la presunción de inocencia del acusado. Es el caso del testigo Plácido Fausto Prudencio Montañez, quién es el esposo de la agraviada, qué refiere sobre los hechos que su suegra Gregoria Lindo Pajuelo, lo despierta diciéndole apúrate, levántate, no sabes siquiera lo que le ha pasado a tu esposa, a quién haz hecho quedar, ha querido abusar de tu señora; me dijo mi suegra, siendo así incurre en serias contradicciones al relatar los hechos. En la pregunta 16 de su declaración, sostiene que él es quién le dio 2 frazadas y luego entró a dormir y su esposa estaba dándole pasto al cuy, entrando primero el a su dormitorio y luego su esposa, en la pregunta 18, que no le pidió más detalles

sobre los hechos, qué sobre lo sucedido su esposa le ha contado que el profesor qué le ha estado besuqueando, chupeteando y tapando su boca le había dicho vamos afuera y hacemos relaciones. A la pregunta 21, si su esposa estaba menstruando, él respondió que sí, en esta pregunta se ven serias contradicciones ya que cuando se le bajó el pantalón a la agraviada no había manchado el colchón no siendo coherente ni persistente en los cargos contra el acusado.

- En la declaración del testigo Carlos Emilio Miraflores, Teniente Gobernador, sólo indica que el señor Germán, la señora Gregoria y la misma agraviada se constituyeron a su domicilio para realizar la denuncia.
- Según el testigo Jaime Manuel Flores Dolores sobre los hechos no aporta actos de investigación concreta, sólo ha señalado qué estado tomando dos cajas de cerveza frente al paradero hasta 11 de la noche, es decir no precisa el tiempo y el lugar en el que estuvieron.
- Y en la última declaración del testigo José Prudencio Montañez, sobre los hechos no aporta ninguna versión concreta sólo señala que el acusado le preguntó a su hermano Plácido si se podía quedar en su casa a descansar y su hermano no le contesto. Pues como se advierte las declaraciones testimoniales son de referencia o de oídas.
- De las documentales de constatación fiscal de fecha 4 de noviembre del 2014, esto se realizó después de 2 meses y en forma arbitraria se señala de la existencia de las frazadas en el suelo, cuando la escena del crimen ha sido

contaminada, al no haber sido protegido y con actos posteriores al evento investigado.

- Las fotografías del acta de constatación fiscal de fecha 4 de noviembre del 2014 de los objetos visualizados, son extemporáneas y contaminados.
- Según el examen pericial toxicológico N.º 0001060/14, el perito químico forense concluye que el denunciado presenta 0.16 gramos litro de alcohol en la sangre y la agraviada 0.12 gramos litros de alcohol la sangre, con ello se comprueba que la agraviada estuvo en estado de ebriedad y las lesiones que presenta se había producido debido a ello.
- El oficio N.º 0026-2015-FN-IML-QUIL/LAB. BF, del biólogo del Instituto de Medicina legal, informa que las muestras de vello púbico, de encontrarse una similitud sólo sería orientativo, es decir, no señala a quién pertenecería si a la agraviada o al acusado.
- Del protocolo de pericia psicológica N.º 00271-2915-PSC, realizado al acusado señala que presenta personalidad narcisista - paranoide, rasgos de personalidad impulsiva, incluyendo la esfera psicosexual. Para concluir a tales diagnósticos no se hace referencia en cuántas sesiones se realizó tal diagnóstico, por cuánto, no hay un diagnóstico diferencial del grado de trastorno de personalidad del acusado.
- Si bien es cierto, las conclusiones arribadas en el citado protocolo de pericia psicológica, cautas, inadecuado control de sus impulsos con rasgos narcisistas - paranoide, qué significa que en el plano físico sexual no hay transparencia en el acusado y estos deben ser esclarecidos por los peritos

psicológicos, por tanto la prueba pericial debe ser valorada y que nos lleve a una responsabilidad del acusado, por cuanto ellos tiene que ver con informes o dictámenes realizados por especialistas en las diversas materias de que se trate, es decir por un perito psiquiatra, con un conocimiento de carácter técnico sobre circunstancias relativas a los hechos investigados, elementos o cuerpo del delito o la persona de su presunto autor. Para hacer descansar la certeza y la convicción judicial en la declaración de un imputado, rodeado hoy de plenitud de derechos. En el presente caso, manifestaciones de los testigos carecen de sentido, todos ellos señalan imprecisiones.

- Finalmente, la declaración de la agraviada quien sostiene que el que el 30 de agosto del 2014, a las 23:00 horas, el esposo de la agraviada le dio alojamiento en su domicilio al acusado, pues eran amigos y se encontraban en estado de ebriedad. Luego a las 23:30 horas aproximadamente el acusado se mete a su dormitorio, le tapa la boca y le baja su pantalón para luego con fuerza proceder a ultrajarla sexualmente y en contra de su voluntad.
- En su denuncia de parte de ampliación de fecha 23 de setiembre del 2014, la agraviada sostiene que luego de libar cerveza en el colegio Santa Inés, se trasladan al paradero de Yungay - Lomas, al no encontrar movilidad fueron a seguir libando cerveza, es en donde se presenta el acusado y compartieron un par de vasos, posteriormente tomaron la misma movilidad al bajar en el cruce de Quillash y Loma donde tiene su vivienda, se bajó y sin autorización ingreso a su domicilio, donde le suplicó al esposo de la agraviada para que se quede en su hogar hasta el amanecer. Ya siendo la medianoche cuando se encontraba pernoctando

junto con su esposo, sintió que el acusado estaba abusando de su persona, donde ya no tenía su ropa interior y otras prendas, le reclamó y él salió huyendo. Otro elemento indiciario que converge la notoria contradicción incurrida por la agraviada, respecto de cómo ocurrieron los hechos, incongruencia que no hace más que evidenciar la actitud que asume la agraviada, en el afán de inculpar al acusado.

Por tanto, no hay persistencia en la incriminación por parte de la agraviada, pues sólo existe la sindicación de esta con ambigüedades y contradicciones, denotando más bien no ser uniforme, concreta y coherente, tal y conforme trasciende de su declaración, ampliación de denuncia y relato de la pericia psicológica.

- En el **relato del protocolo de pericia psicológica N.º 001240-2014-PSC**, señala que los hechos se produjeron casi a la medianoche, que con el acusado no son amigos ni con su esposo tampoco, cómo había una silla en la mesa donde nos sentábamos él se sentó y acabo borracho... que cuando llegaron a su casa ya era más de las 11:00 de la noche... bajando, al buscar su llave para ingresar el acusado le dijo a su esposo "Llashi" hazme dormir en tu casa, mañana me voy temprano y su esposo le dijo "ya, nomás", al ingresar a la casa, le dieron la frazada de su hija para que duerma en la sala y ella y su esposo fueron a su cuarto, luego de estar descansando, ha sentido cuando ha estado en su encima, ella creyó que era su esposo y no ha dicho nada hasta que ha hablado y dijo "soy Beto" (primo de su esposo), vamos afuera para tener relaciones, allí se ha dado

- cuenta que no era su esposo y su esposo estaba durmiendo, a levantarse prendió la luz, agarró una silla para tirarle, pero se ha escapado.
- En su **declaración la agraviada de fojas 75 al 77**, en la pregunta 3 sostiene que: " si se ratifica, con la aclaración que no ha sufrido violación sexual...tres frazadas, una para él piso y dos para que se tape... la hora que sucedieron los hechos a las 11:30 del día 30 de agosto del 2014, cuando estaba durmiendo siente qué le besuqueada y besaba y eso se da cuenta que ya su pantalón chicle y su ropa interior estaban a la altura de la rodilla y él igual estaba con el pantalón bajado..."
  - Qué, el **Derecho a la Presunción de Inocencia** se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que existe una mínima actividad probatoria, garantías necesarias, referida a todos los elementos de convicción del delito y que de la misma pueda inferir razonablemente los hechos situación del acusado en ellos, conforme recalca la doctrina consolidada de la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N.º 2-2015/CJ-116, del 30 de septiembre del 2015. Por tales consideraciones antes mencionadas, no se cumple con los parámetros establecidos en el citado acuerdo plenario toda vez, que carece de persistencia en el tiempo y no está rodeada de elementos objetivos siquiera periféricos que la corroboren, por tanto, enervar la presunción de inocencia que por mandato constitucional ampara al encausado, por tanto, debe concederse el sobreseimiento solicitado por ser ese su estado.

## **Sobre la Determinación de la Pena y Reparación Civil**

### **Pena**

- Primero en cuanto a la pena, es del caso acotar qué debería de ser proporcional al hecho, debiendo tomar en cuenta qué el marco penal abstractamente previsto se configura como en la respuesta pre-constituida a un conjunto de hechos que coinciden en establecer un determinado tipo del Injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad de aquella pena, que el injusto y la culpabilidad constituyen magnitudes materiales graduables y que el acto de determinación judicial o fiscal de la pena se configura esencialmente como aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido del injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena, por lo que, él quantum de la pena depende de la gravedad del Injusto penal, de la culpabilidad y de la punibilidad, debiendo analizarse en ese orden.
- Qué, bajo esos parámetros se advierte que el representante del ministerio público no realizó una debida ponderación de las circunstancias atenuantes y no habiéndose aplicado adecuadamente el artículo 170° y 176° del Código Penal, de la comisión del evento criminal, pues, ha fijado la sanción penal no acorde al artículo 139°, inciso 11 de la Constitución Política del Perú, por lo que no resulta proporcional ni la Ley aplicable al caso, ni a la naturaleza,

circunstancias que son indicadores merced a los cuales se busca graduar la entidad cuantitativa de la pena.

**Reparación Civil:**

- No se ha señalado los parámetros y él como se ha cuantificado para la imposición de ésta.

**2.5. Decreto que declara Improcedente lo petitionado por parte del Acusado:**

Mediante Resolución N.º 04 se declara Improcedente el escrito de Sobreseimiento del Acusado, por encontrarse fuera de plazo, al haberse presentado el escrito en evidente extemporaneidad; asimismo, se **CITA** a los sujetos procesales a la **AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONTROL DE ACUSACIÓN DIRECTA**.

**2.6. Auto que deja sin efecto en parte la Resolución N.º 04:**

Mediante la Resolución N.º 05, según la revisión de autos, se advierte que la resolución anterior se proyectó el escrito presentado por el imputado de fecha 09 de julio, mediante el cual absuelve la acusación y solicita sobreseimiento, determinando que el escrito si se encontraba dentro del plazo y que se puede cotejar de la constancia de notificación, recepcionado por el mismo imputado con fecha 24 de junio del 2015, habiéndose suscrito un error involuntario. En



consecuencia, estando a lo precedentemente expuesto **se resuelve: DEJAR SIN EFECTO DICHO EXTREMO DE LA RESOLUCIÓN Y TENER POR PRESENTADO EL ESCRITO** del imputado.

#### **2.7. Audiencia de Control De Acusación Directa:**

Siendo el día 12 de agosto de 2015, se llevó a cabo la Audiencia Preliminar de Control de Acusación Directa, y en base a los fundamentos expuestos por parte del Ministerio Público, el abogado defensor del acusado, la agraviada se **RESOLVIÓ:**

- **DECLARAR**, la existencia de una relación jurídica procesal valida y consecuentemente saneado el proceso tanto material como sustancialmente.
- **DICTAR AUTO DE ENJUICIAMIENTO** contra el acusado Jhonny Edwin Lomote Chiquian, en calidad del presunto delito Contra la Libertad Sexual - Violación Sexual - Tentativa, y alternativamente por el delito de Actos Contra el Pudor, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L.

#### **Admitiendo los siguientes medios probatorios:**

- **Declaración testimonial:** de la agraviada, del señor Placido F. Prudencio Montañez, del señor Jaime Morales Dolores, del señor Carlos Emilio Milla Flores y del señor José Prudencio Montañez.

- **Periciales:** Examen del médico Jorge Daniel Hernández Campos, el examen de la psicóloga Iris Angélica Tamariz Bejar y el examen pericial de la química farmacéutica Martha Ruiz Cabana.
- **Documentales:** Denuncia policial, acta de intervención policial, Certificado Médico Legal N.º 001197-EIS, Certificado Médico Legal N.º 001198-EIS, declaración del imputado, informe pericial N.º 2014-000162 (respecto del examen espermatológico), protocolo de pericia psicológica N.º 001240-2014-PSC, acta de constatación fiscal del día 04 de noviembre de 2014, fotografías del acta de constatación, dictamen pericial toxicológico N.º 0001060/14, oficio N.º 26-2015-PSC, la pericia psicológica N.º 00271-2015-PSC, oficio N.º 1109-2015-RDJ-CSJAN-PJ y el oficio N.º 627-2015-REGPOL/DTP'-A/DIVICAF-DEPCRI-PNP-HUARAZ.

### 3. INHIBICIÓN DEL PROCESO.

Mediante escrito presentado por la Juez JUANA IRIS MELO TORO, solicita Inhibirse del Proceso, debido a que la letrada Vilma E. Melo Toro, que está a cargo de la defensa de la agraviada de iniciales H.Y.R.L. es hermana de la suscrita juez, por lo que se podría a conllevar a que se dude de mi imparcialidad si prosigo con el trámite de esta causa, con lo cual inclusive se afectaría el principio de imparcialidad que se encuentra estrechamente ligado al principio de independencia funcional, que se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso.

Amparándome en el artículo 53º inciso 1) del C. P. P., el cual establece las causales de inhibición entre ellas: “a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el

proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o Segundo grado de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales... ”; asimismo el inciso 2) del artículo 53° del C.P.P., establece: “La inhabición se hará constar por escrito, con expresa indicación de la causal invocada. Se presenta a la Sala Penal Superior en el caso del Juez de la Investigación Preparatoria y del Juez penal, con conocimiento de las partes, y elevando copia certificada de los actuados. La Sala Penal decidirá inmediately, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días”.

### **3.1. Resolución que aprueba inhabición:**

Mediante Resolución N.º 03, de fecha 13 de octubre de 2015, se dio por **APROBADO** la solicitud de Inhibición de la Magistrada Juana Iris Melo Toro.

## **4. ETAPA DE ENJUICIAMIENTO O JUICIO ORAL.**

### **4.1. Auto de Citación a Juicio:**

Con resolución número uno, en la ciudad de Caraz, el 03 de diciembre de 2015, se dictó el AUTO DE CITACION A JUICIO, considerando:

- Citar a juicio: llevándose a cabo en Audiencia Pública el día 13 de abril de 2016 a horas 10:00 am, EMPLAZANDO al Ministerio Publico, al acusado, a los órganos de prueba, tales como actor civil, a los testigos: Placido Fausto Prudencio Montañez, Jaime Morales Dolores, Carlos Emilio Milla Flores, José Prudencio Montañez, el Perito Medico Jorge Daniel Hernández Campos, Perito Psicóloga Iris Tamariz Bejar, al Perito Químico Martha Ruiz Cabana;

se **FORME EL EXPEDIENTE JUDICIAL** con los medios de prueba admitidos en el auto de enjuiciamiento, así como el cuaderno de debates con el auto de enjuiciamiento, el auto de citación a juicio, los registros que se realicen durante el juicio oral, así como las demás resoluciones que se dicten hasta la sentencia, se **PONGA A DISPOSICIÓN** de los sujetos procesales el expediente por el plazo correspondiente para su revisión y/o solicitud de copias simples o certificadas y/o para instar la incorporación de alguna pieza o la exclusión de alguna que no corresponda, se **PRECISE** que los medios probatorios documentales que constan en el auto de enjuiciamiento serán actuados durante el desarrollo del juicio oral, se **EXORTE** al Ministerio Público que deberá de facilitar la presencia de los órganos de prueba el día de la audiencia a fin de evitar dilataciones y se **NOTIFIQUE** las presente resolución a las partes procesales.

#### 4.2. Índice de Registro de Audiencia de Juicio Inmediato (13 de abril de 2016)

A hora 10:20 a.m. en la provincia de Huaylas Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Óscar Antonio Almendrades López y su especialista, **ACREDITÁNDOSE** las partes, así como el Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del acusado y el acusado.

Donde acto seguido se informa en audiencia que ingresó el escrito N.º 1238-2016, de fecha 31 de marzo de 2016, mediante el cual la parte agraviada designa abogado defensor y vario domicilio procesal así mismo se da cuenta de la presencia de los testigos.

### **Alegatos de Apertura:**

- a) Prosigue el **Representante del Ministerio Público** quien formula su teoría del caso titulándolo “el amigo aprovechado”, por los hechos ya descritos en la acusación y solicitando se le imponga al acusado por el delito de Tentativa de Violación Sexual 4 años y ocho meses de pena privativa de libertad efectiva y por el delito alternativo de actos contra el pudor 3 años de pena privativa de libertad en calidad de suspendida por período de prueba de dos años.
- b) Continuando con sus alegatos preliminares el **Abogado del Actor Civil**, quien manifiesta que su patrocinada no solo ha sufrido daños en su persona, sino también daño moral, por lo que solicitan la reparación civil de S/. 5,000.00 soles (cinco mil con 00/100 soles), teniendo en cuenta el reconocimiento psicológico en el que se describe que presenta traumas, y que su patrocinada ha sido afectada moralmente.
- c) Así mismo, el **abogado del acusado** formula sus alegatos preliminares, manifestando que durante la secuela del juicio se va a determinar que existen una serie de incoherencias, y que debe tenerse en cuenta que la teoría del caso está basada en dos hechos y el C.P.P. y acuerdos plenarios establecen que se debe tener una imputación clara en esta etapa del proceso, respecto del tipo penal con vía alternativa tampoco es un hecho concreto, pues ya no estamos en una etapa de evidencias ni indicios, por lo que en la secuela de juicio se desvirtuara los cargos efectuados a su patrocinado, y con respecto a la

reparación civil y a efectos de desvirtuar el daño moral se debe evaluar en juicio a los peritos pertinentes.

Luego el Juez pasa a informar al acusado sobre sus derechos, y pregunta al acusado ha entendido sus derechos y si admite ser responsable de la acusación fiscal, también se le da de conocimiento que antes de responder puede conferenciar con el representante del Ministerio Público para llegar a un acuerdo sobre la pena y la reparación civil, a lo cual el acusado contesto, que si entendió sobre sus derechos y no admite ser responsable de los hechos imputados.

Por parte de la defensa técnica se ofrece la testimonial de Cesar Lomonte Chiquian, procediendo a fundamentar su pedido. A lo cual el fiscal refiere que ese medio probatorio es extemporáneo. Y el abogado del Actor Civil sostiene que no es prueba nueva, ya que no se tuvo conocimiento, por lo cual solicita se declare improcedente el pedido por la defensa técnica. Replicando la defensa técnica que el instrumental que ofrece es fundamental para que se esclarezca el hecho.

Por tales consideraciones, se emitió la Resolución N.º 03, el cual **RESUELVE** admitir la testimonial que ofreció el abogado del acusado.

La defensa Técnica, solicita la REPOSICIÓN de la resolución emitida, pues el señor Cesar Lomonte Chiquian, pago la suma de S/. 1,500.00 soles (mil quinientos con 00/100 soles) a la agraviada la misma que es fotocopia simple y no tiene validez para esta etapa del juicio y recién tomaron en cuenta de la existencia del documento en mención caso contrario se hubiera tomado las diligencias correspondientes para ser actuado como medio de prueba.

Contestando el Fiscal que no se puede realizar pericias de fotocopias simples, que resulta creíble que los hechos transcurridos sean ciertos, y que tuvieron oportunidad de presentarlo en su debida etapa del proceso, pero no lo hicieron. El Actor Civil manifiesta que, si el documento fuera auténtico, la persona que firma es el hermano del acusado con fecha anterior a la audiencia de Control de Acusación.

Por tales consideraciones, se emitió la Resolución N.º 04, el cual **RESUELVE DECLARAR INFUNDADA** la reposición formulada por la defensa técnica, sin perjuicio de que este despacho pueda ordenar su actuación de oficio en la etapa correspondiente.

#### **Sobre La Actuación De Los Medios Probatorios:**

El Fiscal formula sus preguntas al **acusado**, y este refiere lo siguiente: que después del evento deportivo, el no recuerda cómo llegó a su casa, y que en horas de la madrugada llegó la agraviada, su esposo, su madre y el teniente gobernador, agrediéndole física y psicológicamente. Declara no recordar el cómo estaba vestida la agraviada ya que estaba totalmente ebrio. El Actor Civil pregunta al acusado y esta contesta de la siguiente manera: aclara que cuando se refiere a altas horas de la noche, se refiere a más de las 08:00 p.m., que no recuerda el cómo llegó a su casa, y que las lesiones que presenta es porque cuando estaba jugando se arrastró y otras lesiones porque la madre de la agraviada lo golpeo. A las preguntas de la Defensa Técnica, el acusado refiere que el empezó a libar cerveza desde las 03:00 p.m. y que la agraviada no se apareció. Cuando el Juez realizó preguntas aclaratorias, el acusado respondió que si conoce la casa de la

agraviada y también conoce a su esposo pero que no habían compartido bebidas alcohólicas antes.

Preguntas a la **agraviada** por parte del Ministerio Público, donde ella relata los hechos, pero agrega que el acusado llegó con una amiga a la cantina en la que se encontraba con su esposo a la espera de movilidad para llegar a su vivienda, y luego de tomar unos vasos el acusado con su amiga se retiró, lo volvieron a ver en el carro durmiendo. Al preguntar al Actor Civil, ella manifiesta que cuando supuestamente el acusado estaba encima de ella besándola al prender la luz solo vio su espalda. La Defensa Técnica, formuló sus preguntas a los cuales la agraviada respondió que no recuerda cuanta cantidad de licor ha tomado en el colegio, pero que en la cantina fueron dos cajas de cerveza, además señala que el hermano del acusado le ha entregado S/.1,500.00 soles (mil quinientos con 00/100 soles).

El Fiscal procede a formular preguntas al **testigo José Prudencio Montañez**, quien manifiesta que el día de los hechos él se encontraba realizando taxi colectivo, y como sabía que su hermano y su cuñada estaban tomando los espero para llevarlos, y que el acusado le pidió que también lo lleve a él, que todos bajaron en el mismo lugar y que el acusado viajaba medio despierto y su hermano dormido, refiere también que el acusado le pidió que le llevara a su casa pero le dijo que solo había recogido a su hermano. A las preguntas de la Defensa Técnica, el testigo indicó que la agraviada es su cuñada, y que solo traslado al acusado como a su hermano y a la agraviada, pero que desconoce de los demás hechos suscitados.



El Fiscal pregunta al **testigo Jaime Manuel Flores Dolores**, quien relata se encontraba bebiendo con la agraviada y su esposo y que luego se fueron a sus casas en diferentes movilidades. A las preguntas de la Defensa Técnica, el testigo describe al acusado, y que el solo lo vio parado en la puerta de la casa de la agraviada.

El Fiscal procederá formular sus preguntas al **testigo Carlos Emilio Milla Flores**, quien tiene el cargo de Teniente Gobernador del lugar, manifestó que a las 02:20 horas de la madrugada, llegaron a su casa la agraviada, su mamá y el señor Plácido a denunciar al acusado, así que se dirigieron a la casa del acusado y luego a la de la agraviada para constatar los hechos. La Defensa Técnica pregunto al testigo, y este respondió que la agraviada se encontraba con aliento alcohólico y que el esposo de la agraviada quería agredir al acusado, y que por motivo de la hora no se levantó el acta.

El Fiscal procederá formular sus preguntas al **testigo Prudencio Montañez Placido Fausto**, quien indica que el acusado le rogó que le deje quedarse en su casa y que en la mañana se retiraría, el aceptó y le facilitó una frazada para que tienda y dos para que se cubra, y luego entro a su habitación juntamente con su esposa y no recuerda más, y admite conocer al acusado desde los 15 años ya que son paisanos. Cuando pregunta la Defensa Técnica, el testigo señala que es el esposo de la agraviada y solo recuerda el haberle dado una frazada al acusado, y niega haber firmado algún documento el día 30 de agosto. El Juez pregunta, y el testigo contesta conocer al hermano del acusado y hace referencia sobre la suma

de dinero que se le entrego, acota que no estuvo presente en el examen de la agraviada.

De la **declaración ampliatoria de la agraviada**, el Juez pregunta, a lo cual la agraviada contesta que en su cuerpo solo quedaron los chupeteos y un moretón en parte de su pierna.

Se suspende la audiencia a solicitud del Fiscal.

#### **4.3. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Inmediato (25 de abril de 2016)**

A hora 03:00 p.m. en la Provincia de Huaylas Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, **ACREDITÁNDOSE** las partes, así como el Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del Acusado y el acusado.

Previamente el Juez solicita al especialista si existe escrito pendiente y respecto de las coordinaciones para la audiencia por video conferencia ordenada en autos, informando el especialista que no existe escrito pendiente y que se efectuó las coordinaciones con la sala de Audiencias del Módulo Penal de Chota a efectos de dar inicio a la audiencia vía video conferencia con el perito Jorge Daniel Hernández Campos, respecto a la perito químico farmacéutico se ha oficiado a la ciudad de Lima, sin embargo no ha regresado la constancia de notificación, y la perito psicóloga se encuentra debidamente notificada.

#### **Examen al perito Jorge Daniel Hernández Campos:**

El juez solicita al perito informe brevemente el contenido del Certificado Médico N.º 1197-EIS, realizado a la agraviada, quien procede a detallar la data del certificado, las lesiones que sufrió la agraviada, las equimosis encontradas en el cuerpo de la agraviada, los días de incapacidad médico legal y las conclusiones arribadas. Sobre las preguntas efectuadas por el representante del Ministerio Público, la Defensa del Actor Civil y la Defensa Técnica del Acusado, quedaron registrados en audio.

Dando el juez por concluido el examen al Perito en mención y suspendiendo la audiencia para nueva fecha.

#### **4.4. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Oral (02 de mayo de 2016).**

A hora 03:00 p.m. en la Provincia de Huaylas -Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, acreditándose las partes, así como el Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del Acusado y el acusado.

#### **Examen al perito Iris Tamariz Bejar:**

El juez solicita al perito informe brevemente el contenido del Informe Psicológico N.º 1240, realizado a la agraviada, quien procede a detallar el contenido del informe, cuya observación advierte entre otros que se trata de una

persona tendiente a la introversión, con inseguridad, denota angustia, por otro lado, tiene sentimiento de enojo e impotencia por lo sucedido, concluyendo que presenta indicadores de afectación emocional de evento tipo traumático. Sobre las preguntas efectuadas por el representante del Ministerio Público, la Defensa del Actor Civil y la Defensa Técnica del Acusado, quedaron registrados en audio.

El juez solicita al perito informe brevemente sobre el contenido del Informe Psicológico realizado al acusado, quien procede a detallar la data del informe, refiriendo que el acusado se presentó nervioso emocionalmente, inestable, arrogancia, muestra irritabilidad, adopta conductas cínicas, exclusividad y tensión con sus vivencias psicosexuales, tiende a culpar a los demás con sus desaciertos, concluyendo que presenta rasgos de conducta narcisista paranoia y personalidad impulsiva. Sobre las preguntas efectuadas por el representante del Ministerio Público, la Defensa del Actor Civil y la Defensa Técnica del Acusado, quedaron registrados en audio.

Dando el juez por concluido el examen al Perito en mención.

Acto seguido, el Fiscal hace referencia que no ha sido posible contactarse con el perito Martha Ruiz Cabana, quien efectuó el dosaje etílico, y que al no ser medio probatorio transcendental solicita se prescinda de ese medio probatorio, a lo que la Defensa Técnica del acusado refiere que no se puede prescindir de ese medio probatorio ya que es fundamental a efectos que determine que tanto el acusado y la agraviada estaban en estado de ebriedad. A lo que el Fiscal señala que, nadie está negando que el acusado y la agraviada estuvieron en estado de ebriedad, y que precisamente existe el dosaje etílico practicado a ambas partes, y que no se

puede ubicar al perito y que en todo caso la parte de la Defensa del acusado sea quien lleve la notificación a la ciudad de Lima. Insistiendo la Defensa Técnica del acusado que si es necesario la actuación del medio probatorio.

Por consiguiente, se emite la siguiente Resolución N.º 06, de fecha 02 de mayo de 2015, en el cual se Resuelve prescindir de la actuación del perito Martha Ruiz Cabana. El juez pregunta a las partes si están conformes con lo resuelto, a lo que tanto el Fiscal como El Actor Civil están de acuerdo, pero la Defensa Técnica refiere no estar conforme con la resolución, por lo que presenta el recurso de reposición y procede a fundamentar y detallar su pedido.

El Fiscal nuevamente refiere que intento comunicarse con el perito, prueba de ello son las llamadas telefónicas realizadas al centro laboral del perito no pudiendo ubicarla.

Por tales consideraciones, se emitió la Resolución N.º 07, el cual resuelve declarar **FUNDADA** el recurso de reposición formulada por la defensa técnica, en consecuencia, se **DISPONE** la actuación del examen del perito Martha Ruiz Cabana, en tal sentido se **SUSPENDE** la audiencia para una fecha siguiente.

#### **4.5. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Inmediato (11 de mayo de 2016)**

A hora 11:30 p.m. en la Provincia de Huaylas -Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, acreditándose las partes, así como el

Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del acusado y el acusado.

El Juez dispone la continuación del juicio oral, el especialista informa que se cursó oficio a la SERNOR ZONA 2 a efectos de que la perito Cabana Ruiz Martha sea notificada, pero al no ser ubicada el fiscal solicita que se prescinda de su examen y se dé lectura del documento, para lo cual la Defensa Técnica, refiere que es importante la actuación del perito.

Por tales consideraciones, se emitió la Resolución N.º 08, el cual **RESUELVE PRESCINDIR DE LA ACTUACIÓN DE LA PERITO MARTHA RUIZ CABANA.**

Se continuó con la actuación de las pruebas documentales, y se expuso los Alegatos Finales tanto del Ministerio Público, el Actor Civil, la Defensa Técnica del Acusado, la Agraviada y la Autodefensa del acusado.

#### **4.6. Índice de Registro de Audiencia de Continuación de Juicio Inmediato (13 de mayo de 2016)**

A hora 03:30 p.m. en la Provincia de Huaylas -Caraz, en la sala de audiencias del Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, dirigido por el Juez el doctor Oscar Antonio Almendrades López y su especialista, acreditándose las partes, así como el Ministerio Público, defensa del Actor Civil, la agraviada, el abogado del acusado y el acusado.

Se emite la Resolución N.º 09

## 5. SENTENCIA

Mediante Resolución número nueve, de fecha 13 de mayo de 2016, se **DECIDIÓ FALLAR CONDENANDO a Jhonny Edwin Lomonte Chiquian** por el delito contra la libertad sexual – Actos contra el pudor, en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. a 03 años y ocho meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años sujeto al cumplimiento de las siguientes Reglas de Conducta:

- a) No ausentarse ni cambiar el lugar de su residencia sin autorización del Juez de ejecución de sentencia.
- b) Concurrir cada treinta días de forma personal y obligatoria ante el Juzgado de ejecución de sentencia para suscribir el libro de control correspondiente.
- c) Respetar a la agraviada.

Todo bajo apercibimiento de aplicarse en el artículo 59° del Código Penal, en caso de incumplimiento.

Y se **FIJO** la Reparación Civil, en un monto de S/. 2.000.00 soles (dos mil con 00/100 soles) que el sentenciado deberá abonar a la agraviada.

Se **DISPUSO** el tratamiento terapéutico y la exoneración de las costas y costos.

## 6. RECURSO DE APELACIÓN

Se formuló el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2016, notificado el 18 de mayo de 2016, recaído en la resolución N.º 09, en base a los siguientes fundamentos de hecho:

- a) Que el Ministerio Público se basó en declaraciones de la agraviada y testimoniales que manifestaron cierto interés en sus declaraciones tales como son el esposo y el cuñado de la agraviada.
- b) El Ministerio Público realizó sus alegatos de clausura sosteniendo únicamente respecto del delito de actos contra el pudor, desechando la alternatividad de la acusación, por lo que, al no existir acusación respecto al otro delito, el análisis de los hechos, la valoración de la prueba y pronunciamiento se realizó solo de la acusación subsistente.
- c) Que, en la sentencia se describe como prueba de cargo el dicho de la agraviada quien narra los hechos de forma incongruente sobre el tiempo y lugar, es más, la agraviada estuvo con efectos de alcohol en la sangre al momento de los hechos, esto corroborado con el dosaje etílico que arroja 0.12 g/l de alcohol en la sangre, por lo cual la disminución de las inhibiciones, dificultades en la pronunciación, así como deterioro motriz, confusión, por ello era necesario la presencia del perito toxicológico.
- d) Del Certificado Médico Legal de la agraviada, el cual determino que presentaba lesiones extra genitales, ocasionadas por agente contuso; esta prueba se debe al estado de ingesta de alcohol de la agraviada.



- e) De la Constatación Policial, la cual se realizó dos meses después de ocurrido el hecho, prueba que el Órgano Jurisdiccional considero válida para arribar a la decisión de la sentencia, siendo esta prueba considerada por extemporánea por realizarse dos meses después, además en la Constatación Policial no se ha llegado a establecer que distancia existe entre la sala y el dormitorio, así como si el dormitorio de la agraviada contaba con puerta y llave de seguridad, sin dejar constancia de nada de lo mencionado, siendo información indispensable para la comisión del delito imputado.
- f) Así mismo el Juez da como válida las fotografías donde de igual manera no se ha podido determinar la distancia entre la sala y el dormitorio y si el dormitorio de la agraviada contaba con puerta y llave.
- g) Con respecto a la pericia psicológica que se le realizó a la agraviada, que cabe señalar solo fue un solo examen con el cual dan por determinado el supuesto daño que sufrió la agraviada, y doy de conocimiento que, con la nueva normativa de Violencia Familiar, para llegar a determinar el daño a la víctima se requiere de nueva evaluación luego de seis meses y así determinar si ha sufrido daño psicológico, lo cual no sucede en este caso.
- h) Señala también que no se ha llegado a establecer si el acusado lleo a ingresar al domicilio de la agraviada, más que con los dichos de la agraviada quien narra los hecho de forma incongruente, además quien indicó las características de la vestimenta del acusado y esta versión tampoco ha sido corroborado pues no existe fotografía de lo vertido, también se determinó que la agraviada estaba menstruando y no se estableció si su cama o el colchón se encontraban manchados, pues supuestamente el acusado le había sacado la ropa de la parte inferior.

- i) Que, el juzgador ha inobservado las reglas que instituyen el nuevo modelo procesal penal, como es la regla de aportación de los medios probatorios, sin embargo, se dispuso prescindir del perito que emitió el examen pericial toxicológico, que prueba el estado de ebriedad tanto de la agraviada como del acusado. Siendo esencial la presencia del perito pues este podría haber determinado si la declaración de la agraviada podría ser un elemento decisorio por el estado en el que se encontraba.
- j) Sobre la pena impuesta, que el Juez ha ido más allá de lo solicitado por el Ministerio Público, teniendo en cuenta que el acusado tiene circunstancias de atenuación, como el no contar antecedentes penales, y así incurriendo el Juez en una interpretación errónea de la norma, perjudicando así al acusado y contraviniendo el artículo 139°, inciso 11 de la Constitución Política del Estado, que establece “la aplicación de la Ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre Leyes”, pues con ellos señores Jueces se está infringiendo el principio de la motivación de una resolución judicial.
- k) Que, en el caso de autos, según la sentencia condenatoria se arribó a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaria, no medio confesión o una declaración de un delator que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas en contra de la agraviada por parte del acusado.
- l) Además, no se ha motivado fácticamente la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia que exige especial esfuerzo recapitulador y síntesis del material probatorio. No se ha razonado en el proceso sobre la presunción de inocencia del juzgador acerca de la culpabilidad del acusado, menos se ha plasmado su razonamiento en la sentencia.

- m) Entre la motivación fáctica y la presunción de inocencia, esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad.
- n) Y sobre la REPARACIÓN CIVIL, el Actor Civil, no ha probado con prueba coherente y palmaria en que la agraviada haya sufrido daño moral o psicológico, el señor Juez solo se ha limitado a mencionar los artículos 93° y 101° del C.P., menos ha señalado cuales son los parámetros que ha tenido como base para imponer la reparación civil de S/. 2,000.00 soles (dos mil con 00/100 soles), lo que tampoco ha sido motivado en este extremo de la reparación civil.

Por los fundamentos expuestos, este Recurso pretende la REVOCACIÓN de la sentencia expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Caraz, y se declare al acusado Jhonny Edwin Lomonte Chiquian inocente de los cargos que se le imputan.

#### **6.1. Auto que concede el Recurso de Apelación:**

Mediante la Resolución N.º 10, el cual RESUELVE conceder el Recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución N.º 09.

#### **6.2. Inicio de Audiencia de Apelación de Sentencia Condenatoria:**

Siendo el día 07 de setiembre de 2016, a hora 10:51 a.m. en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash, con la intervención de los Señores Jueces Superiores Máximo Francisco Maguiña Castro, Silvia Violeta Sánchez Egusquiza y Fernando Javier Espinoza Jacinto, se acreditaron las partes como

son el Ministerio Público, defensa técnica de la parte agraviada y parte técnica del sentenciado.

El especialista de audiencia procede a dar cuenta de la resolución apelada, así como el recurso de apelación, el abogado defensor del sentenciado procede a fundamentar oralmente su recurso de apelación y la señorita fiscal superior realiza sus alegatos, además el colegiado realiza preguntas aclaratorias.

### **6.3. Acta de Audiencia de Lectura de Sentencia de Vista:**

Siendo el día 21 de setiembre de 2016, a hora 10:51 a.m. en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Áncash, con la intervención de los Señores Jueces Superiores Máximo Francisco Maguiña Castro, Silvia Violeta Sánchez Egusquiza y Fernando Javier Espinoza Jacinto, se acreditaron las partes como son el Ministerio Público, defensa técnica de la parte agraviada y parte técnica del sentenciado. El especialista de Audiencia procede a dar lectura a la sentencia de vista.

## **7. SENTENCIA DE VISTA**

En audiencia pública, se emite la Resolución N.º 18, de fecha 21 de setiembre de 2016, se tomó la siguiente:

### **DECISIÓN**

Por los fundamentos de hecho y derecho, expuestos los Jueces Superiores que integran la Sala Penal de Apelaciones, **POR UNANIMIDAD:**

Declararon **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado contra la sentencia materia de grado, y **REVOCARON** la resolución N.º 09, que resolvió condenar a Jhonny Edwin Lomonte Chiquian como autor del delito Contra la Libertad Sexual en su modalidad de Actos Contra el Pudor en agravio de la persona de iniciales H.Y.R.L. a tres años con ocho meses de pena privativa suspendida, **REFORMANDOLA** se resuelve **ABSOLVER** al sentenciado, y **DISPUSIERON** devolver los actuados al juzgado de origen.

## II. MARCO TEORICO

### 1. PARTE SUSTANCIAL

#### 1.1. EL DELITO

##### 1.1.1. Concepto de Delito:

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

El acto, para ser ilícito debía ser contrario a la Ley de la naturaleza<sup>1</sup> antes que a la ley positiva<sup>2</sup>. Sin embargo, el delito debería violar una norma prohibitiva, la cual debe conformarse con la Ley de la naturaleza. De esta manera, ya se advierte una concepción de un acto opuesto al precepto y a la sustancia.

Existen dos conceptos para definir el delito:

- a) **Concepto Formal del Delito:** Se entiende como toda conducta humana prohibida por la norma jurídico penal.

---

<sup>1</sup> Derecho Natural.

<sup>2</sup> Derecho Positivo.

**b) Concepto Material del Delito:** Consiste en que el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable.

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

Es frecuente que, en la doctrina penal, se defina al delito como una comisión u omisión, típica, antijurídica y culpable<sup>3</sup>. A partir de esta definición se distingue tres elementos diferentes ordenadas de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior (Bustos, 2004).

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

Las características del delito son: a) tiene que ser una acción (comisión u omisión); b) esta acción tiene que ser dolosa o culposa; y c) dicha conducta debe ser penada por la ley penal.<sup>4</sup> Cabe precisar que “la pena”

---

<sup>3</sup> Se entiende como un concepto material.

<sup>4</sup> Establecido en el código penal (principio de legalidad).

no es un elemento del delito, sino es consecuencia de los presupuestos a) y b).

Nuestro modesto juicio, podemos decir: “el delito es una conducta humana grave, que afecta o hace peligrar bienes de trascendencia social que el estado protege. Esta acción debe realizarse mediante una comisión u omisión, dolosa o culposa, estar previamente descrita en la Ley penal, contrario al orden jurídico, sin justificación alguna y censurable al agente. Es decir, es un injusto penal reprochable”.

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

### 1.1.2. Categorías del Delito:

El delito se estructura por una trilogía de categorías: Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad. Solo estas, son consideradas categorías, puesto que la acción se estudia como un elemento central en cada una de las categorías (acción típica, acción antijurídica y acción<sup>5</sup> culpable).

a) **Tipicidad:** Consiste en adecuar la acción concreta al tipo penal abstracto. El hecho punible tiene que corresponder a un tipo

---

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



establecido en el Derecho positivo, pues no hay delito sin un tipo penal. Dentro de su estructura, podemos observar los siguientes elementos:

- **Tipicidad objetiva**, encontrando al bien jurídico, acción, sujetos, nexo causal, imputación objetiva y elementos tanto descriptivos como normativos.
- **Tipicidad subjetiva**, encontramos al dolo, culpa, y otros elementos subjetivos.
- **Error de tipo**, invencible (error de tipo).
- **Imputación objetiva**, es crear un riesgo no permitido o aumentar un riesgo permitido, y como consecuencia ocasionar un resultado, que está dentro de protección de la norma.
- **Acción**, Constituye la piedra angular del delito, mediante comisión u omisión.
- **Ausencia de la acción**, es la fuerza física, movimientos reflejos y estado de inconciencia.

**b) Antijuricidad:** Que significa al ordenamiento jurídico. Es el juicio negativo de valor que recae sobre la acción. Clases:

- **Formal:** Contradicción entre el comportamiento y el orden jurídico.
- **Material:** Cuando el comportamiento lesiona o pone en peligro el bien jurídico.

c) **Culpabilidad:** Entendido lo que es reprochable al sujeto agente. Es así, el reproche que se le hace al autor por el hecho cometido. Dentro de su estructura encontramos a:

- **Elementos inculpantes:** Vienen a ser la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad.
- **Error de Prohibición:** encontramos al aspecto negativo denominado invencible, y al aspecto negativo o las causas exculpantes, también al estado de necesidad y al miedo insuperable.

### 1.1.3. Fases del Desarrollo del Delito:

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

a) **Interna:** se encuentra dentro del pensamiento del sujeto agente (irrelevante penalmente). esta fase, pasa por tres momentos.

- **Ideación:** Imaginación voluntaria que se presenta en el pensamiento (es un simple querer): Esta fase de ideación así se haga público el querer realizar el delito, no es punible (el pensamiento no delinque).<sup>6</sup>
- **Deliberación:** Es la elaboración y el desarrollo de un determinado plan (meditar cual sería la forma más efectiva de la realización del acto).

---

<sup>6</sup> Aforismo de Ulpiano: "*cogitationis poeman nemo putitur*".

- **Resolución:** Es tomar una decisión (resolver por el medio más adecuado para ejecutar el plan).
- b) **Externa:** Consiste en exteriorizar la fase interna y poner en práctica físicamente el plan decidido. En esta fase se dan las siguientes acciones:
  - **Actos de preparación:** Es el inicio de la fase externa que el sujeto agente tiene que realizar antes de ejecutar del delito, se prepara reuniendo los materiales que utilizará para ejecutar el plan delictivo (son irrelevantes penalmente).<sup>7</sup>

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

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

---

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

- **Inicio de la ejecución del delito:** Se empieza materialmente con la acción típica<sup>8</sup>, cuya finalidad es consumir (grado de desarrollo, en la cual se pone en peligro el bien jurídico). Desde ese momento conlleva a la sanción penal<sup>9</sup>. Cabe precisar si la ejecución no se culmina, estaremos frente a una Tentativa Inacabada y se si culmina la ejecución, pero no se llega a consumir, estaremos frente a una Tentativa Acabada (o delito frustrado).
- **Consumación:** Es el último momento del delito (cierre del ciclo), al haberse cumplido o completado “formalmente” con todos los elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exige.

La “acción típica” en los delitos simple actividad, el hecho queda consumado con la conducta (sin necesidad del resultado). Por ejemplo: en un tipo penal de “hurto” (que es un delito de resultado) el hecho típico se consuma cuando se cumple con todos los elementos descriptivos del tipo, estos son: la sustracción y el apoderamiento del bien (así no se haya conseguido el provecho). En tanto, en el tipo penal de “Conducción en estado de ebriedad” (que es un delito de mera

---

<sup>8</sup> En los delitos de resultado: es la conducta, nexa causal y resultado. En los delitos de mera actividad es suficiente la conducta.

<sup>9</sup> En delitos de resultados, e admite la tentativa, en cambio en delitos de simple actividad no.

actividad), el hecho típico se consuma con la simple conducta de estar conduciendo ebrio (sin necesidad que se atropelle a un transeúnte), es por ello que no se admite la tentativa (en este último delito).

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

## 1.2. TEORÍA DEL DELITO

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

### 1.2.1. Tipicidad y Atipicidad:

Para que un hecho sea considerado delito, este debe estar establecido en la ley penal – principio de legalidad<sup>10</sup>. El esfuerzo de adecuación es la conducta humana al tipo penal, supone el examen de los elementos del

---

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

tipo objetivo y subjetivo, tal como lo describe cada artículo del Código Penal.

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

#### **1.2.2. Concurso real de delitos:**

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

#### **1.2.3. Concurso ideal de delitos:**

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

#### **1.2.4. Acción típica:**

En este punto se comprobará la acción externa que tuvo el sujeto activo. Cabe indicar que la comprobación de la acción típica deberá ceñirse de acuerdo al tipo, si fuese de resultado, se deberá analizar el acto de ejecución, el nexo causal y el resultado, si fuese de mera actividad, bastará

con analizar el acto de ejecución. De otro lado, se tendrá en cuenta que la acción típica puede ser realizada mediante una comisión u omisión<sup>11</sup>.

En relación con el concepto de omisión se seguirá la clasificación siguiente:

- **Omisión propia:** Es cuando el propio texto Legal establece que el comportamiento se tiene que realizar por un dejar de hacer o el que omite<sup>12</sup>.
- **Omisión impropia:** Cuando del texto legal se puede deducir partiendo del tipo de comisión, que del comportamiento admite la omisión<sup>13</sup>.

#### 1.2.5. Ausencia de acción:

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

#### 1.2.6. Sujetos:

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

- **Sujeto Activo:** Aquel que ha realizado la acción típica<sup>14</sup>.

---

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

12 La omisión propia, sólo se puede realizar mediante una conducta dolosa (no admite la forma culposa) porque no existe en nuestro código penal.

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

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

- **Sujeto Pasivo:** Titular del bien jurídico protegido en cada precepto penal. Existe sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito.

### 1.2.7. Bien jurídico:

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

### 1.2.8. Tipicidad subjetiva:

En este rubro se analizará en primer lugar, la exigencia de dolo o culpa<sup>15</sup>.

En principio las penas previstas para los delitos se establecen siempre cuando su comisión es dolosa, y sólo excepcionalmente cuando expresamente esté previsto en el tipo, será castigada de forma culposa<sup>16</sup>.

Además, se podrá verificar los otros elementos objetivos del tipo.

➤ **Dolo:** Con respecto a este elemento, será necesario advertir las diferentes clases que en la actualidad distingue la doctrina entre directo e indirecto.

- **Dolo directo:** El sujeto agente quiere realizar la acción que se establece en el tipo penal, como único fin.

- **Dolo de consecuencias necesarias:** También conocido como dolo directo de segundo grado. El sujeto persiguiendo un concreto fin con su comportamiento, actúa sin importarle las consecuencias que vayan unidas a él y las acepta.

---

<sup>15</sup> Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 12° del C.P.

<sup>16</sup> Sistema *numerus clausus*.



- **Dolo eventual:** Marca el límite entre el dolo y la culpa. El resultado, como probable y aunque no lo quiere a pesar del conocimiento de la probabilidad de que se produzca sigue actuando.
- **Culpa:** El sujeto agente, nunca quiere que se produzca el resultado, pero actúa imprudentemente al crear un riesgo<sup>17</sup>. Este elemento distingue Dos clases.
  - **Culpa consciente:** El sujeto, sí bien no quiere causar la lesión, advierte la posibilidad de que ésta se produzca, confiando, no obstante, en que este no llegará a tener lugar.
  - **Culpa inconsciente o sin representación:** Se da cuando el sujeto no quiere el resultado lesivo, no prevé su punibilidad, pero por su imprudencia produce el resultado.

### 1.2.9. Ausencia de dolo error de tipo:

Se verificará en este rubro si existe ausencia de dolo, la Ley penal sustantiva reconoce el “Error de Tipo”. Habrá ausencia de dolo<sup>18</sup>, la Ley penal sustantiva<sup>19</sup> reconoce el “Error de Tipo”. Habrá ausencia de “dolo”, cuando exista un “error”<sup>20</sup> de algún elemento que se describe en la Ley

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

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

<sup>19</sup> Art. 14 C.P.

<sup>20</sup> El error de Tipo se ubica en la categoría de tipicidad.

penal. Falsa valoración o representación que el sujeto agente, hace de los hechos. Existen dos clases de error de tipo:

- **Invencible (negativo)**<sup>21</sup>: Lo que es inevitable, excluye la tipicidad o la agravación<sup>22</sup>.
- **Vencible (positivo)**: Lo que es inevitable, la infracción será castigada como culposa cuando se hallaré prevista como tal en la Ley.

### 1.3. TENTATIVA

La tentativa se presenta cuando el sujeto agente empieza con los actos de ejecución (acción típica), pero no llega a consumarlo, ya sea por causas voluntarias o ajenas a él. La ley penal precisa: “en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer sin consumarlo (...)” (artículo 16° del C.P.).

Los actos anteriores a la ejecución de la acción típica (actos preparatorios) son impunes. Fundamentalmente el grado de “tentativa”, en los delitos de “resultado” deseado, pese a que puedan existir actos de ejecución de la acción típica (conducta sin resultado), en tanto en los delitos de mera actividad se consuma con la simple conducta (no se requiere de un nexo causal ni de un resultado), de allí se dice que estos delitos son tentados; es decir, en todo delito de resultado –

---

<sup>21</sup> Cabe indicar que, cuando ya se hubiera desarrollado las demás fases recién se ubica que existe un error de tipo invencible, es oportuno suspender el desarrollo del plan metodológico, puesto que el hecho planteado deviene en anticipo, por tanto, no debería iniciarse con el desarrollo de las etapas del método jurídico penal, es decir ni siquiera con el tipo penal pero aun los demás elementos.

<sup>22</sup> En el Código Penal, Art.14, se precisa que el error de tipo invencible excluye la responsabilidad, lo cual no es correcto, porque en realidad lo que excluye no es la responsabilidad penal, sino es la “tipicidad”.

siempre se admite la tentativa, en cambio en los delitos de mera actividad simple acto no se admite la tentativa, porque no puede haber tentativa sobre otra tentativa.

### 1.3.1. Elementos de la Tentativa:

En la tentativa el delito no llega a consumarse, sin embargo, la conducta ha generado un peligro al bien jurídico penal, por tanto, es necesario reprimirlo; teniendo en cuenta los siguientes elementos:

- a) **Elemento subjetivo:** El sujeto agente, deberá actuar con “resolución criminal”, es decir, deberá, haber decidido cometer algún delito, con evidente conocimiento y voluntad. De allí se deduce que en los tipos culposos no existe la tentativa.
- b) **Elemento objetivo:** El sujeto agente, deberá iniciarlos actos de ejecución, distingue los actos preparatorios, de los elementos objetivos del tipo con la finalidad de llegar a consumarlo, poniendo de esta manera en peligro al bien jurídico penal protegido.
- c) **No realización de la consumación:** En el aspecto negativo del delito, el acto de ejecución no debe llegar a consumarse, ya sea porque el agente se desiste o por intervención de causas ajenas
- d) **Idoneidad de la acción:** La ejecución de un acto debe recaer en un bien jurídico penal, capaz de ser lesionado, pasa así consumarse la ejecución típica; caso contrario estaríamos frente a una tentativa inidónea. El acto de ejecución, en la tentativa, debe ser posible en el resultado de la acción penal.

### 1.3.2. Clases de Tentativa:

- a) **Tentativa Inacabada:** El autor inicia con sus actos de ejecución de un tipo penal que decidió cometer, pero no puede culminar los otros actos necesarios para la consumación de su acción típica. Se interrumpe por un factor extraño a él o por “desistimiento voluntario”<sup>23</sup>. La tentativa es punible, pero se atenúa la culpabilidad y la pena (artículos 16° y 21° del C.P.).
- b) **Tentativa acabada:** En este grado de desarrollo el agente ha ejecutado todos los actos necesarios para que se produzca el delito deseado; sin embargo, no llega a consumarse por factores extraños a él, o por un “arrepentimiento activo” del propio agente<sup>24</sup>. También es punible, atenuándose la culpabilidad y la pena en menor escala que en la tentativa inacabada (artículos 16° y 21° del C.P.).

### 1.3.3. Desistimiento y Arrepentimiento en la Tentativa

En el abandono voluntario por parte del sujeto agente (no es punible). El desistimiento se presenta en la tentativa inacabada y el arrepentimiento en la tentativa acabada.

- a) **El desistimiento Voluntario en la Tentativa Inacabada:** se dan dos presupuestos:

---

<sup>23</sup> A la tentativa inacabada se le denomina también, tentativa propia, tentativa pura o simplemente tentativa.

<sup>24</sup> A la tentativa acabada se le denomina también: “delito frustrado”, tentativa perfecta, tentativa agotada o delito fallido.

- **Subjetivo:** El sujeto agente debe decidir voluntariamente en no proseguir con la ejecución del delito, que quiso cometer.
  - **Objetivo:** Debe renunciar o desistir de su comportamiento que pudo haber ocasionado el delito. No es punible, si se presentan estos presupuestos. (artículo 18° C.P.).<sup>25</sup>
- b) El arrepentimiento activo en la tentativa acabada: consiste en un arrepentimiento activo del propio autor, luego que este ejecuta sus actos, es decir, el mismo impide que se produzca el resultado de la acción típica que quiso. No es punible, salvo los actos practicados constituyen por si otros delitos (artículo 18° C.P.).

#### 1.3.4. Tentativa Idónea

Código Penal en su artículo 17° establece: “No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.

Se presenta cuando, se utilizan medios<sup>26</sup> inapropiados para poder conseguir un supuesto resultado de un delito, o cuando el objeto<sup>27</sup> que soporta el acto realizado por el agente, jamás podrá sufrir el resultado que se pretende del delito. El sujeto agente cree de modo erróneo, la existencia de algún elemento objetivo del tipo. La creencia que la conducta es típica,

---

<sup>25</sup> Código Penal, Art. 18° “Si el agente (...) impide que se produzca el resultado, será reprimido será penado solo cuando los actos practicados constituyen por si otros delitos”.

<sup>26</sup> Es inidóneo el medio cuando el instrumento del que se vale el sujeto no constituye peligro efectivo para la realización del delito deseado. Por ejemplo: se quiere matar con una pistola de fogeo.

<sup>27</sup> Es inidóneo el objeto cuando no reúne las condiciones objetivas naturales y jurídicas de vulneración. Por ejemplo: se dispara contra un cadáver queriendo matarlo.

pero es atípica, excluye desde el principio el dolo. Se trata de una inversión lógica en el conocimiento de los supuestos elementos del tipo objetivo.

En este caso, el agente tiene la voluntad criminal, pero sus actos son equivocados y no surten su eficacia, no podrá comprometer ningún peligro, menos una lesión, porque lo realizado por el agente hace imposible su consumación de una acción supuestamente típica.

## 1.4. VIOLACIÓN SEXUAL

### 1.4.1. Bien Jurídico Tutelado:

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

Inspirado en las ideas precedentes, el legislador del Código Penal vigente recogió la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Con ello, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la Libertad, es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad

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

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

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

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

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

#### **1.4.2. Tipicidad Objetiva:**

- a) **Sujeto Pasivo:** El cambio de paradigma en torno a estos delitos no podía limitar como sujeto pasivo a la mujer, sino también, pero en base al principio de igualdad que caracteriza a un estado democrático de derecho. La Ley hace referencia a la persona, qué significa qué tanto el hombre como la mujer pueden ser víctimas de este delito.



Debe tratarse de persona viva, lo contrario delinearía el delito de ultraje de cadáver.

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

La mujer, por el hecho de ejercer una actividad socialmente reprobada no se transforma en una *res nullius*, desamparada de toda protección penal, ni se justifica que hayan de ser resignadas más de estos atentados, que estén obligadas como esclavas públicas, a entregarse a cualquiera, en Consumo, sesión de dicha actividad no transforma la presunción positiva de consentimiento a toda consecuencia, dicha voluntad puede retractarla aun cuando se haya pactado el precio y habiéndose producido la traslación del dinero. La condición de ser humano nunca la pierde, por ende, ellas están en libertad de decidir cuándo practicar o no una relación de contenido sexual, sea con un cliente o con el proxeneta. En todo caso la persona tiene que ser mayor de 14 años, de no ser así la conducta se

subsumiría en el artículo 173° del código penal, aún con la modificatoria efectuada por la Ley 28704.

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

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

Resulta incompatible con la dignidad humana la fuerza que ejercita el cónyuge para avasallar sexualmente a su pareja. Es cierto que el matrimonio otorga derechos y prerrogativas al cónyuge, pero entre

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

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

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

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

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

#### **1.4.3. Tipicidad Subjetiva:**

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

El dolo, en su dimensión cognitiva, debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentran abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido debes saber que está quebrantando la esfera sexual de una persona mayor de 18 años, mediando violencia física o amenaza grave. Basta, a nuestro entender, el dolo eventual, el conocimiento de una conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretiza en la efectiva causación de un daño en la esfera de intangibilidad de un bien jurídico; (...) dolo que consiste en el genérico propósito y conocimiento de realizar un acto de significado sexual, con capacidad para lesionar el

pudor individual del sujeto con que lo soporta (Montero, 1999). En términos más sencillos, es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción (Donna, 2016). El tipo penal en comento sólo es punible en su variable dolosa, no se admite su realización típica por imprudencia, a lo normado en el artículo 11° del código penal.

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

Ahora bien, la discusión doctrinal se centra en la exigencia de un elemento subjetivo del Injusto ajeno al dolo, es decir, el ánimo libidinoso de la gente de aplacar su lujuria. Al elemento material del delito debe agregarse el propósito lascivo, el elemento subjetivo del desahogo desordenado de la lujuria (Montero, 1999). La acción, decía Mezger (1998), debe basarse en el motivo del placer sexual, de la lascivia, y realizarse con intención libidinosa. Esta característica anímica pertenece al concepto y por eso es un elemento subjetivo del tipo.

#### **1.4.4. Causas de justificación:**

No se admite la concurrencia de ninguna causa de justificación, en cuanto la legítima defensa sólo supone la realización de actos agresivos destinados a conjurar o reducir la violencia desplegada por el agresor,

cuáles inciden en el cuerpo, la vida y la salud. No pueden resultar tampoco intereses jurídicos superiores que legitimen una acción necesaria que vulnere la autodeterminación sexual; así tampoco podrá admitirse como valedero, la actuación típica en el marco de una relación de subordinación laboral - funcional, cuánto a la obediencia debida, pues no procede antes órdenes manifestadamente antijurídicas.

Ahora bien, como alegamos de forma inobjetable, el acceso carnal sexual que comete el marido sobre su consorte mediando violencia, son definitivamente actos constitutivos del tipo penal del artículo 170° y sus derivados, pues no existe un derecho al débito conyugal que pueda ejercer bajo violencia o coacción. Ninguna relación entre los individuos, sea entre marido y mujer (Carmona, 2002), puede realizarse en un marco de constricción, en el cual se anule por completo el elemento consensual que debe estar presente en las relaciones sexuales.

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

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

de la presunción de libertad de individuos libres y responsables, de acuerdo a las regulaciones del orden normativo.

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

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

Por otro lado, los vicios del consentimiento dan lugar a valoraciones distintas; primero, cuando se utilizan una serie de sustancias para colocar en un estado de inconsciencia a la víctima, la tipificación penal se

conduce a los alcances normativos del artículo 171°, más cabe distinguir, ellas bebidas alcohólicas que conjuntamente y voluntariamente liban ambos antes de mantener relaciones sexuales; segundo, si se utilizó algún tipo de ardid, fraude, engaño, etc.; para la obtención del consentimiento de la víctima, la configuración típica sería constitutiva del Injusto de seducción, cuyos reparos legitimantes serán abordados por el punto en cuestión.

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

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



#### 1.4.5. Consumación:

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

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

La tentativa es admisible como forma imperfecta de realización típica, cuya calificación jurídica-penal debe partir de una consideración objetiva- individual de base normativa. Existen formas de imperfecta ejecución, cuando los órganos de la gente y la víctima se tocan, pero sin producirse introducción. Otro caso sería cuando el sujeto activo inicia el contacto con el cuerpo de la víctima, pero no consigue realizar los contactos que pretendía por impedírselo el sujeto pasivo con su resistencia o por la intervención de terceros (Salinas, 2014).

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

a las cavidades descritas en la tipificación penal, para dar por sentada las formas de imperfecta ejecución.

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

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

En todo caso, siguiendo el criterio objetivo-subjetivo en materia de tentativa, es necesario valorar las circunstancias que rodearon la acción del agente a efecto de establecer su intencionalidad de violar o simplemente abusar de la víctima. Se reputa cómo ha consumado carnal frustrado por la desproporción de los órganos sexuales del agente o de la persona.

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

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

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

## 1.5. ACTOS CONTRA EL PUDOR

### 1.5.1. Tipo Penal:

El delito de realizar actos contrarios al pudor utilizando la violencia o amenaza, está tipificado en el artículo 176° del C.P., el mismo que después de la entrada en vigencia de la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004 y, luego, de la Ley N.° 28704, el 2006, literalmente prescribe:

El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170°, con violencia o grave amenaza realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí mismo o sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, la pena privativa de la libertad será no menor de 3 ni mayor de 5 años:

- Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170° incisos 2, 3 y 4.
- Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°.
- Si la víctima tuviera la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiere autoridad sobre la víctima.

### 1.5.2. Tipicidad Objetiva

El delito denominado "actos contrarios al pudor de una persona" se configura cuando el sujeto activo sin tener ver el propósito de practicar el acceso carnal sexual vía vaginal, anal o bucal u otro análogo como introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal, haciendo uso de la violencia o la amenaza grave, realiza sobre su víctima obliga a esta efectuar sobre su víctima u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o

sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. Aquí pudor se entiende como la situación de recato, decencia o decoro del que gozamos todas las personas en sociedad.

Los comportamientos contra en pudor, recato o decoro personas pueden realizarse hasta por tres modalidades. Primero, cuando el agente por medio de la violencia o amenaza realiza tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos, lascivos, lúbricos, eróticos, lujuriosos e impúdicos. La segunda modalidad se configura cuando el agente con la finalidad de sólo observar y, de esta forma, satisfacer su lujuria, obliga a la víctima a realizarse a sí misma tocamientos indebidos o actos libidinosos o eróticos. Se realiza este tipo de delito cuando, por ejemplo, el agente obliga a su víctima a sacarse toda su vestimenta y luego hacer que se toque sus partes íntimas y zonas erógenas.

Finalmente, la tercera modalidad se configura cuando el agente obliga que la víctima realicé o efectúe tocamientos indebidos o actos lujuriosos en el cuerpo de un tercero que se encuentra en la escena del delito.

Estaremos ante esta modalidad delictiva cuando, por ejemplo, el agente, haciendo uso de La amenaza con arma de fuego obliga a su víctima tocar los genitales de un tercero que allí se encuentra. El tercero muy bien puede dejarse realizar voluntariamente los tocamientos, también puede estar obligado a dejarse tocar. En el primer caso, el tercero será participe del delito, mientras que el segundo supuesto, el tercero también será víctima.

Constituye circunstancia importante a tener en cuenta que los tocamientos, manipulaciones o actos libidinosos, eróticos o lascivos realizado sobre el cuerpo de la víctima o, en su caso, los actos y tocamientos que se obliga a la víctima efectuar sobre sí misma contra un tercero, deben tener finalidad diferente a la de practicar el acto sexual o análogo, caso contrario, si se verifica que el autor tenía esta finalidad y por circunstancias extrañas no logró el acceso carnal, estaremos ante el delito de tentativa de violación sexual (artículo 170°), pero de ninguna manera en el delito que ahora nos ocupa.

La intención de la gente de practicar el acto sexual o no, se constituyen punto de quiebre para diferenciar una tentativa de violación sexual con el delito de actos contra el pudor, recato o de esencia de una persona. Se entiende por actos contrarios al pudor, aquellos tocamientos y manipulaciones que realiza el agente o autor sobre el cuerpo de la víctima, así como aquellos tocamientos actos libidinosos que se obliga a efectuar a la víctima sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de un tercero, mente en sus genitales o zonas erógenas con la finalidad de satisfacer su propia lujuria, excitado la libido del sujeto pasivo y sin que el agente haya evidenciado su intención frustrada de practicar el acto sexual o análogo, siendo indiferente la circunstancia de que el autor alcancé o no el orgasmo o la eyaculación (Freyre, 1975).

Bramont & Arias (2001), sostienen que se considera actos contra el pudor todo tocamiento lúbrico somático que ha de recaer sobre el cuerpo del

sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del sujeto activo, ejemplo, palpación, tocamiento, manoseó de las partes genitales.

Estos autores al igual que Villa (1998), antes de la promulgación de la Ley N.º 28251, publicada el 8 de junio del 2004, también enseñaban que los tocamientos contrarios al pudor podrían implicar la penetración digital y además el agente podía valerse de objetos de cierto contenido sexual, es decir, aquellos que reúnan condiciones para, en alguna medida, para un ejercicio de sexualidad, obstante con la modificatoria del contenido de los delitos sexuales, todos los actos constituyen violación sexual en la modalidad de introducción de objetos o partes del cuerpo en la vagina de la mujer,

Como precedente judicial del delito de actos contrarios al pudor de persona menor, podemos citar la ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 1993, donde se afirma:

El encausado no ha llegado a introducir su miembro viril en la vagina de la menor agraviada, si ha realizado tocamientos en sus genitales, motivo por el cual su conducta se encuentra incurso en el artículo 176º del Código Penal vigente. (*Expediente N.º 2553-93, 1993, p. 77*)

En otro caso, la sala penal permanente la ejecutoria Suprema del 27 de octubre del 2004, argumentó lo siguiente:

Tanto la agraviada como el imputado refieren que no hubo penetración y que el segundo de los nombrados en varias oportunidades le hizo

caricias y frotamientos con el pene en su vagina y ano, así como la determinó a que lo masturbara; que esto último, estando al resultado del examen pericial, acredita que el delito perpetrado es de abuso deshonesto actos contra el pudor de menor de edad. (*Recurso de Nulidad N.º 2920-2004*, 2004, p. 6)

Por otro lado, los medios utilizados por el agente para realizar el delito de actos contrarios al poder de una persona lo constituyen la violencia o la amenaza grave. La violencia es entendida como la fuerza física que se proyecta sobre la víctima para vencer su resistencia con la finalidad de hacerle o, en su caso, obligarle a efectuarse sobre sí misma (por ejemplo, pegarle para desnudarse y luego se realiza tocamientos en sus genitales) o sobre un tercero, actos libidinosos.

La amenaza grave es entendida como el anuncio del propósito de causar un daño o mal sobre el sujeto si éste no realiza lo que se le pide. El agente intimida o asusta al sujeto pasivo para que se deje hacer sobre sí mismo o tercero, actos contrarios al pudor.

Estos medios que de modo explícito aparecen en el supuesto de hecho del tipo penal en comentario, necesariamente deben concurrir juntos o por separado para perfeccionarse el delito. Si llega a verificarse que el agente hizo uso de alguno de estos recursos a su víctima, el delito no se configura. En tal sentido, de comprobarse que el sujeto pasivo prestó su consentimiento para los actos impúdicos, la conducta será atípica. El consentimiento se constituye en una causa de atipicidad.



### 1.5.3. Circunstancias agravantes

Las circunstancias que agravan el hecho punible en hermenéutica jurídica aparecen previstas en el segundo párrafo del artículo 176° y en el artículo 177° del C.P. En efecto, la conducta de actos contrarios al pudor de una persona se agrava cuando.

- a) **El agente se haya prevalido de cualquier posición o cargo:** Es esta agravante cuando el agente somete a su víctima, aprovechando la posición de ventaja o superioridad que tiene sobre ella. Así también se configura la agravante cuando el agente aprovechando el cargo que le da particular autoridad sobre la víctima le obliga a realizar actos contrarios al pudor. Esta agravante es de aplicación para que aquellos jefes que, por ejemplo, obligan por medio de la violencia o grave amenaza a sus subordinados a dejarse realizar tocamientos indebidos en sus genitales.

También se perfecciona la agravante cuando el sujeto activo obliga a su víctima a realizar actos contrarios al pudor, aprovechando una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermanos, consanguíneo o por adopciones de aquella. De esta forma, esta agravante es de aplicación a los autores de los actos contra el pudor cuando la víctima, de su madre o padre, hijo o hija consanguínea o adoptiva, nieto o nieta, hermano o hermana, cónyuge, cuñado o cuñada, suegra o suegro.

**b) Agravante por calidad o cualidad especial del agente:** El inicio primero de la segunda parte del artículo 176° prevé también que se agrava el delito cuando el agente obliga a su víctima realizar actos contrarios al pudor, estando aquí en pleno ejercicio de su función pública su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada. La agravante se justifica por el hecho aquellos grupos de personas ejercen función pública consistente en brindar seguridad y protección a los ciudadanos. De modo que si en lugar de ejercer su función encomendada normalmente, haciendo uso de la violencia o amenaza grave, someten a actos contra el pudor a la víctima, aparte de lesionar El bien jurídico " libertad sexual" afectan gravemente la confianza brindada ya sea por parte del estado o de un tercero que los contrato en caso de vigilancia privada.

**c) El autor es portador de enfermedad de transmisión sexual:** Se configura esta circunstancia agravante del delito cuándo el agente conocido que es portador de una enfermedad de transmisión sexual, somete al contexto sexual libidinoso una persona que tiene una edad cronológica mayor de 18 años de edad.

Se trata de una figura de peligro, pues no se exige necesariamente que el contagio se haya producido, sino sólo el peligro que el contagio se produzca. La agravante exige la concurrencia de tres aspectos:

- Que el autor sea portador de una enfermedad de transmisión sexual. Para determinar si estamos ante una enfermedad de la clase que exige el tipo penal, será indispensable el pronunciamiento de los expertos en medicina legal. Sólo ellos tienen la posibilidad de saber científicamente si el agente es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual.
- Que, con motivo de actos contra el pudor haya existido peligro de contagio. El sólo peligro de contagio satisface la exigencia legal de la agravante. De esa forma, es irrelevante penalmente verificar si en la realidad se produjo el contagio. Esta circunstancia sólo servirá al juzgado para graduar la pena al momento de imponerla al responsable.
- Que, el autor al consumar el acto impúdico haya tenido conocimiento de ser portador de la enfermedad. El agente antes de consumar el hecho debe conocer que es portador de una enfermedad grave de transmisión sexual y no obstante tal conocimiento, realiza el acto impúdico.

A contrario sensu, si, por ejemplo, se verifica que al momento en que se produjeron los hechos, el agente desconocía que era portador de la enfermedad de transmisión sexual se excluirá la agravante.

El fundamento de la agravante radica en el hecho que aparte de lesionar la libertad sexual, el agente pone en peligro la salud de la víctima, toda vez que al someterlo al acto contra el pudor firme

posibilidad de contagiarlo o transmitirle una enfermedad de transmisión sexual agrave el prejuicio evidente de su salud.

- c) **Actos cometidos por docentes o auxiliar de educación:** Por la Ley N.º 28704, se ha incorporado en el inciso 3 del artículo 176º del C.P. como agravante del delito de actos contra el pudor de persona mayor, la circunstancia que se produce cuando "el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima".

Esta agravante es innecesaria y reiterativa, toda vez que tal situación y ya se encuentra prevista en el inciso 1 del artículo 176º cuando se remite a la figura agravada del inciso 2 del artículo 170º del C.P., esto es, hay agravante si el agente para "la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima" es decir, como ya hemos alegado, la agravante es de aplicación para que ellos profesores (de universidad, colegio, instituto, escuela, academia, etc.) que luego de intimidar a sus alumnos con jalarlos en el curso o ponerles mala nota en su comportamiento en caso de auxiliares, los someten a actos impúdicos. El fundamento de esta agravante se encuentra en el quebrantamiento de la confianza y en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo oposición, así como en la vulneración de las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor respecto de la víctima.

**d) Actos sobre persona en estado de inconsciencia imposibilidad de**

**resistir:** Se agrava la conducta punible cuando la víctima se encuentra en los supuestos del artículo 171° del CP, es decir, cuando el agente previamente coloca a su víctima en un estado de inconsciencia, que no es otra cosa que la pronunciada incapacidad psicofísica que le impide reaccionar y procurarse alguna forma de defensa para contrarrestar la agresión sexual. La víctima al quedar desprovista de la capacidad de entender o conservando sólo un mínimo grado de la misma, tiene también suprimida o muy menguada su facultad de querer. Ello puede ser producido por ebriedad, el hipnotismo, el uso de narcóticos, afrodisíacos, el sueño, pastillas somníferas en particular, anestesia del ginecólogo que simula un aborto, etc. También se configura la agravante cuando el sujeto activo previamente ha colocado a su víctima en imposibilidad de resistir. Aquí el sujeto pasivo conserva su plena capacidad de percepción, pero las circunstancias materiales del sujeto demuestran que aquél se haya privado de la facultad de querer. Por ejemplo, causar una lesión, atar las manos de la mujer, etc.

**e) Acto sobre persona en incapacidad de resistencia:** Se agravan los actos contra el pudor cuando la víctima se halla en el supuesto del artículo 172° del CP que regula la violación sexual de persona en incapacidad de resistencia. Es decir, se configura la agravante cuando el sujeto activo con pleno sienta que su víctima sufre de un estado permanente o parcial de anomalía psíquica, grave alteración de la

conciencia, retardo mental o se encuentra en incapacidad de resistir, le realiza tocamientos o actos contrarios al pudor.

El especial estado personal de la víctima debe ser anterior al momento en que se efectúan los tocamientos impúdicos, es decir, que no haya sido provocado u ocasionado por el agente. Caso contrario, si éste lo provocó, estaríamos ante el supuesto de la agravante anterior.

- f) **Muerte de la víctima:** La muerte de la víctima o consecuencia de los actos contrarios al pudor se constituye en otra agravante, la misma que aparece tipificada en el artículo 177° del C.P. La agravante se configura, siempre y cuando, el agente haya podido prever el resultado, aquí la muerte debe ser producto de los tocamientos o actos eróticos e impúdicos mismos, pudiendo haberse realizado durante la consumación o materialización de la agresión sexual o como consecuencia inmediata de tal hecho.
- g) **Lesiones graves en la víctima:** También el artículo 177° del CP establece como circunstancia agravante hecho de que, a consecuencia de los actos contrarios al pudor, el agente pudiendo prever el resultado, le haya ocasionado lesiones graves a su víctima. Las lesiones deben ser consecuencia inmediata de los tocamientos de las partes íntimas. Si son producidas después no estaremos frente a la agravante, sino ante la figura de concurso real de delitos: Actos contra el pudor con lesiones graves.

**h) Crueldad sobre la víctima:** El artículo 177° del CP prevé la circunstancia agravante que se configura cuando la gente procede o actúa con crueldad sobre la víctima, sin duda, ellos se desprenderán del modo, forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos.

Se presenta esta agravante cuando el agente realiza los actos contrarios al pudor haciendo sufrir en forma inexplicable e innecesaria a su víctima. Para estar ante esta modalidad agravada resulta necesario verificar dos aspectos que lo caracterizan: primero, que el sufrimiento ya sea físico o psíquico haya sido aumentado deliberadamente por el agente, quien actúa con la intención de hacer sufrir a la víctima; y segundo, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr el propósito de la gente, poniéndose en evidencia su enseñamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

#### **1.5.4. Bien jurídico protegido**

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de este delito lo constituye la libertad sexual. En efecto, estructura del tipo penal se evidencia que la gente por medio de la violencia o amenaza grave limita o vulnera la libertad sexual de la víctima, la misma que es sometida a un contexto sexual que no desea ni quiere.

La interpretación jurisprudencial nacional, abierta y claramente, se ha pronunciado de este modo. En efecto, superior del 18 de mayo de 1998, la sala penal de apelaciones de la corte superior de Lima indica:

Qué, hace que en el delito de actos contrarios al pudor el bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya sea de un hombre o una mujer, entendiéndose dicha figura delictiva como todo tocamiento lúbrico somático que realiza el sujeto activo sobre el cuerpo de sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del primero de los citados. (*Expediente N.º 8145-97, 2008*)

El pudor entendido como recato, decencia o decoro de la persona es afectada luego que se lesiona la libertad sexual de la víctima.

**1.5.5. Sujeto activo:**

Sujeto activo puede ser cualquier persona sea varón o mujer, el tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial.

**1.5.6. Sujeto pasivo:**

Víctima o sujeto pasivo del delito de actos contrarios al pudor también puede ser cualquier persona, mujer con la Única condición específica que sea mayor de catorce años de edad. Ello debido a que, si la persona ofendida con los actos libidinosos tiene una edad por debajo de los catorce años, el hecho se subsume en el artículo 176-A, del CP.

**1.5.7. Tipicidad Subjetiva:**

Se trata de un delito necesariamente doloso. No cabe la comisión por imprudencia, es decir, si llegan a evidenciarse, por ejemplo, tocamientos en los genitales de una persona de manera casual o imprudente, el delito no se configura por falta de tipicidad.



El delito de actos contrarios al pudor exige la presencia del elemento subjetivo denominado “dolo”, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar manipulaciones en las zonas erógenas de la víctima o actos libidinosos, eróticos o lujuriosos al pudor con la finalidad de satisfacer su apetito sexual. El propósito del autor es satisfacer su deseo sexual con los tocamientos o manipulaciones.

Caso contrario, si tuviera la finalidad de excitar a su víctima para de ese modo realizar el acto sexual ya sea vía vaginal, anal o bucal, estaremos frente al delito de violación sexual, previsto en el artículo 170° del C.P. en el grado de tentativa, si no llegó a consumarse el acceso carnal.

#### **1.5.8. Antijuricidad:**

De que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del C.P.

#### **1.5.9. Culpabilidad:**

Acto seguido de verificarse que en la conducta típica de actos contra el pudor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. Tendrá que verificarse sí, al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como actos contra el pudor, conocía la antijuricidad de su actuar, es decir, se verificará así en la gente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

#### **1.5.10. Tentativa y Consumación:**

El delito se perfecciona o consume en el momento en el que la gente realiza sobre la víctima o le obliga a esta efectuar sobre sí misma o un tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. De la forma y circunstancias en que se produjo el evento, incluso, sólo bastará un solo tocamiento. No se requiere otro acto posterior como el orgasmo y la eyaculación, circunstancia normal de satisfacer alguna apetencia sexual.

En tal sentido, sí hubo un orgasmo y eyaculación a consecuencia de los actos contra el pudor de la víctima, es irrelevante para la configuración del Injusto penal. La tentativa es admisible y se dará cuando el sujeto activo, habiendo ejercido violencia o grave amenaza sobre el sujeto pasivo, no logre realizar actos contrarios al pudor (Bramont & Arias, 2001).

#### **1.5.11. Penalidad:**

El agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años en el caso de los supuestos recogidos en el tipo

básico. Si en la conducta alguna de las circunstancias agravantes, previstas en el segundo párrafo del artículo 176° del CP, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. De concurrir alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 177° del CP, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años y no menos de diez ni mayor de 20 años, respectivamente.

## **2. PARTE PROCESAL**

### **2.1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:**

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

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

### 2.1.1. Características:

Son caracteres de la investigación preparatoria los siguientes:

- a) La dirección está a cargo del fiscal (artículo 322°).
- b) La formalización de la investigación preparatoria no ópera en todos los casos (artículo 336°)
- c) El fiscal puede acusar sólo con el resultado de las diligencias preliminares (artículo 336°.4)
- d) La estrategia del fiscal correspondiente a la investigación corre a cargo del fiscal (artículo 65°.4)
- e) El fiscal puede adoptar salidas alternativas o de simplificación procesal.

La investigación preparatoria consta de dos fases: La investigación preliminar, constituida por el conjunto de diligencias preliminares; y la investigación formalizada o investigación preparatoria propiamente dicha (Calderón & Águila, 2016).

### 2.1.2. Finalidad

Finalidad de la investigación preparatoria viene señalada en el artículo 321.1 del N.C.P.P., según el cual la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si fórmula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

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

Burgos (2008), señala que es también finalidad de la investigación preparatoria tutelar los derechos fundamentales del procesado, de modo que se garantice un debido proceso, la investigación preparatoria permite al fiscal, como titular de la acción penal, el responsable de la investigación, reunir los elementos probatorios que le permitan determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado, para sustentar ante el juez de la investigación preparatoria ya sea su requerimiento de sobreseimiento o su acusación, en este último caso, sustentar ya en la etapa oral y contradictoria ante el juez unipersonal o colegiado pertinente.

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

### 2.1.3. Dirección de la Investigación:

- a) **Titular de la investigación preparatoria:** Según el artículo 322.1, el fiscal dirige la investigación preparatoria. Esta es su función preeminente.

El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerárquicamente organizado que ejercita la acción penal y conduce la investigación del delito. La titularidad de la acción penal proviene del mandato constitucional,<sup>28</sup> que atribuye el Ministerio Público el monopolio de su ejercicio en los delitos de persecución pública. La acción penal es promovida por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con el fin de proseguir sanción penal ante la ocurrencia de un delito.

- b) **Colaboración de Autoridades y funcionarios Públicos:** El artículo 322.2 establece que para la práctica de actos de investigación puede requerir la colaboración de autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harían en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la Ley. El director de la investigación debe contar con el apoyo expedito y eficiente de expertos en criminalística, entidades públicas y privadas; contar también con la infraestructura, medios adecuados a sus necesidades funcionariales; diseñado según las características del caso concreto y de acuerdo con los elementos de tipo legal que, aún en grado probable, se imputa al procesado.

---

<sup>28</sup> Numeración 1) y 5) del artículo 159° de la Constitución Política del Perú.

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

#### **2.1.4. Función del Juez de la Investigación Preparatoria:**

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

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

El Juez que tendrá a su cargo el juzgamiento será efectiva y verdaderamente un sujeto Imparcial, pues al no intervenir en etapas

anteriores no tendrá prejuicio alguno contra el procesado. El Juez se formará convicción exclusivamente en base qué aportan las partes y serán actuadas en su presencia (Mixan, 2010).

De acuerdo con el artículo 323.1, corresponde al juez de la investigación preparatoria, realizar a requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza la norma. La investigación preparatoria está sujeta a control jurisdiccional y a la resolución de cuestiones de índole jurisdiccional. Esta función de vigilancia está a cargo del juez de la investigación preparatoria, magistrado que, en esta etapa, tiene una relación directa con el fiscal. El juez de la investigación preparatoria es también quien evaluará la acusación fiscal. Señala Mixan (2010), que es actuación judicial responde a diferenciar el ejercicio de la potestad fiscal del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y a la necesidad de que la investigación se realiza siempre en el marco constitucional y legal con estricto respeto a los Derechos Humanos.

#### **2.1.5. Atribuciones:**

Según el artículo 323.2, el Juez de la investigación preparatoria, enunciativamente, está facultado para:

- a) Autorizar la Constitución de las partes.
- b) Pronunciarse sobre las medidas y limitativas de derecho que requerirán en orden judicial y las medidas de protección.
- c) Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.



- d) Realizar los actos de prueba anticipada.
- e) Conocimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código.

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

#### **2.1.6. Diligencias Preliminares:**

De acuerdo al artículo 330.1 del N.C.P.P., el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.

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

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

lograr datos identificatorios del presunto autor. Según el artículo 330.2 del N.C.P.P., las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata:

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

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

#### **2.1.7. Conclusión de las Diligencias Preliminares:**

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

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

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

Cuando se dispone el archivo de la investigación porque el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, se ha extinguido la acción penal o el Fiscal Superior, vía impugnación, ordena que se archive las actuaciones, otro fiscal no podrá ordenar o promover la formalización de la investigación preparatoria por los mismos hechos.<sup>29</sup> Sin embargo, el Nuevo Código Procesal Penal establece dos excepciones:<sup>30</sup>

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

---

<sup>29</sup> Artículo 335°.1 del Código Procesal Penal (Perú)

<sup>30</sup> Artículo 335°.2 del Código Procesal Penal (Perú)

Superior que intervino en la alzada. En este último caso, se designará a otro Fiscal Provincial para que culmine la investigación, fijando un plazo perentorio; a la vez que determinara la responsabilidad penal o administrativa que corresponda.

## **2.2. LA ETAPA INTERMEDIA**

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

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

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

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

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

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

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

Esta Etapa se basa en el Principio Acusatorio; en el artículo 60.1 del Nuevo Código Procesal Penal, hace referencia a la primera de las características del principio acusatorio; “El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial”. Esta característica es reconocida en el artículo 159.5, de la Constitución

Política del Perú, según el cual corresponde al Ministerio Público “ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

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

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

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

la denuncia fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites facticos (*Queja N.º 1678-2006-Lima*, 2007).

La misma Corte Suprema ha señalado también que:

Conforme al principio acusatorio que informa todo el proceso penal moderno, corresponde al Ministerio Público (...) definir el ámbito temático de la sentencia penal, a cuyo efecto debe describirse la acción u omisión punible y las circunstancias que determine la responsabilidad del imputado, así como citar las normas jurídicas penales correspondiente, requisito último que es determinante para el adecuado ejercicio del derecho de defensa y, en lo específico, para la vigencia de contradicción. (*R.N. N.º 1062-2*, 2006, p. 98)

- d) La función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación; que esto último significa, de acuerdo al aforismo *nemo iudex sine accusatore*, que si el fiscal no formula acusación, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico, le está vedado al órgano jurisdiccional ordena al fiscal que acuse y, menos, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que discurrirá la selección de los hechos, que solo compete a la fiscalía; el presupuesto del juicio jurisdiccional está conforme con el dictamen no acusatorio del fiscal provincial y, por ello, no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y si a continuación con motivo del recurso de apelación de la parte civil, al fiscal superior igualmente emite un dictamen no acusatorio,

ratificando el parecer del fiscal provincial, no existe posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de alzada dicte una resolución de imputación.

- e) No puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a la persona distinta de la acusada.
- f) No puede existir juicio sin acusación, de acuerdo a los fundamentos del Tribunal Constitucional.
- g) No puede atribuirse al juzgador poder de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

### **2.2.1. Acusación Fiscal:**

La acusación es el acto procesal que realiza el Fiscal, mediante el cual interpone la pretensión procesal penal consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena a una persona por un hecho punible que se afirma ha cometido. A través de la acusación, el acusado, plenamente identificado, podrá conocer el hecho que se le imputa, las pruebas de cargo en su contra, así como la pena y la reparación civil solicitadas. (*Exp. N.º 2005-2006-HC, 2006*)

En el proceso penal, la acusación cumple con la finalidad de delimitar en primer lugar el contenido del auto de enjuiciamiento, en segundo lugar la teoría del caso del fiscal y de la defensa del imputado, en tercer lugar el alcance y el objeto de debate en el juicio oral respecto del proceso y el delito que se imputa, en la medida que el tribunal no podrá incorporar hechos que no se encuentren plasmados en el escrito de requerimiento fiscal, y por último el alcance y contenido de la sentencia, que solo se



pronunciará sobre el contenido de la acusación (Florián, 2001). El Fiscal solo puede emitir acusación en los casos en que el ejercicio de la acción es público. En tal caso, el Fiscal se convierte en parte procesal en sentido estricto. Aunque institucionalmente la acusación corresponde al Ministerio Público, puede también ser ejercitada por los particulares, en cuyo caso se habla de acusación particular o de querrela penal, según sean los delitos atribuidos o el correspondiente ordenamiento jurídico penal.

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

Señala el artículo 349.1, del N.C.P.P. que la acusación fiscal será debidamente motivada. Para el maestro Binder (2000), se trata de una acusación, tendrá que ser una acusación fundada, esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho (...). La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio.

Supongamos que un Fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente, esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible. Para ellos el Ministerio Público en su escrito acusatorio debe explicar por qué se llega a esa determinación incriminatoria; es decir, la estructuración de los hechos, la fundamentación de las distintas calificaciones jurídicas y de las pruebas que ofrece (Binder, 2000).

### **2.2.2. Requerimiento Fiscal Mixto:**

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

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

Mediante el artículo 350.1, del N.C.P.P. se dictan medidas para el traslado de la acusación, la acusación será notificada a los demás sujetos procesales. Para ello, el fiscal debe presentar su requerimiento adjuntado

las copias que sean necesarias para la notificación de Ley. En caso contrario, el Juez declara inadmisibile el requerimiento fiscal por dicha causal (Valencia, 2013).

### **2.2.3. Objeción de los Demás Sujetos Procesales:**

En el plazo de diez días los sujetos procesales pueden:

- a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección.
- b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos.
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242° y 243°, en lo pertinente.
- d) Pedir el sobreseimiento.
- e) Instar la aplicación, si fuera el caso, de un criterio de oportunidad.
- f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación del nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados por el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos.
- g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerá los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

h) Y por último plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.

#### **2.2.4. Audiencia Preliminar:**

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

#### **2.2.5. Participantes:**

“Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y del abogado defensor del acusado (artículo 351.1.b). Sin la presencia de alguno de ellos la audiencia no puede llevarse a cabo. Si no concurre el abogado defensor, el Juez reprograma la audiencia solicitando un defensor de oficio para que ejerza la defensa técnica del acusado. No es, por tanto, obligatoria la presencia del imputado para la instalación de la audiencia.

Algunas instituciones tutelares, como la Defensoría del Pueblo no están de acuerdo con que el control de acusación se realice sin la presencia del imputado, en tanto que se considera necesario su presencia a fin de que se determine libremente la elección del abogado defensor, más aún debido

a que ellos están contemplados en nuestra Constitución Política, o que en todo caso se debe declarar contumaz o ausente dependiendo de su situación jurídica. No existe, al respecto, problema alguno que afecte el derecho de defensa técnica del acusado para y en la Audiencia de Control de Acusación, puesto que el acusado ha tenido diez días hábiles, según el artículo 350° del N.C.P.P., para nombrar o sustituir al defensor de su elección, así como para formular observaciones, ofrecer pruebas para juicio, etcétera.

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

#### **2.2.6. Debate:**

Señala el artículo 351.3, del N.C.P.P. que, instalada la audiencia, el Juez otorgara la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El fiscal podrá en la misma audiencia, presentado el escrito

respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; vale decir que el Fiscal solo podrá hacer a la acusación correcciones de forma. El Juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

### **2.3. ETAPA DE JUICIO ORAL**

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

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

Un acto realizado por un juez que ha observado directamente la prueba, que ha tenido contacto directo con las partes fundamentalmente acusador y acusado, que se hace de un modo público, tal que los ciudadanos pueden ver por qué razones y sobre la base de qué pruebas un conciudadano será

encerrado en la cárcel, y donde se garantiza la posibilidad de que el acusado se defienda. (p. 218)

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

### **2.3.1. La Preparación del Debate:**

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

- a) La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.
- b) La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz.
- c) Si es un solo acusado o siendo varios ninguno concurre a la apertura de la audiencia, sin justificar su inasistencia, se señalará nuevo día y hora, sin perjuicio de declararlos contumaces.
- d) Cuando son varios los acusados, y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes, declarándose contumaces a los

- inconcurrentes sin justificación. Igual trato merecerá el acusado que injustificadamente deje de asistir a la audiencia.
- e) En caso que el acusado ausente o contumaz sea capturado o se presente voluntariamente antes de que se cierre la actividad probatoria, se le incorporará a la audiencia, se le hará saber los cargos que se le atribuyen y se le informará concisamente de lo actuado hasta ese momento. A continuación, se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, y se actuarán de ser el caso las pruebas compatibles con el estado del juicio.
  - f) El imputado preso preventivo, en todo el curso del juicio, comparecerá sin ligaduras ni prisiones, acompañado de los efectivos policiales para prevenir el riesgo de fuga o de violencia. En casos o ante circunstancias especialmente graves, y de acuerdo al Reglamento que, previa coordinación con el Ministerio del Interior, dicte el Órgano de Gobierno del Poder Judicial, podrán establecerse mecanismos o directivas de seguridad adecuadas a las circunstancias.

La presencia del imputado y su defensor en el juicio oral son de carácter obligatorio, pues de no ser así, no existiría debate y, por tanto; se atentaría contra el principio de contradicción o de audiencia el cual implica que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido el juicio. El principio de no ser condenado en ausencia se encuentra consagrado en el artículo



139° Inc. 12 de la Constitución Política del Estado,<sup>31</sup> así como también se encuentra reconocido en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 14°, inc. 3 literal d) establece que, toda persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección.

### **2.3.2. Lugar del Juzgamiento:**

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

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

### **2.3.3. Instalación de la audiencia:**

La audiencia sólo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los Jueces que integran el Juzgado Penal

---

<sup>31</sup> Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "el principio de no ser condenado en ausencia"

Colegiado, del Fiscal y, con las prevenciones fijadas en el artículo 366°, del acusado y su defensor.

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

#### **2.3.4. Desarrollo del Juicio:**

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

A su turno, la defensa desplegará un relato paralelo que, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su investigación o por

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

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

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

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

- a) **Alegato de Apertura:** El momento de presentación de la teoría del caso es el alegato de apertura. Es la primera información que el Juez recibe de las partes. Al hacer la exposición de la teoría se debe captar la atención y el interés de los jueces al exponerle un resumen objetivo

de los hechos y la prueba con que cuentan. Se presenta el caso que se va a conocer, señalando lo que prueba va a demostrar y desde que punto de vista debe ser apreciada. En el alegato de apertura se hará una "promesa" de lo que se presentará en el juicio.

b) **Estructura del Alegato de Apertura:** No existe una manera única de presentar los alegatos, ello depende de las particularidades del caso, sin embargo, consideramos el siguiente como un modelo más general.

- **Introducción:** Desde su inicio debe enviar un mensaje al juzgador, esta introducción debe contener la información esencial. Se debe comenzar con consideraciones generales, para bajar a los detalles en el caso concreto, la declaración inaugural. El alegato de apertura debe iniciar con un panorama general fáctico, es decir acerca de los hechos.
- **Presentación de los hechos:** (Todavía no se han producido las pruebas, tener en cuenta que no se puede argumentar, inferir acerca de las pruebas es propio del alegato final).
- **Presentación de los fundamentos jurídicos:** (Se debe enunciar las disposiciones sustantivas y adjetivas que fundamentan su teoría).
- **Conclusión:** (Se debe concluir con una petición concreta de lo que será en realidad el juicio).

- c) **Examen Directo:** El examen directo es el primer interrogatorio que se efectúa por la parte que ofreció al testigo. El examen directo, es la mejor oportunidad que los litigantes tienen, para establecer su caso y probarlo, brindándole al Tribunal, la versión del testigo. El juzgador debe "escuchar al testigo".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**e) Contra examen:** Es aquel que lo lleva a cabo el abogado de la parte contraria inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo. En el contra examen, se pone a prueba la

información obtenida en el examen directo, es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestra parte adversa. Se le suele definir como el concontrainterrogatorio.

- f) **Examen y Contra examen a Peritos:** El testigo solo puede declarar sobre materias de las cuales tenga conocimiento personal. Solo a los peritos se les permite emitir opiniones o inferencias sobre hechos o eventos. El perito es un testigo excepcional que posee conocimiento especializado.
- g) **Las Objeciones:** En el contexto donde se asegure el juego justo deben existir límites para las actuaciones de los sujetos que participan, en el proceso penal a estos límites, se le denominan objeciones.

Objetar significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir en el proceso por alguna de las partes litigantes o por el juez. El objetar no es una obligación es un derecho. La objeción va dirigida al aspecto sustantivo de la prueba, no a la parte que pretende hacerlo. Se le pueden objetar las actuaciones del juez. El objetar no debe ser considerado como un acto personalista en contra de la parte adversa, nos debemos dirigir siempre con respeto y firmeza: "objeción".

- h) **Alegato De Clausura:** En esencia el alegato de clausura es un ejercicio argumentativo, el abogado sugiere que conclusiones se deben extraer de lo que ocurrió durante el debate. El alegato final



debe ser acorde con la teoría del caso, es la última oportunidad del litigante de persuadir al juzgador, sin embargo, debemos ser conscientes que el Juzgador evaluará toda nuestra actuación en el Juzgamiento.

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

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

### 2.3.5. Lectura de la sentencia (artículo 396°)

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

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

La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella.

### III. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE PENAL

#### 1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y PREPARATORIA.

##### a) Sobre la tipificación de los hechos:

Teniendo en cuenta que la tipicidad es el acto por el cual se adecúa un hecho determinado (una conducta humana) a la descripción de un hecho similar (tipo penal) que se hace en el Código Penal, en este proceso el hecho denunciado fue tipificado por la fiscalía y el Juez en forma correcta, pues en el libro segundo, Título I, Título IV, Capítulo I, se encuentra previsto el delito Contra la Libertad Sexual-Violación Sexual en grado de tentativa, prescrito en el artículo 170° primer párrafo del Código Penal concordado con el artículo 16° del mismo texto, y alternativamente por el delito de Actos contra el Pudor tipificado en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal.

##### b) La existencia del dolo o culpa en la comisión del delito:

Para determinar qué conductas constituyen delito, se establece la tipicidad objetiva y subjetiva, dentro de esta última se encuentran el dolo y la culpa.

Se entiende por dolo al conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal; es decir, el sujeto sabe que ejecuta una acción prohibida y la quiere realizar; mientras que actúa por culpa aquella persona que no observa el cuidado requerido, no cumple con el deber de cuidado, a la vez que no previene el resultado lesivo para el bien jurídico, debiendo hacerlo. En consecuencia, el

delito culposo reside en la realización del tipo objetivo de un delito, por causa de haber infringido un deber de cuidado.

En el presente caso, tratándose del delito de violación sexual en grado de tentativa y el delito de actos contra el pudor, tenemos que estos tipos penales no admiten la culpa, siendo netamente dolosos; por lo que, para que un delito sea culposo el tipo penal tiene que tener el término “el que por culpa”, para que sea admitido como tal.

c) **Medios Probatorios:**

Que, la Constatación Fiscal en el lugar de los hechos se realizó después de dos meses, y no se pudo determinar si había una puerta entre la sala y el dormitorio de la agraviada, así como en las fotografías donde no se da certeza de nada.

Y si bien es cierto, que el Certificado médico legal, acredita las lesiones en la agraviada este no vincula necesariamente con el sentenciado.

De la pericia psicológica se determinó que existía indicadores de afectación emocional, en este punto la agraviada refiere a ver confundido toda esa agresión como proveniente de su esposo, en ese orden de ideas, esa afectación podría provenir de su pareja.

d) **Cumplimiento de los requisitos formales en los actos procesales:**

**Denuncia:** De acuerdo al artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, concordante con el artículo 334° del Código Procesal Penal, la denuncia formalizada que hace el Fiscal Provincial debe contener los siguientes tres presupuestos legales: a) que el hecho denunciado constituya delito; b) que se haya

identificado plenamente a su presunto autor; y c) que la acción penal no haya prescrito. Presupuestos que han sido considerados para formalizar la denuncia.

### **Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación**

**Preparatoria:** Responde a los requisitos establecidos en la norma adjetiva penal.

Es así que el Juez de la Investigación Preparatoria en la resolución emitida considera que el hecho denunciado constituye delito que se ha individualizado al presunto autor y que la acción penal no ha prescrito, asimismo la motivación, fundamentos y la calificación de modo genérico y específico del delito que se le imputa al denunciado. También se hace referencia al artículo 339° del Código Procesal Penal que una vez formalizada la investigación se suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal, siendo que además el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

## **2. ETAPA INTERMEDIA**

### **e) Cumplimiento de los requisitos formales en los actos procesales**

**Acusación Fiscal:** Cumple con los requisitos establecidos en el artículo 349° del Código Procesal Penal, en cuanto al escrito de la acusación, la misma que fue presentada al Juzgado de Investigación Preparatoria con fecha 03 de junio del año 2014.

Añadimos, que existió una acusación alternativa, siendo una facultad permitida por parte del representante del Ministerio Público.

### 3. ETAPA DE JUZGAMIENTO

#### f) Cumplimiento de los requisitos formales en los actos procesales:

**El auto de Enjuiciamiento:** Cumple con los requisitos establecidos en el artículo 353° del Código Procesal Penal, el cual es dictada por el Juez de Investigación Preparatoria, la misma que, luego de emitida dentro de las 48 horas será remitido al Juzgado Unipersonal.

**El Auto de Citación a Juicio oral:** Cumple con los requisitos establecidos en el artículo 355° del Código Procesal Penal, donde además se le apercibe al imputado que en caso de inconcurrencia se le declarará reo contumaz.

**La Sentencia de primera instancia:** Esta Resolución es emitida mediante resolución número nueve, de fecha 13 de mayo del 2016, apreciándose que ésta tiene una evidente falta de motivación, pues el fundamento principal de la sentencia se basa en la declaración de los testigos que no pueden corroborar los hechos que se imputan al acusado tan solo el hecho de que el sí llegó a la casa de la agraviada, asimismo se basa en el acta de constatación fiscal, sin tener en cuenta que éste se llevó a cabo después de dos meses de ocurrido los hechos y no corroboran que el imputado fue el que agredió a la agraviada, ni se pudo identificar bien el lugar, asimismo de las pericias emitidas por los médicos legistas hacen referencia, a que las lesiones sufridas por parte de la agraviada pudieron haber sido ocasionados por terceros, así como la pericia psicológica que las afectaciones que resultaron de este podrían provenir de su pareja y no del procesado, consecuentemente el Juez del Juzgado Unipersonal no hizo una valoración

adecuada de los medios probatorios, limitándose solo a repetir el fundamento realizado por el representante del Ministerio Público.

g) **Determinar si el procesado Jhonny Edwin Lomonte Chiquian es responsable de la comisión del Delito Contra la Libertad Sexual – Actos contra el Pudor; en agravio de H.Y.R.L.**

Para que se configure un delito es necesario que la acción u omisión sea típica, antijurídica y culpable, características que llevan a la imputabilidad del sujeto activo.

Del análisis del proceso se infiere que Jhonny Edwin Lomonte Chiquian no es responsable del Delito Contra la Libertad Sexual– Actos Contra el Pudor, pues durante el proceso y actuación de pruebas no se ha llegado a demostrar plenamente el actuar delictuoso del procesado. Por ello considero que el procesado debió haber sido absuelto, tal como resolvió la Sala Penal de Apelaciones, pues lo que en el proceso quedó demostrado es que Jhonny Edwin Lomonte Chiquian, llegó a la casa de la agraviada mas no los supuestos que se le imputan.

h) **Sobre la pena impuesta al procesado previsto en el Código Penal sobre los delitos imputados:**

Considerando que en el presente proceso en primera instancia se ha condenado a Jhonny Edwin Lomonte Chiquian por el delito contra la Libertad Sexual–Actos contra el Pudor, establecido en el artículo 176° primer párrafo del Código Penal, donde se establece: “El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 176°, con violencia o grave amenaza realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre si misma o sobre tercero, tocamientos indebidos en sus partes

íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años” habiéndose condenado al imputado a tres años y ocho meses de pena privativa de libertad con el carácter de suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a regla de conducta, encontrándose arreglada dicha sanción a lo dispuesto en el tipo penal.

#### 4. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Estando de acuerdo con el criterio de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, considero que la absolución del procesado Jhonny Edwin Lomonte Chiquian fue la correcta, en tanto la Sala realizó una motivación conjunta de los medios probatorios ofrecidos por la representante del Ministerio Público, pues las testimoniales no son consistentes, toda vez que estas, solo determinan que el sentenciado llegó a la casa de la presunta agraviada y que ambos estaban en estado de ebriedad al punto que el procesado no recuerda cómo llegó a su casa, teniendo en cuenta que dos de los testigos ofrecidos son el esposo y el hermano de la supuesta agraviada; además, que el hecho que la presunta agraviada haya recibido la cantidad de mil quinientos soles por parte de la familia del sentenciado le resta credibilidad.

##### i) Cumplimiento de los requisitos formales en los actos procesales

**Sentencia de segunda instancia:** Contendida en la resolución N.º 18, de fecha 21 de setiembre del año 2016, donde se aprecia que dicha resolución si se encuentra motivada y realiza un análisis de cada medio probatorio introducido por la



representante del Ministerio Público, absolviéndose de este modo de los hechos que se le imputa al acusado.

**j) Cumplimiento del Debido Proceso:**

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en la Constitución Política en el artículo 139°, inciso 3, la observancia del debido proceso como una garantía y principio de la función jurisdiccional, que es de carácter general y comprende las demás garantías procesales.

De todos los aspectos analizados, se advierte que en su gran mayoría fueron respetados los principios procesales, aunque se cumplió de manera irregular el que prevé la Constitución Política en su artículo 139°, inciso 5, que se refiere a la motivación de las Resoluciones Judiciales, pues la Sentencia de primera instancia no fue debidamente fundamentada; es decir, los fundamentos de hecho y de derecho que explican su razón de ser.

#### IV. JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS:

##### 1. REGLAS SOBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

“El cual en su fundamento 31, señala que el juez debe atender las particularidades de cada caso concreto para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo y la adecuar a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual.

##### 2. ACTOS CONTRA EL PUDOR Y RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 04364-2011-PHC/TC -  
Corte Suprema de Justicia-Sala Segunda:

Se imputa a don Darío Armando Pérez Cajahuanca la presunta comisión del delito contra la libertad-violación de libertad sexual- actos contra el pudor y contra la administración pública-resistencia y desobediencia a la autoridad en agravio del Estado, por el hecho de que, según se señala en el considerando primero, el denunciado fue intervenido por personal policial de servicio al Banco de la Nación de Santa Anita en comisión de flagrante delito, hecho que se suscitó cuando la agraviada, junto con su madre esperaba movilidad en la esquina del Banco, circunstancia en la que aparecieron dos sujetos que caminaban abrazados por el lugar con signos de ebriedad, entre ellos el accionante, el cual se le abalanzó cogiéndole fuertemente el seno derecho para luego retirarse; ante ello la madre de la agraviada reaccionó lanzándole un puñete en la

espalda, por lo que el denunciado intentó agredirla, y al solicitar la agraviada apoyo se presentó el policía que custodiaba el Banco de la Nación, quien le solicitó al denunciado que se calmara, reaccionando éste con tal violencia que rompió la camisa al efectivo policial.

De otro lado, en el considerando tercero se establece que se ha individualizado al presunto autor, que los hechos denunciados se encuentran tipificados en los artículos 176° y 378° y que no han prescrito.

Por lo que al encontrarse debidamente motivado el auto de apertura de instrucción, la demanda debe ser desestimada en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

Debe tenerse presente que si bien el auto de apertura de instrucción debe contener una suficiente justificación de la decisión adoptada, expresando los hechos imputados, así como las pruebas o indicios que vincularían la conducta atribuida al recurrente; no puede exigirse que el auto de apertura de instrucción tenga el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos y valoración de pruebas que sí sería exigible en una sentencia condenatoria, que es el momento en el que recién se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haber realizado una intensa investigación y de haber actuado las pruebas de cargo y descargo.

Por estos fundamentos; se HA RESUELTO declarar INFUNDADA la demanda porque no se ha acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

SS. URVIOLA HANI, VERGARA GOTELLI y ETO CRUZ

### 3. PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA:

El cual establece que “toda persona es inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, vale decir hasta que no se exhiba prueba en contrario.

#### Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 0618-2005-PHC/TC

En Lima, a los 8 días del mes de marzo de dos mil cinco. - ASUNTO: Recurso extraordinario interpuesto por don Javier Villavicencio Alfaro contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 386, su fecha 4 de noviembre de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

Derecho a la presunción de inocencia - Vulneración del derecho a la presunción de inocencia:

El demandante alega que la Ejecutoria Suprema cuestionada transgrede el derecho a la presunción de inocencia, pues de su contenido “se advierte un direccionamiento para que me impongan una sentencia condenatoria a pesar de que el Fiscal Supremo opina por el no haber nulidad de la apelada, usurpando la emplazada las funciones de perseguir el delito y la carga de la prueba que son propias del Ministerio Público”.

#### Constitucionalidad de la Ejecutoria Suprema

Los vocales supremos emplazados sostienen que la resolución cuestionada no transgrede el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución garantiza, toda vez que “la cuestionada (resolución) no hace referencia a responsabilidad o irresponsabilidad del demandante en los hechos materia de imputación”.

Al respecto, es importante acotar que, conforme lo establecen las garantías del debido proceso, el numeral e, inciso 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el artículo 11.1 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad”.

Por esta presunción iuris tantum, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.

La doctrina establece que “la garantía se asienta en ideas fundamentales, cuales son: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, HA RESUELTO, Declarar INFUNDADA la demanda.

SS. ALVA ORLANDINI, BARDELLI LARTIRIGOYEN, GONZALES OJEDA, GARCÍA TOMA, VERGARA GOTELLI y LANDA ARROYO

## V. CONCLUSIONES:

1. Del análisis del presente proceso se concluye que el representante del Ministerio Público, no construye de manera sólida su teoría del caso al momento de formular la Acusación Fiscal por el Delito cometido contra la Libertad Sexual - Violación Sexual en grado de tentativa y alternativamente Actos Contra el Pudor.
2. El señor fiscal incorpora como medios probatorios, la testimonial de la misma agraviada, la cual no fue corroborada con ningún medio probatorio solido alguno; asimismo, tanto de la ocurrencia como del acta de constatación fiscal, se realizó dos meses después, tiempo en el cual existe mayor probabilidad de contaminación del lugar de los hechos.
3. Debemos de señalar, que en este tipo de delito “Actos contra el Pudor”, los medios probatorios son inconsistentes, ya que la única prueba que podría acreditar este hecho delictivo sería una filmación, y si no existiera prueba alguna, solo podemos basarnos en la declaración de la agraviada o agraviado. Mucho podría aportar las denuncias hechas a un mismo sujeto por este tipo de delitos, así, se podría crear convicción en los magistrados con los antecedentes policiales que se puedan crear a un mismo sujeto.
4. Se debe de tener en cuenta el mal manejo de los términos jurídico señalados en el expediente, tales como la existencia de una “acusación directa”, sin ello ser cierto, pues lamentablemente nuestro sistema judicial no realiza una capacitación a su personal y a

mi parecer se llega a mecanizar (copia y pega) a los sujetos que están a cargo en los diversos procesos judiciales.

5. La poca advertencia que se ve por parte de los abogados, fiscales y hasta jueces de la información errónea transcrita de forma preocupante en las disposiciones, decretos, autos y resoluciones.

## VI. BIBLIOGRAFÍA:

- Bajo, M. (1991). *Manual de derecho penal*. Ceura.
- Binder, A. (2000). *Introducción al Derecho Procesal Penal*.
- Bramont, L., & Arias, L. (2001). *Código Penal Anotado*. Editorial San Marcos.
- Burgos, V. (2008). *Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria*. BLG.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas- Derecho Penal Parte General*. ARA Editores.
- Cáceres, R., & Iparraguirre, R. (2007). *Código Procesal Penal Comentado*. Jurista Editores  
E.I.R.L.
- Calderón, A., & Águila, G. (2016). *Balotario desarrollado para el examen del CNM, Egacal*. CNM Repositorio.
- Carmona, A. (2002). *Delitos contra la libertad sexual*. Perrot.
- Caro, D. (1999). *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Grijley.
- Expediente N° 2553-93, (1993).
- Recurso de Nulidad N° 2920-2004, (2004).
- Queja N° 1678-2006-Lima, (2007).
- Expediente N° 8145-97, (2008).
- De Vicente, R. (1983). *Comentarios al código penal colombiano. Parte especial*. Themis  
S.A.



- Donna, E. (2016). *Derecho penal parte especial- Tomo II*. RUBINZAL Y ASOCIADOS S.A.
- Florián, E. (2001). *Elementos del Derecho Procesal Penal*. Jurídica Universitaria.
- Fontanet, J. (2002). *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*. Jurídica Editores.
- García, M. (1999). Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública. *Actualidad Jurídica*.
- Goldberg, S. (1994). *Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?* Heliasta.
- Horvitz, M., & López, J. (2002). *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Mezger, E. (1998). *Derecho penal. Parte especial*. Cultura S.A.
- Mixan, F. (2010). *La investigación preparatoria*. BLG.
- Montero, J. (1999). *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Editorial Estrella.
- Príncipe, H. (2004). *La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales*.
- Quiñones, H. (2003). *Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño*. Consejo Nacional de la Magistratura.
- Roy Freyre, L. (1975). *Derecho penal peruano. Parte especial*. Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- Salinas, R. (2014). *Delito de acceso carnal sexual*. Grijley.

R.N. N° 1062-2, (2006).

Exp. N° 2005-2006-HC, (2006).

Valencia, N. (2013). *Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal*. ARA Editores.

Villa, J. (1998). : *Derecho Penal. Parte Especial I-B (delitos contra el honor, la familia y a libertad)*. UNMSM.

# EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL

## ÍNDICE

RESUMEN .....	v
ABSTRACT .....	vi
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE.....	vii
I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE.....	1
1 .ETAPA POSTULATORIA.....	1
1.1. Demanda de Proceso de Acción de Cumplimiento: .....	1
1.2. Auto Admisorio .....	4
1.3. Contestación de la demanda - Gobierno Regional de Ancash:.....	5
1.4. Contestación de la demanda - Red de Salud Huaylas Sur: .....	8
1.5. Contestación de la demanda – Dirección Regional de Salud Ancash: .....	10
2. ETAPA RESOLUTIVA .....	12
2.1 Sentencia:.....	12
3. ETAPA IMPUGNATORIA.....	18
3.1. Recurso de Apelación- Dirección Regional de Salud de Ancash: .....	18
3.2. Recurso de Apelación- Gobierno Regional de Ancash: .....	19
3.3. Auto que concede la Apelación: .....	19
3.4. Auto que concede plazo para expresar agravios:.....	20
4. INHIBICIÓN: .....	20
4.1. Auto de Inhibición: .....	20
5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA: .....	20
5.1. Fundamentos de Sala: .....	21
II. MARCO TEÓRICO.....	26
1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: .....	26
1.1. Jurisdicción:.....	26
1.2. Competencia: .....	27
1.3. Jurisdicción Constitucional:.....	27
1.4. Sistemas de Jurisdicción Constitucional:.....	28
1.5. Principales Derechos Procesales Constitucionales: .....	30
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES: ACCIONES DE GARANTÍA.....	31
2.1. Derechos, Libertades y Garantías .....	31
2.2. Garantías Constitucionales en el Perú: .....	37
3. DISPOSICIÓN GENERAL DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.....	38

3.1. Finalidad u Objeto: .....	38
3.2. Procedencia:.....	39
3.3. Causales de Improcedencia: .....	45
3.4. Cosa Juzgada .....	52
3.5. Ausencia de Etapa Probatoria.....	53
3.6. Excepciones y Defensas Previas:.....	53
3.7. Integración de decisiones.....	53
3.8. Tramitación preferente.....	54
3.9. Notificaciones .....	55
3.10. Las Medidas Cautelares Constitucionales .....	56
3.11. Sentencia.....	58
3.12. Recursos Impugnatorios .....	59
3.13. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional .....	61
3.14. Incorporación de Medios Probatorios sobre hechos nuevos.....	61
3.15. Ejecución de Sentencias .....	62
3.16. Procedencia durante los Regímenes de Excepción.....	64
III. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL .....	66
1. Etapa Postulatoria .....	66
IV. JURISPRUDENCIA.....	72
V. CONCLUSIONES: .....	73
VI. BIBLIOGRAFÍA:.....	74

## RESUMEN

El presente informe da inicio a un Proceso Constitucional de Cumplimiento, para lo cual el demandante Abelardo Liberato Osorio Alvarado, requiere previamente se dé el cumplimiento de la R.D. N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER y R.D. N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER.

Acto seguido el demandante interpone demanda de Cumplimiento solicitando se cumpla las Resoluciones Directorales materia de Litis, demanda que es admitida; asimismo, la misma que es admitida corriéndose traslado a los emplazados; los mismos que procedieron a apersonarse (el Procurador Público del Gobierno Regional de Ancash, el Dr. de la Red de Salud Huaylas Sur y el Dr. Regional de Salud Ancash) y absolver en su oportunidad.

Habiendo realizado los descargos en el proceso materia de litis el Segundo Juzgado Mixto emite la Sentencia, la misma que resuelve FUNDADA la demanda de Proceso de Cumplimiento. Consecuentemente los demandados interponen Recurso de Apelación contra la Sentencia; aprobándose dicho recurso y elevándose los autos al Superior Jerárquico; consecuentemente se le concede el plazo de 03 días a las partes apelantes a fin que expresen agravios.

Que la Sala Especializada en lo Civil emite su Sentencia Revocando la sentencia reformándola declararon INFUNDADA la demanda de cumplimiento.

**PALABRAS CLAVES:** Proceso de Cumplimiento, Auto Admisorio, Absolución, Sentencia, Autos, Apelación, Sentencia de grado.

## ABSTRACT

This report begins a Constitutional Compliance Process, for which the plaintiff Abelardo Liberato Osorio Alvarado, previously requires compliance with the R.D. No. 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES / DIPER and R.D. No. 0913-2011-REGION-ANCASH-DIRES / DIPER.

Immediately afterwards, the plaintiff files a Compliance claim requesting compliance with the Directorate Resolutions regarding Litis, a claim that is admitted; likewise, the same one that is admitted by running transfer to the summons; the same ones who proceeded to appear (the Public Prosecutor of the Regional Government of Ancash, the Dr. of the Health Network Huaylas Sur and the Dr. Regional of Health Ancash) and acquit in due course.

Having made the discharges in the litigation process, the Second Mixed Court issues the Sentence, the same that resolves the demand for Compliance Process FOUNDED. Consequently, the defendants file an Appeal against the Sentence; Approving said appeal and raising the cars to the Hierarchical Superior; consequently, the appellant parties are granted a period of 03 days to express grievances.

That the Specialized Civil Chamber issues its Judgment Reversing the judgment and reforming it, they declared the demand for compliance UNFUNDED.

**KEY WORDS:** Compliance Process, Writ of Admission, Absolution, Sentence, Orders, Appeal, Sentence of degree.

## DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

- **EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL:** N.º 00288-2014-0-0201-JM-CI-02
  
- **DEMANDANTE:** ABELARDO LIBERATO OSORIO ALVARADO
  
- **DEMANDADOS:** DIRECCION REGIONAL DE SALUD DE ANCASH.  
DIRECCION DE LA RED DE SALUD HUAYLAS  
SUR
  
- **MATERIA:** ACCION DE CUMPLIMIENTO.
  
- **PRIMERA INSTANCIA:** SEGUNDO JUZGADO MIXTO
  
- **SEGUNDA INSTANCIA:** PRIMERA SALA CIVIL



## I. RESUMEN DEL EXPEDIENTE

### 1. ETAPA POSTULATORIA

#### 1.1. Demanda de Proceso de Acción de Cumplimiento:

##### Petitorio:

Solicito se dé cumplimiento a lo resuelto en las Resoluciones Administrativas; Resolución directoral N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio de 2009 y la Resolución directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de setiembre de 2011; ordenando el Reintegro del pago de adeudos de la Bonificación Especial del D.U. N.º 037-94, desde el mes de julio de 1994 hasta que el Poder Judicial en Ejecución de Sentencia ordene el pago.

##### Fundamentación fáctica:

Que, en relación a la fundamentación de los hechos, el demandante Abelardo Liberato Osorio Alvarado, fundamenta de la siguiente manera

- Que, el suscrito es servidor del Centro de Salud Aija, jurisdicción de la Red de salud Huaylas Sur, encontrándome categorizado como inspector Sanitario I, con el nivel remunerativo de Servidos Profesional SPE, en la Escala N.º 8 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM – Sistema Remunerativo Transitorio de los funcionarios, Directivos, Servidores y Pensionistas del Estado.
- Que, al amparo de las normas jurídicas citadas y a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional respecto al pago de la Bonificación Especial del D.U. N.º 037-94, la demandada Dirección Regional de Salud emitió la

Resolución directoral N.º 078-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, con fecha 30 de enero de 2009, reconociendo el pago de la bonificación Especial dispuesto en la D.U. N.º 037-94, para posteriormente emitir la demandada las resoluciones Directorales N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio de 2009, correspondiendo a la suscrita la suma de S/. 23,557.80 soles (veintitrés mil quinientos cincuenta y siete con 80/100 soles) al 31 de diciembre de 2008 y el mérito a la Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de setiembre de 2011, correspondiendo a la suscrita la suma de S/. 4,448.55 soles (cuatro mil cuatrocientos cuarenta y ocho con 55/100 soles) del primero de enero de 2009 al 30 de junio de 2011, que hacen un total de S/. 28, 006.35 soles (veintiocho mil seis con 35/100 soles) que me corresponden como adeudos del D.U. N.º 037-94 así como a los trabajadores activos y cesantes del Ámbito de la Dirección Regional de Salud de Ancash, por lo que su cumplimiento es de carácter obligatorio por parte del Estado, al tener la condición de cosa decidida.

- Que, el artículo 3º de la Resolución Directoral N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, y la Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fechas 06 de julio de 2009 y 06 de setiembre de 2011, se dispone delegar a las Unidades Ejecutoras, de la Dirección Regional de Ancash, el pago de reintegro de Bonificación Especial, en el caso de mi persona a la Red de Salud Huaylas Sur, por lo que es la entidad obligada a cumplir con lo dispuesto en las Resoluciones Administrativas, cuyo cumplimiento estoy solicitando en el presente proceso constitucional.

- Que, la parte demandada además de ser renuente al cumplimiento de los actos administrativos firmes contenidos en las Resoluciones Administrativas indicadas en el petitorio de la demanda, están incumpliendo el artículo de la Constitución Política del Estado, que establece, el pago de los beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier obligación del empleador de igual manera el Tribunal Constitucional en múltiples ejecutorias ha reiterado este mandato Constitucional para su cumplimiento por parte de las entidades del Estado.
- Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 69° del código procesal Constitucional, se requirió a las emplazadas el cumplimiento el pago dispuesto en las resoluciones Directorales N.° 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER y N.° 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, para lo cual se cursó documentos de fecha cierta:
  - Expediente N.° 05499, de fecha 27 de abril de 2012, dirigida al Director Regional de Salud Ancash.
  - Expediente N.° 05143, de fecha 27 de abril de 2012, dirigida a la directora de la Red de Salud Huaylas Sur.

#### **Fundamentación Jurídica:**

La fundamentación de derecho, está basada en el artículo 200°, inciso 6° de la Constitución Política del estado, del Código Procesal Constitucional y supletoriamente el Código Procesal Civil en cuanto corresponde.

#### **Vía procedimental:**

Esta demanda se llevará a trámite dentro del **proceso especial**.

#### **Monto del petitorio:**

El monto de petitorio en la demanda es de S/. 28,006.00 soles (veintiocho mil seis con 00/100 soles).

**Medios probatorios:**

- La Resolución Directoral N.º 0078-2009-REGIÓN ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 30 de enero de 2009.
- La Resolución Directoral N.º 0554-2009-REGIÓN ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio de 2009.
- La Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de setiembre de 2011.
- Solicitud escrita de fecha cierta cursada a la parte demandada, Dirección Regional de Salud, de fecha 27 de abril de 2012.
- Solicitud escrita de fecha cierta cursada a la parte demandada, Dirección de la Red de Salud Huaylas Sur, de fecha 27 de abril de 2012.

**1.2. AUTO ADMISORIO**

Que, mediante Resolución N.º 01, de fecha 18 de marzo de 2014, el segundo Juzgado Mixto de Huaraz, resuelve declarar Admitida la demanda interpuesta por Osorio Alvarado Abelardo Liberato contra la Dirección Regional de Salud Ancash y La Dirección de La Red de Salud Huaylas Sur con citación del Procurador Público del Gobierno Regional de Ancash, sobre el proceso de cumplimiento, la que se tramitará conforme a las reglas del proceso ESPECIAL.

Ya que, el escrito de la demanda reúne los requisitos de forma, admisibilidad y procedencia previstos en los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Ley Procesal

Constitucional número 28237 concordante con los artículos 1390°, 424° y 425° del Código Procesal Civil.

Además, que, del tenor del escrito postulatorio y de sus anexos, fluye el interés y legitimidad para obrar del accionante al haberse cumplido con el formulario de requerimiento de pago ante la Dirección Regional de Salud Ancash y La Dirección de La Red de Salud Huaylas Sur, para que dé cumplimiento de lo que se considera debido, conforme a lo dispuesto por el artículo 69° de la Ley Procesal Constitucional número 28237.

Y que, de autos se infiere que existen motivos atendibles que hacen viable la tutela jurisdiccional efectiva en favor del justiciable recurrente, asimismo que, este juzgado resulta competente para conocer la pretensión incoada.

### **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - GOBIERNO REGIONAL DE ANCASH:**

Oswaldo López Arroyo, en calidad de Procurador Público del Gobierno Regional de Ancash, formula contestación de demanda, solicitando que declare infundado y/o improcedente, en atención a los siguientes fundamentos:

- ❖ Que, al punto primero a lo dispuesto por el artículo 68° del Código Procesal Constitucional, la demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario de la administración pública, renuente al cumplimiento de una norma legal o de la ejecución de un acto administrativo.
- ❖ En su segundo punto; que, estando a la norma precitada y al petitorio contenido en la demanda, la demandante solicita el cumplimiento a su

favor la Resolución Directoral N.º 0554-2009, de fecha 06 de julio de 2009, que resuelve aprobar el cuadro de cuantificación de los adeudos de la Bonificación Especial al personal activo y cesante dispuestos por el D.U. 037-94, el monto de S/. 23,557.80 soles (veintitrés mil quinientos cincuenta y siete con 80/100 soles); y la Resolución Directoral N.º 0913-2011, de fecha 06 de setiembre de 2011, que resuelve aprobar el cuadro de Bonificación Especial al personal activo y cesante dispuesto por el D.U. 037-94, el monto de S/. 4,448.55 soles (cuatro mil cuatrocientos cuarenta y ocho con 55/100 soles).

- ❖ En su tercer punto, señala que, en el presente caso de los actuados se puede deducir que de quien ha expedido el acto administrativo es la Red de Salud Huaylas Sur, en consecuencia, es el obligado a cumplir dicho acto administrativo.
- ❖ Cuarto punto, que, en cuanto a su reconocimiento de adeudos del D.U. N.º 037-94, El Gobierno Central, mediante D.U. N.º 051-2007-EF, ha constituido con el carácter de intangible el Fondo denominado “Fondo de D.U. 037-94”, asignado la suma de S/. 100´000,000.00 soles (cien mil millones de soles), así mismo el Decreto Supremo N.º 012-2008-EF y el Decreto Supremo N.º 058-2008-EF, se han establecido los procedimientos para el reconocimiento y pago de la Bonificación del D.U. N.º 037-94, correspondiendo esta al titular del pliego, esta es; a la Presidencia del Gobierno Regional de Ancash, en consecuencia, no corresponde a las Direcciones Regionales emitir actos administrativos de adeudos por dicho concepto por ser Nulo de pleno derecho e ilegal dicho acto administrativo

expedido por la dirección regional de Ancash cuyo cumplimiento pretende el demandante.

- ❖ En el quinto punto, se indica que, para el presente ejercicio presupuestal, mediante Ley N.º 29465, en la quinta disposición final, el Gobierno Central autorizo al Ministerio de Economía y Finanzas transferir la suma de S/. 135´000,000.00 soles (ciento treinta y cinco mil millones de soles) destinado al fondo del D.U. N.º 037-94, que está destinado al pago de los adeudos del referido Decreto de Urgencia, que han sido reconocidos de acuerdo al procedimiento establecido por el titular del pliego.
- ❖ Es por ello que, en el punto sexto y último, sostiene que, la Resolución materia de Cumplimiento causa agravio a mi representada y al demandante por cuanto la administración no puede dar cumplimiento con los adeudos reconocidos por la entidad que no es la competente; generando así un conflicto social considerando que el Gobierno viene destinando desde el año 2008 los fondos para el pago de la bonificación del D.U. N.º 037-94, previo estricto cumplimiento del procedimiento establecido.

### **1.3.1. Auto admisorio de la contestación:**

Mediante resolución N.º 03, de fecha 21 de mayo de 2014, se tiene por apersonado al proceso a Oswaldo López Arroyo en condición de procurador público del Gobierno Regional de Ancash, se tiene por señalado su domicilio procesal y se da por ABSUELTO el traslado de la Demanda.

#### 1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - RED DE SALUD HUAYLAS SUR:

**Doctor Jhon Elvis Castro Carranza**, director de la Red de Salud Huaylas Sur, quien absuelve la demanda solicitando se declare infundado, bajo los siguientes argumentos y/o fundamentos siguientes:

- ❖ Que, de los medios probatorios anexados por el demandante, no se determina fehacientemente que el demandante sea un servidor de carrera del Centro de Salud de Aija y que tenga la condición de Inspector Sanitario I-categoría SPE, y que se encuentre en la escala N.º 8 determinada por el D.S. N.º 051-91-PCM.
- ❖ Y como se aprecia de los medios de prueba anexos de dicha acción constitucional los actos administrativos cuyo cumplimiento se persiguen con el presente proceso, fueron emitidos por la Dirección Regional de Salud de Ancash, entidad que después de generar expectativas económicas en los agremiados de la FRETRASSA, dispone en los artículos terceros: “Delegar en los Directores de las unidades ejecutoras que conforman la Dirección Regional de Salud de Ancash, la responsabilidad de su ejecución de acuerdo a su disponibilidad presupuestaria, según corresponda”. Sin tener presente que la Red de Salud Huaylas Sur, no tiene asignado presupuesto para el cumplimiento de ese tipo de obligaciones, por lo que lo dispuesto en las Resoluciones Directorales N.º 0554-2009 y 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER se convierte en inejecutable en el ámbito administrativo de la entidad que hoy represento.
- ❖ Asimismo, es completamente falso que mi persona no haya querido cumplir hasta la actualidad con los mandatos dispuestos tanto en la



Resolución Directoral N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio de 2009, como en la Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de setiembre de 2011, pues si se verifica en ambas fechas de los citados documentos, estos fueron emitidos en el período en el cual se encontraba ejerciendo el cargo de Directora Ejecutiva de la Red de Salud Huaylas Sur, la Doctora Luz Leticia Paredes Quilliche; siendo necesario precisar que mi designación en reemplazo de la citada profesional se ha producido recién el 28 de enero de 2013.

- ❖ Y si bien es cierto que la Resolución Directoral N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio de 2009, como en la Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de setiembre de 2011, disponen delegar facultades a la Unidades Ejecutoras de la Dirección Regional de Salud Áncash, el pago del reintegro de la Bonificación Especial dispuesto en el Decreto Supremos N.º 037-94, también lo es que mediante Resolución Directoral N.º 0179-2014-REGIÓN-A-DIRES-A-RED-S-HS/UP, de fecha 05 de marzo del presente año, se resuelve aprobar el nuevo y actualizado cuadro de cuantificación de los adeudos de la mencionada bonificación, pues la Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER también lo dispone de esa manera ya que en ella se deduce lo percibido por el Decreto Supremo N.º 019-94, hasta el 31 de diciembre del año 2008, por lo tanto en el caso del accionante su deuda asciende a una suma mucho menos a la de S/. 28,006.00 soles (veintiocho mil seis con 00/100 soles), como es sustentada en la demanda. Reconocimiento económico que será

materializado cuando el Gobierno Regional de Ancash proceda a realizar la correspondiente transferencia financiera; pues como se expresó anteriormente, mi representada no tiene asignada ninguna suma de dinero para reconocer este beneficio social.

- ❖ Y por último es necesario indicar que el aparente incumplimiento del mandato contenido en los actos administrativos indicados en el petitorio de esta acción constitucional, no pretende vulnerar los derechos de acreencia del demandante, pues como se demuestra en la Resolución Directoral N.º 0179-2014-REGIÓN-A-DIRES-A-RED-S-HS/UP, de fecha 05 de marzo del año en curso, se le reconoce dicho derecho, adjuntándose además la relación de otras personas beneficiadas con tal bonificación, reconocimientos sociales que se materializaran cuando el Ministerio de Economía y Finanzas transfiera al Gobierno Regional de Ancash el presupuesto correspondiente y este sea derivado a mi representada.

#### 1.4.1. Auto Admisorio de la contestación

Mediante resolución N.º 04, de fecha 29 de mayo de 2014, se tiene por apersonado al proceso a Jhon Elvis Castro Carranza, en condición de director de la Red de Salud Huaylas, se tiene por señalado su domicilio procesal y se da por **ABSUELTO** el traslado de la Demanda.

### 1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – DIRECCION REGIONAL DE SALUD ANCASH:

**Carlos Enrique Segovia Maldonado**, en su calidad de Director Regional de Salud Ancash, quien se apersona y contesta el traslado de la demanda de la siguiente manera:

- ❖ Reconoce que es verdad que el demandante es servidor del Centro de Salud de Aija, jurisdicción de la Red de Salud Huaylas Sur, categoría SPE, también que se emitió la R.D. N.º 0078-2009-REGIÓN ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 30 de enero del 2009 y la R.D. N.º 0554-2009--REGIÓN ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio del 2009, donde se aprueba el cuadro de los adeudos del D.U. N.º 037-94, y es verdad que dichas resoluciones se encuentran en proceso de nulidad por transgredir las normas vigentes.
- ❖ Que, si bien se le delegaron a las Unidades Ejecutoras su cumplimiento, en el caso de autos corresponde a la Red de Salud Huaylas Sur su cumplimiento por ser personal de dicha Red y no corresponde a la DIRES, y que no es verdad que lo resuelto por el Tribunal Constitucional sea de aplicación al presente caso, toda vez que solo es aplicable a las partes que intervinieron en dichos procesos.

#### **1.5.1. Auto Admisorio de la Contestación:**

Mediante resolución N.º 05, de fecha 05 de junio de 2014, se tiene por apersonado al proceso a Carlos Enrique Segovia Maldonado en condición de Director Regional de Salud de Ancash, se tiene por señalado su domicilio procesal y se da por **ABSUELTO** el traslado de la Demanda.

## 2. ETAPA RESOLUTIVA

### 2.1. SENTENCIA:

Mediante Resolución N.º 06, de fecha 30 de julio de 2014, el Segundo Juzgado Mixto de Huaraz, declara **FUNDADA** la demanda de Proceso de Cumplimiento, y en consecuencia se **ORDENA** a las Entidades demandadas, **CUMPLAN** dentro del plazo de 5 días y bajo responsabilidad de ejecutar lo dispuesto en las resoluciones directorales antes mencionadas, abonar al demandante la suma total de S/. 34,197.23 soles (treinta y cuatro mil ciento noventa y siete con 23/100 soles) por concepto del derecho a percibir la bonificación aprobada en el Decreto de Urgencia N.º 037-94, bajo los siguientes fundamentos:

- ❖ Que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 6 del artículo 200º, de la Constitución Política del Perú, la Acción de Cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de Ley; concordante con el artículo 66º del Código Procesal Constitucional, en donde desarrolla el mencionado dispositivo constitucional precisando que el objeto del proceso de cumplimiento es ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) De cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. De esto se colige que, el presente mandato debe dirigirse a la autoridad administrativa que emitió la Resolución Administrativa reconociendo la solicitud de la recurrente,

El artículo 66° del C.P.C. “... el primer inciso hace referencia al cumplimiento a una norma legal, debiendo entender esta en un sentido amplio, vale decir, que dentro del concepto (norma legal) están comprendidas todas aquellas contenidas en disposiciones de distinto rango jurídico, en un universo normativo que puede ir desde la propia Constitución hasta una simple Resolución Jefatural e independientemente de que regulen aspectos de carácter abstracto o general, o resuelvan situaciones de carácter particular o individual. Lo único que exige el Código Procesal Constitucional es cuando se trate de una Resolución; es decir, de un acto administrativo decidido por un funcionario público, este haya alcanzado la condición de firme y que el derecho administrativo se conoce como cosa decidida” de ser así, tiene el mérito de cumplimiento por autoridad o funcionario renuente.

- ❖ Conforme lo determina el artículo 69° del Código Procesal Constitucional, para la procedencia del proceso de cumplimiento se requiere que la demandante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo, para establecer en el caso del cumplimiento de una ley que esta tenga carácter autoaplicativo y tratándose de acto administrativo que se haya concretado en resolución o disposición definida e inobjetable. Tal como señala Enrique Pestana U. que: “Mas que un requisito especial de la demanda, el requerimiento escrito previo al cual se refiere el artículo comentado, constituye un elemento de procedibilidad de la demanda de cumplimiento, pues es el único medio para demostrar la renuencia del funcionario o autoridad obligada. ( ... ).

- ❖ Pues, la inercia de la autoridad o funcionario puede ser tanto de carácter formal como material; la primera, consiste en omitir la producción de un acto administrativo o una disposición reglamentaria y la segunda, consiste en el no cumplimiento de una norma legal o en la ejecución fáctica de lo resuelto en un acto administrativo.
- ❖ Como lo ha resuelto de manera vinculante el Tribunal Constitucional en el expediente número 0168-2005-PC/TC: "Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandata contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes: a) Ser un mandato vigente, b) Ser un mandata cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo, c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, e) Ser incondicional (excepcionalmente podrá tratarse de un mandato condicional, siempre que su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria). Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos comunes antes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante, g) Permitir individualizar al beneficiario".

El funcionario o autoridad pública deberá tener en cuenta cinco requisitos básicos como el que sea un mandato vigente, un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indudablemente de la norma legal o del acto administrativo, no estar sujeto a controversia compleja ni a

interpretaciones dispares, ser de ineludible y obligatorio cumplimiento y ser incondicional. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, deberá reconocer un derecho incuestionable del reclamante, permitir individualizar al beneficiario; en el que se expresa que estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por la Constitución Peruana y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve.

- ❖ Igualmente debe señalarse que, ha quedado debidamente establecido en autos; mediante i) La Resolución Directoral N.º 0554-2009-REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPE, de fecha 06 de julio del 2009, en el cuadro de costos de diferencia, reconoce por la suma de S/. 28,765.31 soles (veintiocho mil setecientos sesenta y cinco con 31/100 soles); y en ii) La Resolución Directoral N.º 0913- 2011-REGIÓN-ANCASH-DRES/OGDRH, de fecha seis de setiembre del dos mil once, reconoce al recurrente en el cuadro de costos de diferencia del D.U. N.º 037-94 Y D S. N.º 019-94 en la suma de S/. 5,431.92 soles (cinco mil cuatrocientos treinta y uno con 92/100 soles), en cuyo contenido de la resoluciones aludidas, establecen que no requieren de sentencia judicial para su cumplimiento así como no existe proceso judicial sobre la nulidad de las resoluciones administrativas que reconocen el derecho del recurrente, ni tampoco se ha declarado la nulidad de las resoluciones cuyo cumplimiento que solicita, tal como verse de folios tres a siete de autos, por cuanto se presume que tiene la validez y el Estado, representado por las entidades demandadas tiene la obligación de acatar conforme el artículo 200º inciso

6, de la Constitución Política en concordancia con el artículo 68° del Código Procesal Constitucional. Por las consideraciones expuestas, las entidades demandadas, al representar el Ministerio de Salud y contar con el presupuesto designado por el Ministerio de Economía y Finanzas y ser el titular del pliego corresponde el cumplimiento de tales fines, sin excusas, tienen la obligación de cumplir la resolución que materia de acatamiento; toda vez que, el Gobierno Regional de Ancash y la Dirección Regional de Salud de Ancash resuelve reconocer en la Resolución administrativa indicada, tal como versa de folios tres a siete (que impregnan sus sellos).

- ❖ Al respecto el Tribunal Constitucional, en el expediente N.° 3717-2005-PC/TC, en su fundamento once prohíbe el argumento de falta de fondo o presupuesto a fin de no dar cumplimiento los actos administrativos, establece que: *“(...) este colegiado considera necesario insistir en que las autoridades administrativas no pueden usar el pretexto de la falta de fondos para no acatar una resolución constitucional y legal (...)”*.
- ❖ Asimismo, se ha verificado en autos; que, durante la tramitación del presente proceso, no se ha acreditado que la resolución cuyo cumplimiento se exige, haya sido anulada o que se encuentre pendiente de ser resuelto el recurso contra ella, motivo por el cual debe atribuírseles la calidad de consentida y vigente. No obstante ello, la emplazada ha incumplido con tal mandato a pesar de ser cierto y expreso, resultando una situación de evidente injusticia, el que se haya postergado el pago de los beneficios mencionados, a favor de la parte demandante, correspondiendo exigirse a la entidad demandada, que realice sin más dilación, las gestiones necesarias, para el pago efectivo de los beneficios reconocidos, teniéndose



en consideración, que dicho desembolso debió estar considerado, a lo mucho, dentro del pliego presupuestal correspondiente al año; sin embargo, hasta la fecha no se ha dado el cumplimiento, por lo que se debe dar inmediato cumplimiento.

- ❖ Frente al incumplimiento de la parte demandada, de abonar el monto que aparece en la resolución materia de cumplimiento; la demandante en atención a lo dispuesto por el artículo 690° del Código Procesal Constitucional, procedió a requerir a la Dirección Regional de Salud de Ancash, tal como versa de la solicitud de folios nueve y diez de autos, sin obtener la respuesta alguna.
- ❖ Por lo que, ha quedado fehacientemente establecido en autos, que la entidad demandada, no pretende dar cumplimiento al requerimiento efectuado; siendo esto así, el cumplimiento del mandato contenido en las Resoluciones: i) La Resolución Directoral N.° 0554-2009- REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPE, de fecha seis de julio del dos mil nueve; ii) La R.D. N.° 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-DIRES/OGDRH, - de fecha 06 de setiembre del 2011, por el tiempo transcurrido debe ser atendido de manera inmediata, la cual obviamente contiene una obligación que tiene que ver con derechos alimentarios, de tal manera que no se puede seguir postergando el pago dispuesto y reconocido.
- ❖ Siendo esto así, al tratarse de un acto administrativo firme, el contenido de las resoluciones indicadas; corresponde ordenar a los demandados el cumplimiento de dichos actos, esto es, el pago de la suma total de reconocido en resolución aludido; a favor del demandante; conforme a lo ordenado en la citada resolución, que obra a folios dos a cuatro.

- ❖ De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 56° del Código Procesal Constitucional, se establece que, en los procesos constitucionales, el Estado puede ser condenado al pago de costos; en este sentido impóngase al Estado, representado por Gobierno Regional de Ancash, por haber sido quien emitió la resolución materia de cobro, el pago de los costos del proceso en ejecución de sentencia.
- ❖ Consecuentemente, cúmplase la obligación de dar suma de dinero per concepto bonificación especial contenido en el D. U. N.° 037-94, bajo el lineamiento que contempla el artículo 22° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, al ser la deudora parte del Estado.

### **3. ETAPA IMPUGNATORIA**

#### **3.1. RECURSO DE APELACIÓN- DIRECCION REGIONAL DE SALUD DE ANCASH:**

**Hernán Luis Villacaqui Rojas**, en su calidad de Director Regional de Salud de Ancash, manifiesta que, las resoluciones directorales no son aún actos administrativos firmes, pues el pago se sujeta a los recursos que remita el Ministerio de Economía y Finanzas para su ejecución.

Siendo que la Leyes anuales de presupuesto, tanto que resulta imposible cumplir con lo aprobado, más aún si este está sujeto al reconocimiento que debe hacerse mediante Resolución Ejecutiva Regional de parte del Gobierno Regional de Ancash, como titular del pliego, por lo que la sentencia debe revocarse.

### 3.2. RECURSO DE APELACIÓN- GOBIERNO REGIONAL DE ANCASH:

**Doctor Juan Chirhuana Juarez**, en calidad de Procurador Adjunto del Gobierno Regional de Ancash, señala en su apelación que la Resolución cuyo cumplimiento pretenden el demandante fue expedida por el Director de la Red de Salud Huaylas Sur, quien sería el responsable de ejecutar dicho acto administrativo, sin embargo, la autoridad competente para realizar el reconocimiento al otorgamiento de bonificación del D.U. N.º 037-94, es el Titular del pliego, esto es el Presidente del Gobierno Regional de Ancash, consecuentemente no corresponde a ninguna Dirección Regional emitir actos administrativos sobre adeudos por dicho concepto, por ser nulo e ilegal de pleno derecho, además que para el presente ejercicio presupuestal, el Gobierno Central autorizo al Ministro de Economía y Finanzas transferir la suma de S/. 135'000,000.00 soles (ciento treinta y cinco ml millones de soles), destinados para el pago de los adeudos de este decreto de urgencia, señalando así la incompetencia de este órgano de gobierno cumplir con lo requerido. Por estas consideraciones solicitamos se **Revoque** la apelación.

### 3.3. AUTO QUE CONCEDE LA APELACIÓN:

Mediante la Resolución N.º 07, de fecha 15 de setiembre de 2014, que señala se ha cumplido presentar los escritos de apelación dentro del plazo establecido por ley, por lo que **RESUELVE CONCEDER** los Recursos de apelación con efecto suspensivo, contra la sentencia recaída en la resolución N.º 06.

### 3.4. AUTO QUE CONCEDE PLAZO PARA EXPRESAR AGRAVIOS:

Mediante Resolución N.º 09, de fecha tres de febrero del año dos mil quince, se concede el plazo de tres días a la parte apelante para que exprese sus agravios, y mediante la Resolución N.º 10, de fecha veintiséis de marzo del año dos mil quince, se da cuenta que no habiendo la parte apelante expresando agravios dentro del proceso concedido, se tenga por absuelta en su Rebeldía y se fijó fecha de vista de la causa.

## 4. INHIBICIÓN:

### 4.1. AUTO DE INHIBICIÓN:

En fecha 04 de diciembre, la Jueza se abstiene por decoro del conocimiento del proceso, ya que el abogado de la Red de Salud Huaylas Sur, viene a ser su cónyuge. Y mediante la Resolución N.º 11, se acepta la inhibición de dicha jueza.

## 5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante Resolución N.º 12, a los catorce días de diciembre del año dos mil quince, los magistrados que conforman la sala Especializada en lo Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash, resuelven **REVOCAR** la sentencia contenida en la resolución número seis, y declararon **INFUNDADA** la demanda de cumplimiento.

## 5.1. FUNDAMENTOS DE SALA:

- ❖ De acuerdo con el artículo 200° inciso 6 de la Constitución Política del Perú, la demanda de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; asimismo, el artículo 66°, inciso 1) del Código Procesal Constitucional, señala que el proceso de cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad renuente, de cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme. En efecto, no basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que impone la Constitución, las normas del bloque constitucional o la Ley, según sea el caso, y que tengan vigencia, sino que es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Es sobre la base de esta última dimensión que conforme a los artículos 3°, 43° y 45° de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional (no enumerado) a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento,
- ❖ El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico doce de la sentencia expedida en el expediente N.° 00168-2005-PC/TC7, que constituye precedente vinculante para la judicatura nacional, ha dejado establecido que: (para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública,

deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato, de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto que; de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70° del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea", precisando además en el fundamento jurídico catorce, como tales requisitos mínimos los siguientes: "e) Ser un mandata vigente, b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo. C) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento. e) Ser incondicional (...). Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante, y g) Permitir individualizar al beneficiario ".

- ❖ Asimismo, es conveniente recordar también que el Supremo Tribunal, en la STC N.º 191-2003-AC/TC, ha precisado que "(...) para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver que, como se debe; carece de estación probatoria, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; asimismo, que se trate de un mandato cierto o líquido,

es decir, que pueda inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene (...)".

#### **Análisis del caso concreto:**

- ❖ Que teniendo como premisa que el mandamus cierto, hace referencia a su condición de seguro y verdadero, sobre el cual no existe duda y que es uno establecido de manera precisa e incontrovertible, es factible concluir que tales características implican certeza sobre lo ordenado y las condiciones en que ello debe ser ejecutado. La claridad está referida a la evidencia y a la fácil distinción del mandato; así el significado del mandamus debe fluir "claramente" de los preceptos de la norma legal o del acto administrativo: siendo este, que se condice plenamente con la jurisprudencia constitucional enunciada en los considerandos 4.3 y 4.4.
- ❖ Que, analizadas acuciosamente la Resolución Directoral N.º 0554- 2009- REGIÓN-ANCASH-DIRES/DIPER, de fecha 06 de julio del 2009 y la Resolución Directoral N.º 0913-2011- REGIÓN-ANCASH-DIRES/OGDRH, de fecha 06 de setiembre del 2011 (emitidas por la Dirección Regional de Salud de Ancash), insertos de folios tres a cinco; y de seis a siete respectivamente: asimismo, la Resolución Directoral N.º 0179-2014- REGIÓN-A-DIRES-A-RED-S-HS/UP de fecha 05 de marzo del 2014 (emitida por la Red de Salud Huaylas Sur) obrante de folios veintiocho a treinta y seis, resulta evidente que los actos administrativos materia de demanda no contienen un mandamus cierto y claro.
- ❖ En efecto, existe una sustancial divergencia en el manto global reconocido. en: i) La Resolución Directoral N.º 0554-2009-REGIÓN-

ANCASH-DIRES/DIPE, de fecha 06 de julio del año 2009 ii) La Resolución Directoral N.º 0913-2011-REGIÓN-ANCASH-/DIRES/OGDRH, de fecha seis de setiembre del año dos mil once, con la Resolución Directoral N.º 0179-2014-REGIÓN-A-DIRES-A--RED-S-HS/UP, de fecha 05 de marzo del 2014: pues mientras que en las primeras mencionadas se establece que el manto de la obligación a pagarse es en la suma de S/. 28,765.31 soles (veintiocho mil setecientos sesenta y cinco con 31/100 soles), y S/. 5,431.92 soles (cinco mil cuatrocientos treinta y uno con 92/100 soles), respectivamente, hacienda un total de S/. 34,197.23 soles (treinta y cuatro mil ciento noventa y siete con 23/100 soles); en la Resolución Directoral N.º 0179-2014- REGIÓN-A-DIRES-A-RED-S-HS/UP, de fecha 05 de marzo del 2014 se establece un monto menor a lo señalado precedentemente, ascendente S/. 29,895.30 soles (veintinueve mil ochocientos noventa y cinco con 30/100 soles) ; precisándose además que en el primer caso la liquidación se ha efectuado en dos momentos; es decir, primero hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil ocho y luego se procedió a ampliar la liquidación hasta el 30 de junio del 2011; mientras que en el segundo caso se ha efectuado la liquidación hasta el 31 de diciembre del 2011, es decir, existe doble reconocimiento de la bonificación especial por concepto del Decreto de Urgencia N.º 037-94, a favor del demandante.

- ❖ En tal sentido resulta evidente que, en el presente caso, las resoluciones administrativas cuyo cumplimiento se solicitan no reúnen las características mínimas comunes del mandato desarrollado en el fundamento jurídico 12º de la sentencia expedida en el expediente N.º



00168-2005-PC/TC; pues si bien es cierto, que el mandamus de las resoluciones cuyo cumplimiento se solicitan, aparentemente resultan ciertos y claros. no obstante, resultan disimiles en la liquidación a que se contrae la Resolución Directoral N.º 0179-2014-REGIÓN-A-DIRES-A-RED-S-HS/UP, de fecha 05 de marzo del 2014, obrante a folios veintiocho, ofrecido como prueba por la Red de Salud Huaylas Sur, por tanto, la demanda interpuesta no puede ser amparada: máxime. si los actos administrativos materia de proceso, tampoco cumplen con la exigencia anotada en el ítem c) del fundamento 4.3 de la presente resolución, referida a que el mandamus no debe de estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; que implica que solo deberá ampararse la demanda de cumplimiento cuando la claridad del mandato se mantenga incólume: es decir, cuando no se dude sobre su significado o sentido, lo cual no sucede en el presente caso al no determinarse certeramente cual es el beneficio económico a reconocerse al actor, como consecuencia de ser beneficiario del Decreto de Urgencia N.º 037-94.

## I. MARCO TEÓRICO

### 1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:

#### 1.1. JURISDICCIÓN:

Es la potestad que tienen los jueces para administrar justicia. Flores (2013) cita a algunos autores nacionales, en los siguientes términos: para Perla (2004), “jurisdicción es la facultad de conocer, tramitar y decidir conflictos” (p. 47); para Alzamora (1987), “es el poder que corresponde al Estado para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares mediante la actuación de la Ley” (86). Para Bramont & Arias (2001), “jurisdicción es la potestad pública de conocer y fallar en los juicios civiles y criminales” (p. 23).

De los procesalistas extranjeros, podemos citar a los siguientes:

Couture (1979) refiere que:

Función jurisdiccional, actividad pública realizada por órganos competentes nacionales e internacionales, por las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias, mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución. (p. 369)

El procesalista italiano Manzini (1951) refiriéndose más a materia penal, sostiene:

La jurisdicción es la función soberana que tiene por objeto la demanda de quien tenga debido interés en ello, si en caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse ejecución a la voluntad

manifiesta por ella; función, cuyo ejercicio en la materia penal esta exclusivamente reservado, a órganos del Estado instituidos con las garantías de la independencia y de la imparcialidad y está garantizada mediante determinadas formas. (p. 23)

## **1.2. COMPETENCIA:**

Se ha dicho que la competencia es la medida de la jurisdicción, o es el límite de esta. Podríamos agregar que la jurisdicción es el género, y la competencia la especie. Se reparte esta entre los jueces en razón de la materia, el territorio, la cuantía y hasta el turno.

## **1.3. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:**

Es aquella a cargo de organismos jurisdiccionales de tipo especial o a cargo del propio Poder Judicial, que administran justicia en materia constitucional, empleando para ello también procedimientos constitucionales.

Lo particular de esta jurisdicción es controlar la constitucionalidad y velar por el respeto a la Constitución, así como que corre a cargo preferentemente de los llamados tribunales constitucionales.

Existe diferencia sustancial entre jurisdicción común y constitucional, que el tratadista mexicano Burgos (2008), señala que la función judicial propiamente dicha no entraña ninguna relación política, de poder a poder, entre el órgano jurisdiccional titular de la misma y cualquier otra autoridad, sea legislativa, ejecutiva o judicial, puesto que no tiene como objeto primordial el mantenimiento del orden constitucional, sino que su finalidad

solo estriba en resolver el problema jurídico que se somete a su conocimiento. Por el contrario, cuando los órganos del Poder Judicial, despliegan su actividad jurisdiccional de control constitucional, se colocan en una relación política, en el amplio sentido de la palabra, con los demás poderes, al abordar el examen de los actos realizados por estos, para establecer si contravienen o no el régimen constitucional, cuya protección y tutela son el principal objeto de la función.

#### 1.4. SISTEMAS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:

Admitida ya por la mayor parte de constitucionalistas, la existencia de una jurisdicción constitucional, aquellos difieren en lo referente a los bloques en que ella se agrupa, es decir, en los sistemas. Mientras que para Fernández (1984), existes dos grandes bloques: los sistemas de jurisdicción difusa y los sistemas de jurisdicción concentrada, dejando a un lado las modalidades de control constitucional por un órgano parlamentario, característico del sistema francés, y así mismo se debe enfatizar que hay tres sistemas: concentrado, difuso y político, trilogía que admite como viable el autor nacional (García, 2012).

- a) **Sistema Difuso:** Surgió en la vía jurisprudencial, con la sentencia del juez Marshall, en 1803, en el caso particular Marbury vs. Madinson, recibe el nombre de sistema difuso porque la facultad de control jurisdiccional de las leyes se reparte entre todos los jueces, quienes, en casos concretos de inconstitucionalidad, pueden pronunciarse; naturalmente en la práctica quien impone la pauta es la Corte Suprema, con su respetable jurisprudencia.

Las características del sistema difuso pueden resumirse en las siguientes:

- Se plantea en vía incidental y en casos concretos en los cuales la ley por aplicarse se cuestiona como inconstitucional.
- Los órganos jurisdiccionales, que son el Poder Judicial, se pronuncian únicamente sobre la inaplicabilidad de la ley inconstitucional, pues el veredicto no tiene efectos derogatorios.
- Los efectos son de aplicación inter partes, es decir, únicamente para los contendientes en el proceso que se ha calificado la ley como inconstitucional.

**b) Sistema concentrado:** Fue concebido y desarrollado por Hans Kelsen y fue Austria la primera en implantarla. Se le denominada concentrado, por estar a cargo de un órgano jurisdiccional exclusivo, como son los tribunales constitucionales.

Las principales características del sistema concentrado, son las siguientes:

- Se plantea en vía de acción y se resuelve en forma abstracta y no en referencia a ningún caso en particular o concreto.
- Las sentencias se pronuncian declarando la inconstitucionalidad de las leyes, lo que implica la consiguiente derogatoria de las mismas.

Los efectos de la sentencia son *erga omnes*.

**c) Sistema político:** No constituye un sistema jurisdiccional propiamente dicho, por que corre a cargo de organismos políticos, que al fin y al cabo

ejercen control constitucional de leyes, pronunciándose sobre las mismas.

En efecto este sistema encarga el control de la Constitución a un órgano político, como es el legislativo.

### 1.5. PRINCIPALES DERECHOS PROCESALES CONSTITUCIONALES:

Aunque se encuentra una clara distinción entre derechos, como objeto de protección y garantías, como mecanismos procesales de amparo, lo que analizaremos más adelante, en el ámbito procesal, también existen algunos derechos que, por su trascendencia, creemos integran justificadamente el Derecho Procesal Constitucional, tales como el derecho a la jurisdicción, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional, a la defensa y a las etapas mínimas dentro del proceso.

Es cierto que, con diferentes matices, están reconocidos por las Declaraciones e instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, pero cierto es también que, están internalizados en los ordenamientos constitucionales nacionales. Y precisamente son alegados y reclamados cuando de defender los Derechos Constitucionales se trata, particularmente, el derecho a la jurisdicción y el derecho al debido proceso y el de la tutela judicial.

- a) **Derecho a la Jurisdicción:** Este derecho, de carácter procesal, debemos entenderlo como el que tiene toda persona que sea sometida a un proceso penal y su consiguiente juzgamiento, debe ser puesto ante la autoridad u organismo correspondiente y no ante ninguno diferente.

b) **Derecho al debido proceso:** entendemos el debido proceso como el derecho que tiene toda persona sometida o por someterse a un proceso jurisdiccional de tipo penal, a contar con un mínimo de condiciones, garantías y medidas de legalidad, de imparcialidad y de ser oído, así como hacer uso de derecho de defensa.

c) **Derecho a la tutela jurisdiccional:** es la facultad que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para que estos resuelvan un conflicto de interés o declaren un derecho insuficientemente indeterminado.

Este derecho implica, no solamente el avocamiento por parte de dichos órganos en la causa puesta a su conocimiento, sino la protección procesal necesaria, que un justiciable requiere para el mejor esclarecimiento de su derecho.

El jurista nacional Monroy (1996), dice sobre este derecho lo siguiente:

El derecho a la tutela jurisdiccional como derecho público subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, está facultada a exigirle al estado, tutela jurídica plena, se manifiesta de dos maneras: el derecho de acción y el derecho de contradicción. (p. 439)

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES: ACCIONES DE GARANTÍA

### 2.1. DERECHOS, LIBERTADES Y GARANTÍAS

Antes de referirnos a los procesos constitucionales, consideramos importante dejar plenamente esclarecidas las diferencias entre tres categorías político-

constitucionales: los derechos, las libertades y las garantías, que son la materia misma de esos procesos. Pues, como ya veremos más adelante, si en un proceso no se plantea con precisión con la materia con la controversia, dicho proceso nace muerto y ello significa que el litigante o su abogado no saben lo que quiere.

En algunas ocasiones suele ocurrir, que creemos tener un derecho o una libertad, pero se trata de una simple expectativa que no está constituida por la Constitución o por la Ley. Otras veces y con gran frecuencia sucede, que existe buen número de derechos, pero que los ciudadanos desconocen, y si no los ignoran del todo, no conocen sus alcances.

Veamos cada una de las categorías:

**a) Derechos:** Son las facultades de ejercicio que tiene las personas, de todo aquello que ha sido conquistado, reconocido y establecido a su favor, en el ordenamiento jurídico del Estado.

Una significación alude a los derechos políticos y debemos de entenderlos como las facultades de ejercicio de determinadas libertades públicas, reconocidas por la constitución y por instrumentos internacionales, suscritos por el Estado, cuyos ciudadanos lo gozan.

El profesor argentino Bidart Campos, define a los derechos como los atributos, facultades, que se reconocen o se otorgan a los individuos que componen la población del Estado.

Gonzáles (2016), dice por su parte que los derechos son los que corresponden a todo hombre en su calidad de tal y que la Constitución reconoce, los que pertenecen al pueblo y a los ciudadanos y que la



Constitución sanciona o concede, lo que esta acuerda a los extranjeros, los que se reservan no enumerados pero inherentes al principio de la soberanía popular, etc.

El derecho es facultad de ejercicio de algo, y tratándose de derechos políticos, es la facultad de ejercicios de las libertades públicas. La esencia del derecho es la libertad. Pero esta vinculación estrecha, las emana de tal manera que algunas veces suele confundírseles o usarlas indistintamente, sin embargo, existe diferencia. Pues los derechos son más subjetivos, pertenece más a la persona individual, en tanto que las libertades tienen mayor trascendencia, tiene un sentido colectivo o grupal.

Son derechos por ejemplo el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física, al libre desarrollo y bienestar; el derecho a solicitar información, al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz, a la imagen, a la inviolabilidad de domicilio, el secreto e inviolabilidad de comunicaciones, a escoger el lugar de residencia, de asociación, de contratación, de propiedad y herencia, de participación, derecho de petición, de nacionalidad.

En cambio, las libertades tienen mayores repercusiones externas, tienen que ver con el grupo, la sociedad y el Estado y preferentemente con el poder político, tales como las libertades de información, de opinión, expresión y difusión del pensamiento, libertad de conciencia y creencia, de reunión y preferentemente las libertades vinculadas con la seguridad personal. Las libertades relacionadas con el trabajo, la seguridad social, la salud y la educación.

b) **Libertades:** Para los fines del presente trabajo, nos interesan las libertades, en sus acepciones política y jurídica. Existe también una acepción filosófica con numerosos enfoques, como numerosos son los autores que se han ocupado de ella.

Hablar de libertad desde un punto de esta política, no se puede dejar de relacionarlo con el Estado y particularmente con el elemento principal de este, como es el poder político, en la medida que este se mantiene en constante conflicto frente a los ciudadanos, mientras que estos mantienen una constante lucha social por arrancar ciertas liberalidades en su ejercicio ciudadano.

Por ello, debemos entender a la libertad, como un producto de la lucha social y que por tanto es un producto histórico que se ha arrancado a las clases gobernantes de los Estados y que consiste en las permisiones o liberalidades ciudadanas, ya para el juego de sus ideas o de sus acciones políticas frente al Estado.

Quizás si ensayando una noción de libertad, podríamos afirmar que ésta es el ambiente exento de dificultades, de privaciones y limitaciones por parte del Estado y que permite a las personas el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos y su participación en la vida política de su país.

En la acepción jurídica, las acciones de los diferentes autores resultan más circunscritas y concretas. Hauriou (1999), sostiene que la libertad individual consiste – según la Declaración de los Derechos Humanos de 1789- en poder hacer todo lo que no está prohibido por la Ley y en no poder ser obligado a hacer lo que la ley no ordena, es decir, la libertad

dentro del marco de la Ley, y agrega: la libertad humana no tendría sentido, si no fuera generadora de derecho. No es una libertad de hecho, sino una libertad de derecho, en el sentido de que se acomoda a la Ley, y sobre todo en el sentido de que crea el derecho mediante la autonomía jurídica.

Linares (1956) es más preciso, cuando dice que "la libertad es el poder que pertenece a todo individuo, de ejercer y desenvolver su actividad física, intelectual y moral, sin que el Estado pueda aportar otras restricciones que las que son necesarias para proteger la libertad de todos" (pp. 98- 101).

Sánchez (1948, citado en Linares, 1956), dice que la libertad en sentido más general, es exención de una necesidad. Esa exención de una necesidad, hace referirse a un sujeto que se exime y se libera; a un objeto como a su fin, se encamina esa actividad libre y una necesidad que se remueve para liberar la acción.

Ya en anterior trabajo nuestro hemos sostenido lo siguiente: la libertad, a nuestro modo de ver y ya desde el punto de vista jurídico, es la acción liberadora que corresponde a un sujeto o un grupo de sujetos, o diremos mejor, la acción eximente de dificultades y oposiciones que por contraposición se representan expresa o tácitamente en la búsqueda o consecución de un objetivo de bienestar.

Y esta acción es generalmente respecto al mismo Estado, sus órganos y sus funcionarios o también respecto a particulares. Esa acción eximente o liberadora tiene aplicaciones concretas y toma nombres propios, como son la libertad de pensamiento, la de expresión, la de reunión, la de libre

circulación, la de no ser detenido, la de desarrollar su actividad y trabajo sin compulsiones ni explotaciones, etc.

- c) **Garantías:** Son las seguridades o protecciones que dispone la Constitución a favor de los derechos y libertades fundamentales y demás derechos constitucionales. Estas medidas de protección, más que derechos son medios de defensa que el ordenamiento constitucional asigna a los organismos jurisdiccionales y que consiste en mecanismos procesales que deben emplearse para contener los excesos del poder, que generalmente vienen de autoridades y funcionarios del Poder Ejecutivo y en algunas ocasiones de los otros órganos de poder nacional, regional o local.

La explicación que hemos podido hallar, es que al consignarse cada uno de los derechos individuales y sociales, se consideraba implícitamente un amparo para cada uno de ellos, impuesto al Estado. Pero ya en nuestro país esto quedó definitivamente delimitado en la Constitución de 1979, al consignarse los derechos y libertades preferentemente en el Cap. I, con los nombres de derechos de la persona y en los capítulos siguientes, como derechos sociales, mientras que las garantías ocupaban el Título V, puntualizándose en este a las garantías del Habeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular.

En un trabajo anterior nuestro; resumíamos sobre las libertades, derechos y garantías lo siguiente:

Efectivamente, las libertades como acciones políticas de eximición o liberaciones a acciones de oposición no tendrían mucha fuerza o resultarían anárquicas si no hubiera derechos que reconozcan su

ejercicio; y ambos resultarían líricos si es que no hubiera resortes jurídicos que les den seguridad de ser practicados, esos resortes son las garantías.

Por eso es que, si tratamos de diferenciar la libertad, el derecho y las garantías, tendríamos que decir que la libertad como acción libertadora es la esencia del derecho. El derecho es la facultad jurídica y legal del ejercicio de la libertad, y la garantía es el amparo para la cristalización de la libertad y el derecho. La libertad es el contenido y la esencia; el derecho es la forma del contenido, y la garantía es el ropaje y continente de los dos anteriores. Reforzando nuestro punto de vista, nos permitimos consignar la apreciación que hace Bidart (1987), respecto a las garantías refiere que en efecto las garantías son las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas, con el objeto que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho.

Son remedios jurisdiccionales que tal como afirma Genaro, dan origen a una pretensión que solo puede dirigirse al Poder Público, porque es demanda de tutela para que ampare, asegure, restaure o haga efectiva una pretensión jurídica, en la que pueda existir un derecho.

## **2.2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ:**

La constitución peruana de 1979, que tuvo la virtud de precisar lo que exactamente son las garantías, es decir, no derechos ni libertades, sino mecanismos procesales de esos derechos y libertades, consigno en su artículo 295°, tres garantías: habeas corpus, acción de amparo y acción popular, y en el artículo 298° la acción de inconstitucionalidad; habiendo sido

desarrolladas, las dos primeras mediante la Ley N.º 23506, la tercera mediante La Ley Procesal N.º 24968, y la acción de inconstitucionalidad se desarrolló en la Ley Orgánica del tribunal de Garantías Constitucionales N.º 23385.

La Constitución de 1993 las contempla en el artículo 200º, pero con el añadido de considerar dos nuevas garantías, como son el Habeas Data y la Acción de Cumplimiento.

### **3. DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES:**

Las acciones de garantía (empleando la terminología empleada por la Constitución) y que dan lugar a los procesos de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y de Cumplimiento, ahora están regidas por las normas del código Procesal Constitucional, promulgado por la Ley 28237 el 31 de mayo del año 2004, y que ha venido a unificar en un solo cuerpo de normas, las leyes que en forma particular regían para cada una de estas acciones y sus respectivos procesos.

Precisamente el nuevo y primer código Procesal constitucional, que tenemos en el Perú y casi el primero en América Latina, en su Título I, contiene las disposiciones generales comunes a los cuatro procesos. Nos permitimos puntualizarlos a continuación, y a comentarlos en lo que fuera pertinente (Ortecho, 2016).

#### **3.1. FINALIDAD U OBJETO:**

Los procesos de Habeas Corpus; Amparo; Habeas Data, tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación y amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo (artículo 1° del código, primer párrafo).

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo el agravio producido declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y; que si procediere de modo contrario se le aplicaran las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. (Segundo párrafo del artículo 1°).

Consideramos que sobre el particular el Código representa un avance, pues anteriormente, el cese de la vulneración o amenaza o si aquella se tornaba irreparable, tales situaciones constituían causas de improcedencia de la acción, ya que al parecer el desarrollo del proceso resultaba inoficioso. Sin embargo, ahora de todas maneras se agota el procedimiento con una medida de prevención futura y de una especie de apercibimiento, para el caso en que se incurriera nuevamente en la agresión.

### **3.2. PROCEDENCIA:**

Los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo y habeas data, proceden y por tanto se ejercen (Ortecho, 2016):

**a) Contra actos u Omisiones que Violan los Derechos Constitucionales:**

El código deja plenamente delimitado que tanto el habeas corpus, el amparo como el habeas data, proceden contra hechos y no contra normas, por más que estas últimas fueran inconstitucionales. Para ellas existen otras garantías y sus respectivos procesos constitucionales ya veremos más adelante.

Pero, así como procede contra actos, también procede contra omisiones de una autoridad o funcionario, eso sí, el Código aclara en forma expresa que, tratándose de omisiones, están deben ser omisiones de actos de cumplimiento obligatorio.

Sabido es que el Estado y por consiguiente los gobiernos tienen múltiples propósitos programáticos de los cuales se derivan otras tantas obligaciones para con la ciudadanía, pero varias de ellas son de cumplimiento progresivo y en función de la capacidad presupuestal, y por ello no proceden acciones de garantía.

Por otra parte, el mismo artículo 2° del Código, distingue dos niveles de violación, la violación propiamente dicha o vulneración y la amenaza. La primera que implica consumación del acto y la segunda una conducta por realizarse.

La violación se presenta clara y objetiva, en tanto que la amenaza ha podido ser objeto de apreciaciones subjetivas que podían escapar a la función protectora de la garantía constitucional. A ello ha venido a contribuir el Código, al señalar en forma expresa lo que anteriormente se daba en el nivel de interpretación y de jurisprudencia, en el sentido de



que, si se trata de amenaza de un derecho constitucional, esta debe ser cierta, es decir evidente y de inminente realización.

Y en cuanto al cuarto proceso, sobre Cumplimiento, simplemente procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo, debemos entender que ello se emplea ante la renuencia de la autoridad de aplicar la Ley o el acto administrativo.

En el campo de la casuística encontramos por ejemplo actos que vulneran la libertad personal y ameritan el uso del habeas corpus, una detención arbitraria, la colocación de guardias en la puerta de la vivienda de un ciudadano, el seguimiento que le hace la policía; actos que atentan contra otros derechos constitucionales y que ameritan la acción de amparo, como la interrupción del derecho de reunión, la violación de domicilio, la violación de cualesquiera de los aspectos de la libertad de prensa.

Actos que amenazan la libertad personal serían, por ejemplo, sacar a un detenido de una comisaría, fuera de los locales policiales, por las noches con el fin de hacerles interrogatorios y presionarles con posibles torturas o violencia físicas: serían también los actos que realiza una autoridad política, una autoridad de trabajo o un empleador, a los dirigentes sindicales, amedrentándoles con despedirlos del trabajo, para que no lleven adelante un paro o una huelga.

**b) Procede contra Autoridades, Funcionarios y Personas Particulares:**

En la tarea de emprender una acción de garantía y perseguir la protección por parte del órgano jurisdiccional, resulta importante precisar cuál es el órgano vulnerador o que amenaza la libertad personal o en el caso de los demás derechos o de los derechos informáticos, quien es el agente

agresor u omisivo, no tanto para los fines de la sanción que en este caso ocupa segundo lugar, sino para los efectos de restablecer aquellos derechos.

Tanto la Constitución de 1979 como la de 1993, puntualizan en forma genérica, quienes pueden ser agentes vulneradores. Precisamente el artículo 200° de esta última, que procede Habeas corpus, Amparo y Habeas Data, contra autoridades, funcionarios y personas particulares.

Acciones de garantía contra autoridades. Se comprende en ellas las autoridades políticas, policiales y judiciales. Entre las primeras pueden incurrir en vulneración un ministro, un prefecto, un subprefecto, un gobernador, un alcalde, regidores, en razón de tener poder político.

En un segundo grupo, ubicamos las autoridades policiales y también las militares. Las primeras suelen incurrir con frecuencia en detenciones arbitrarias o indebidas, en su cotidiana labor policial. Y en cuanto a autoridades militares, también pueden incurrir en vulneración de la libertad y en violación de domicilio ya que, desde algunos años en el Perú, las Fuerzas Armadas de las distintas ramas, tienen actividad e injerencia en el mantenimiento del orden interno, a raíz de la lucha antiterrorista, de tal manera que tiene eventuales intervenciones con relación a los civiles.,

Reservamos para el tercer grupo, a las autoridades judiciales, las que por acepción pueden incurrir en vulneración mediante sus resoluciones y disposiciones.

Antes de la Constitución de 1979, no se admitía Habeas Corpus contra estas autoridades judiciales, con la idea de que ellas eran precisamente

las que administraban justicia y a las que se recurría para que se viabilicen la acción de garantía.

Sin embargo, nuestras dos últimas constituciones han sido receptivas a la corriente iniciada por el distinguido magistrado Bustamante (2014), que desde la tribuna del Poder Judicial llegó a sostener que no podía dejar de ampararse a un ciudadano en defensa de sus libertades, aun si la vulneración proviniera de exceso de una resolución judicial.

Acciones de garantía contra funcionarios.

Partimos de la idea de que los funcionarios son personas que estando al servicio del Estado, en cualquiera de sus reparticiones, o de las entidades autónomas como los municipios, corporaciones, etc., ellos tienen capacidad de decisión y representan a tales reparticiones, en el área de su competencia; esta situación les concede el uso de una parte del poder en el nivel administrativo y por consiguiente son susceptibles de cometer excesos en agravios de las libertades ciudadanas.

Estos funcionarios pueden incurrir sobre todo en omisiones de algunas obligaciones específicas, tales como dejar de otorgar un pasaporte en una oficina de migraciones. También mediante vulneraciones, por ejemplo, los funcionarios del Ministerio del Interior, cuando prohíben la salida del país a un ciudadano o disponen la prohibición a su libre ingreso, con relación a la libertad sindical, asociación, libertad de información, etc.

Acciones de garantía y consiguientes procesos constitucionales contra actos de particulares.

También con la Constitución de 1979 quedó zanjada la polémica, de que si procedía Habeas Corpus o no contra una persona particular. A partir

de esa Constitución, nadie discute la procedencia de las acciones de garantía contra personas particulares, pues estas personas pueden detentar poder como para poder agraviar la libertad de las otras y mucho más, vulnerar otros derechos constitucionales.

Hay personas naturales o jurídicas que tienen tanto poder como las autoridades o más, particularmente las empresas transnacionales que suelen no solamente influir en los organismos jurisdiccionales y policiales, sino que incluso en forma directa conculcan las libertades.

Conocimos e intervenimos hace algún tiempo, contra el propietario de una casa de departamentos de alquiler que puso candado a la reja, impidiendo de esta manera salir o ingresar a los inquilinos bajo el pretexto de que uno de ellos, el día anterior había sido objeto de un lanzamiento y amenazaba con regresar y tomar posesión del departamento que había estado ocupado. Pasaban las horas, los inquilinos se veían privados de desarrollar sus actividades fuera del hogar y el propietario no accedía a dejar libre la salida. Naturalmente ante la presencia del Juez Penal, se allano la dificultad inmediatamente.

Suele argumentarse que cuando hay atentados contra la libertad individual por particulares, se tiene la protección del Código Penal, pero como ya hemos dicho, el fin de la acción de garantía, no es la sanción, sino el inmediato restablecimiento de la libertad y por tanto es perfectamente procedente del Habeas Corpus.

De igual manera cuando se trata de otros derechos también están amparados por las normas civiles o laborales, pero para los fines de su restablecimiento se prefiere la Acción de Amparo. Y ahora tratándose de

derechos informáticos, la Acción de Habeas Data, tiene mucha incidencia sobre particulares, sobre todo cuando se trata de centros de datos de cualquier tipo.

- c) **Protege derechos constitucionales:** Debemos insistir en forma expresa, que las acciones de garantía y sus consiguientes procesos de Habeas Corpus, Amparo y Habeas Data, están destinados a proteger derechos constitucionales y no derechos de inferior nivel, para los cuales están reservados los otros códigos procesales.

### 3.3. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA:

Están determinadas en el artículo 5° del Código, a través de diez incisos. No proceden los procesos constitucionales cuando (Ortecho, 2016):

- a) Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado  
*Nuestro comentario:* debemos entender que indirectamente se reiteran los alcances de la finalidad de estos procesos, cual es de proteger solamente derechos constitucionales y no derechos de inferior nivel, pero además que la agresión sea directa al derecho constitucional materia de protección. Pues como ha venido sucediendo anteriormente, tratándose del derecho al trabajo, se formulaban múltiples acciones de amparo, para defender derechos laborales incumplidos que no atentaban directamente contra la libertad de trabajo.

La precisión del inc. 1 resulta técnicamente positiva, pero reduce la posibilidad de defensa a los que se sientan agraviados indirectamente en sus derechos constitucionales.

- b) Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Habeas corpus.

*Nuestro comentario:* en materia de acción de amparo ha venido funcionando las llamadas vías paralelas, lo que daba lugar a que el agraviado pudiera escoger si empleaba la vía común o la constitucional. Eso sí recurriera a la vía común, ya no procedía la vía constitucional. Esta facultad de escogencia, tenía sus ventajas prácticas, por ejemplo, el usar la vía contenciosa administrativa, contra una resolución administrativa que atentaba contra un derecho constitucional, tenía la posibilidad de mejor oportunidad de prueba, pero tal acción termina en la jurisdicción interna.

En cambio, la vía de la acción de amparo, no tiene esa amplitud de prueba, pero en el caso de que se pierda en la última instancia, el agraviado puede recurrir a la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos, y en donde encontrara mayor imparcialidad.

Ante la proliferación de las acciones de amparo, el legislador del Código ha preferido darle a la acción de amparo el carácter residual, es decir que debe emplearse cuando no existan vías procedimentales específicas o satisfactorias. Este carácter residual ya lo viene practicando en sentido más riguroso el juicio de amparo mexicano y el amparo argentino.

Por cierto, que se exceptúa el proceso del habeas corpus de ese carácter de residual, por tratarse, creemos de la urgencia de recobrar la libertad individual o alguno de sus derechos conexos.

- c) El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respectiva de su derecho constitucional.

*Nuestro comentario:* del inciso 3., se infiere nuevamente, que el agraviado ha tenido la facultad de escoger una, dentro de dos vías y precisamente por haber recurrido previamente a otro proceso, ya no puede hacer uso de la acción de garantía. Debemos entender entonces que el carácter residual de la acción de amparo, es relativo y funciona solo cuando existe un procedimiento específico, es decir, especial y satisfactorio. Esperamos que, en la práctica jurisdiccional, se haga una aplicación e interpretación a favor del agraviado.

- d) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por el Código y en el proceso de Habeas Corpus.

*Nuestro comentario:* es necesario anotar que, tal como se ha venido practicando en las acciones de amparo y de habeas data, las vías previas son procedimientos administrativos o institucionales, que deben agotarse antes de recurrir a la acción de garantía. La razón de ellas es elemental, pues que, para recurrir a un juez, si todavía existen instancias superiores en lo administrativo, ante los cuales se puede reclamar y resolver sobre el derecho vulnerado o amenazado. Sin embargo y como ya veremos más adelante, en el proceso de Amparo, hay excepciones al agotamiento de las vías previas.

- e) A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o la violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable.

*Nuestro comentario:* si ha cesado la amenaza o violación del derecho, ya la acción resulta inoficiosa, ya que esta tiene por finalidad restablecer el derecho. Y en el caso que la violación, por la propia naturaleza de los hechos, se torna irreparable, no queda nada por reponer a su estado anterior. Quizá el interesado podrá recurrir a la vía común para demandar una indemnización o para entablar una acción penal, según sea el caso.

- f) Se cuestiona una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o hay litispendencia.

*Nuestro comentario:* debemos entender que, al haberse juzgado sobre la misma materia entre las mismas partes, estamos frente a una situación de cosa juzgada y por tanto no procede accionar sobre la misma cosa. Sin embargo, es necesario recordar que antes del Código, la cosa juzgada ha tenido una particularidad que ahora ha quedado suprimida, es decir que ella solamente favorecía al agraviado, mas no la podía alegar el agresor. Y en el caso de litispendencia, tampoco sería viable que se sigan dos acciones al mismo tiempo, sobre la misma materia y entre las mismas personas. De esto debemos inferir que el demandado, podría deducir la excepción correspondiente.

- g) Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales,



siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado.

*Nuestro cometario:* esta causal de improcedencia que específicamente se refiere a la acción de amparo, es considerada por primera vez e incluida en el Código Procesal Constitucional, a raíz de las numerosas acciones presentadas contra el Consejo que resuelve sobre las máximas sanciones a jueces y fiscales por conductas funcionales y por no ratificaciones, en instancia única.

Estas resoluciones a nuestro parecer, no son de naturaleza jurisdiccional, pero tampoco puramente administrativas. Y en el caso de las destituciones, han podido y pueden producirse resoluciones discutibles y tal vez injustas y los implicados en ellas, no tenían ante quien reclamar. Y en el caso de las no ratificaciones, que se les ha venido haciendo sin motivación alguna y seguramente mediando en muchos casos apreciaciones subjetivas o informaciones cruzadas no siempre exactas, o en algunos casos equivocadamente realizadas antes del tiempo correspondiente.

La causal de improcedencia que comentamos implícitamente está señalando que las resoluciones que determinen destituciones y no ratificaciones, deben ser precedidas de audiencia al interesado, lo que en mínimo grado implica el derecho a la defensa y finalmente que tales resoluciones sean motivadas. Pues si tales condiciones no ocurren, si procede la acción de amparo.

- h) "Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad.

Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno.

La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva". Texto modificado por Ley 28642 (08-12-05).

*Nuestro comentario:* como es sabido, en el Perú el Jurado Electoral de conformidad con lo señalado en el artículo 178° inciso 4 de la Constitución administra justicia en materia electoral y según el artículo 181 de la misma, sus resoluciones no son revisables. Contra ellos no procede recurso alguno.

El texto originario anterior daba opción a recurrir a una acción de garantía excepcionalmente, cuando una resolución del Jurado Electoral. "violentaba la tutela procesal efectiva".

La modificación ha venido a señalar terminantemente la improcedencia de las acciones de garantía (Acción de Amparo), incluyendo materias de referéndum u otro tipo de consulta popular, "bajo responsabilidad".

La modificación tiene una explicación: que, en un caso concreto, en que fue separado de su cargo el alcalde provincial de Chiclayo, este recurrió al Tribunal Constitucional y este organismo resolvió ordenando su reposición en el cargo, resoluciones contradictorias que generaron una crisis política en el Municipio de esa ciudad del norte, la que se amainó

en parte, con el vencimiento del período del referido alcalde, y la realización de las nuevas elecciones.

- i) Se trata de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes.

*Nuestro comentario:* debemos señalar en primer lugar, que la causal de improcedencia precedente no se refiere a conflictos de competencia entre órganos del Estado, que es materia de un proceso especial denominado proceso competencial y del cual tratamos más adelante. La causal de improcedencia se refiere a acciones como la de amparo que pudieran formular una entidad pública contra otra, por supuesta violación de un derecho constitucional. Conocimos hace algún tiempo una acción de amparo entablada contra el municipio distrital de un puerto, por la empresa estatal Enapu, porque el funcionario coactivo de aquel, había dispuesto medida de embargo, para hacerle cumplir la entrega de las tasas por uso portuario y que estaban destinadas para dicho municipio.

La razón es muy sencilla, no proceden acciones entre entidades del Estado, porque equivale a procesos del Estado contra el Estado. En todo caso, la vía no es la procesal constitucional.

- j) Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de habeas corpus.

*Nuestro comentario:* la causal precedente, básicamente se refiere a la acción de amparo y la de cumplimiento, que en forma expresa cuenta con un término de sesenta días, para su interposición, después de producido el agravio en el primer caso o de haber transcurrido sesenta días desde la fecha de recepción de la notificación notarial, para la acción de cumplimiento.

#### **3.4. COSA JUZGADA:**

El artículo 6° del Código señala que: “en los procesos constitucionales solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo” (Ortecho, 2016, p. 91).

Creemos que la precisión es importante, ya que podría darse casos, en los cuales una sentencia definitiva declare improcedente una acción de garantía, por una casual que el interesado puede superarla con mayor precisión y elementos de juicio y aun de prueba. Sin embargo, resultaría teórica la posibilidad de accionar nuevamente, alegando de que no hay cosa juzgada en un pronunciamiento sobre la forma, toda vez que se había producido lo que la legislación anterior denominaba caducidad, es decir, improcedencia por vencimiento del plazo.

Por otra parte, el Código, hace silencio sobre lo que la legislación anterior, señalaba una regla de tutela especial a favor del agraviado, cuando menos en materia de amparo, según la cual la cosa juzgada solamente favorecía y la podía alegar el vulnerado o amenazado en su derecho y no el vulnerador o abusivo.

### **3.5. AUSENCIA DE ETAPA PROBATORIA:**

Ya se venía practicando la regla según la cual, en materia de acciones de garantía contra actos, no había etapa probatoria la razón del carácter sumario de los procedimientos respectivos y de la urgencia de proteger los derechos constitucionales que, por cierto, tienen un nivel superior a los demás derechos. Sin embargo, si ha sido y es viable admitir en su debida oportunidad (conjuntamente con la demanda y con la contestación) la prueba documental, que no resta tiempo al procedimiento (Ortecho, 2016).

El Código recoge tal experiencia legislativa y jurisprudencial, en los siguientes términos:

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la actuación de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

### **3.6. EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS:**

Las excepciones en principio y en materia de procesos comunes, civil, penal, laboral, tienen como finalidad evitar procesos innecesarios, sin embargo, como medio de defensa, se emplea en la mayor parte de veces, como medios dilatorios por parte de los demandados, Ortecho (2016) refiere que “las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No proceden en el proceso de habeas corpus” (p. 94).

### **3.7. INTEGRACIÓN DE DECISIONES:**

La integración de las sentencias que deben hacer los órganos jurisdiccionales superiores, sobre las expedidas por los inferiores, suele ser materia de discusión. ¿Por qué un órgano superior no completa lo que dejó de resolver o ameritar el órgano inferior? Si se trata de un extremo de la demanda respecto al cual no se pronunció el órgano inferior en el superior la advierte, sencillamente debe integrar tal resolución y no resolver declarando la nulidad e insubsistencia de la sentencia y dispone regrese al inferior para que la integre cuando lo lógico es que lo haga en el superior, en aras de la celeridad del proceso y la oportuna administración de la justicia. Sin embargo, los magistrados de las salas superiores, suelen argumentar que, si lo hicieran, estarían privándole a las partes, del uso de la pluralidad de instancias y consecuentemente del derecho a la defensa.

En materia de los procesos constitucionales, los jueces superiores integran las decisiones cuando adviertan alguna omisión en la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión. (artículo 11 del Código).

### **3.8. TRAMITACIÓN PREFERENTE:**

El Código señala entre las disposiciones generales para los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento (artículo 6°) el trato preferente de estos procesos constitucionales, por parte de los jueces. Asimismo; que la responsabilidad de los mismos, por la defectuosa o tardía tramitación de los procesos, será exigida y sancionada por los órganos competentes (Ortecho, 2016).

Tanto la preferencia en la tramitación como la responsabilidad de los jueces en los trámites defectuosos, no solamente constituyen mecanismos necesarios, que

forman parte de una tutela jurisdiccional, sino diríamos mejor de una tutela especial en materia de estos procesos. Pues en la práctica, los jueces civiles, que están más habituados a una mentalidad privatista, dan preferencia en asuntos en los cuales la materia de la controversia, tiene significativas cantidades patrimoniales, sobre una acción de garantía en la que se discute un derecho o una libertad fundamental.

En cambio quienes elaboraron el Código, en el nivel del proyecto, de Comisión de Constitución del Congreso de la República, olvidaron y dejaron atrás una norma que si contenía la Ley 23506 y que sirvió a la Constitución de 1979 y la de 1993, y que en su artículo 7°, establecía exactamente una tutela especial en materia de amparo, específicamente para la parte más débil, como es la parte agredida o agraviada, en el sentido que, el juez debía suplir las deficiencias en que incurría la parte reclamante, incluso era bajo responsabilidad. Habría sido en el caso por ejemplo lo que el demandante, hubiera olvidado mencionar, con toda precisión los fundamentos de derecho de su acción, el juez ante los hechos materia de demanda, tendría que suplirlos en la sentencia.

Es posible que los nuevos legisladores, hayan pensado en el principio de igualdad ante la ley, para las dos partes, pero es oportuno recordar que, sobre la igualdad civil, está la igualdad jurídica, que de alguna manera compensa la desigualdad del más débil.

### **3.9. Notificaciones:**

Como en todo proceso, tiene que hacerse las notificaciones a las partes, de todas las resoluciones que se deriven de los actos procesales, sin embargo, se recalca que estas notificaciones deberán hacerse en forma oportuna. Y vale insistir sobre ello, ya que actualmente en el Perú, se han complicado tanto los aspectos más

elementales en los procesos, que las notificaciones corren a cargo servicios especiales de notificaciones; que, en vez de acelerarlos, los dilatan más. Si esta realidad la llevamos a los actos procesales que encaminan la protección de una libertad o de un derecho fundamental, esta protección resultaría incierta (Ortecho, 2016).

Sin embargo, hay una excepción en el anteriormente comentado artículo 9° del Código, cual es la actuación de oficio que haga el juez sobre medios probatorios y que tienen el carácter de indispensables y sin afectar la duración del proceso. En este caso no se requerirá notificación previa.

### **3.10. Las Medidas Cautelares Constitucionales:**

Ahora el C.P.C. extiende estas medidas para la acción de amparo, habeas data y acción de cumplimiento e incluso señala las condiciones para dar pase a las medidas cautelares. Precisamente el artículo 15°, preceptúa, lo siguiente:

“se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3° de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo, salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales auto aplicativo, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.

Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión



final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el termino de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y de sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuenta separada, por intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618°, 621°, 630°, 636° y 642° al 672°. (artículo 15°).

La terminación de la medida cautelar merece en el Código un tratamiento especial, tanto para el caso que haya cumplido su finalidad precautoria y resulte compatible con la protección del derecho, cuya restitución se demande, como en el caso que el derecho no haya merecido protección, y se haya desestimado la demanda; en este último caso, el demandante tiene que responder por lo perjudicial que ha resultado la medida cautelar, a la parte demandada.

El artículo 16°, prescribe lo siguiente: La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de dicha medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de la ejecución.

Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. El sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de daños y, si el juzgador la considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo. En lo que respecta el pago de costas y costos se estará a lo dispuesto por el artículo 56°.

### **3.11. Sentencia:**

El Código señala en forma expresa lo que debe contener una sentencia, de cualesquiera de los cuatro procesos que realizan control de actos u omisiones, lo que nos parece conveniente, a fin de evitar imprecisiones, que puedan resultar en desventaja no solamente para el agraviado sino eventualmente también para el agresor, sobre todo al momento de cumplir con ella o de exigir su debida ejecución (Ortecho, 2016).

En el artículo 17°, están contenidas dichas partes o requisitos que debe cumplir la sentencia:

- a) La identificación del demandante.
- b) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo.
- c) La determinación precisa del derecho vulnerado o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado o de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida.
- d) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada.
- e) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.

### **3.12. Recursos Impugnatorios:**

Antes de puntualizar los recursos impugnatorios que contempla el Código, es bueno recordar y para que no dé lugar a confusión, las experiencias procesales anteriores, en las cuales figuraban y se empleaban algunos recursos que ahora ya no existen. Asimismo, las instancias que generaban esos recursos.

Cuando funcionó el Tribunal de Garantías Constitucionales. En el marco de la Constitución de 1979, tanto para el habeas corpus como para la acción de amparo, se concedía el recurso de apelación, a fin de que una sentencia fuera elevada a la segunda instancia, representado por la Sala respectiva de la Corte Superior. Para la sentencia de esta segunda instancia, procedía el recurso de nulidad, con lo cual la sentencia se elevaba a la Sala respectiva de la corte Suprema. Y, solo cuando la pretensión era denegada en esta tercera instancia, procedía el recurso de casación, para que fuera al Tribunal de Garantías Constitucionales.

Dentro del marco de la Constitución de 1993 y ya con las normas contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N.º 26435, se suprimió el recurso de nulidad para la Suprema y el referido recurso de casación para el Tribunal. Se mantuvo el recurso de apelación, tanto para el habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento y en principio dichos procesos terminaban en segunda instancia, en la Sala Superior. Excepcionalmente y solo en el caso de la resolución de segunda instancia fuera denegatoria para el agraviado, procedía el recurso extraordinario y el expediente se elevaba al Tribunal, el cual se convertía en definitiva y última instancia.

Ahora con el código Procesal Constitucional, para los cuatro procesos anteriormente señalados, existe el Recurso de Apelación. El recurso que procede contra la resolución que declara infundada o improcedente de la demanda, por la sala respectiva de la Corte superior, se denomina Recurso de Agravio Constitucional, el cual es elevado al Tribunal Constitucional y el plazo para su presentación es solamente de diez días contados a partir del día siguiente de notificado la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad. (artículo 18º).

EL RECURSO DE QUEJA, procede contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional. Este se interpone ante el Tribunal constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Al escrito que contiene el recurso y su fundamentación, se anexa copia de la resolución recurrida y de la denegatoria certificada por abogado, salvo el caso del proceso de habeas corpus. El recurso será resuelto dentro de tres días de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal declara fundada la queja conoce también el recurso de

agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad. (artículo 19°).

### **3.13. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional:**

A diferencia de lo que ha venido funcionando antes, el carácter sumario y los procedimientos que conocía el Poder Judicial, en dos instancias, estaban sujetos en términos o plazos expresamente señalados, mas no se señalaba el término dentro del cual el Tribunal debería de expedir las correspondientes sentencias. Ahora el código señala los plazos respectivos.

En efecto, el Tribunal debe expedir su sentencia en el plazo máximo de veinte días, tratándose de las resoluciones denegatorias de habeas corpus y de treinta días cuando se trate de los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento. (artículo 20°).

Si el tribunal considera que, la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo.

### **3.14. Incorporación de Medios Probatorios sobre hechos nuevos:**

Resulta novedoso que en forma expresa se señale que pueden incorporarse medios probatorios durante el curso del proceso, que por cierto no atenta contra la regla, según la cual, no hay etapa probatoria especial y como es sabido manteniendo el carácter sumario de estos procesos, solamente se admiten pruebas documentales

y que deberá acompañarse conjuntamente con la demanda y con la contestación de la demanda (Ortecho, 2016).

Esta incorporación posterior, tratándose de medios probatorios que acrediten hechos trascendentes para el proceso y que ocurrieran con posterioridad a la interposición de la demanda. El juez puede admitirlos e incorporarlos a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado. (artículo 21°).

### **3.15. Ejecución de Sentencias:**

Aunque el código emplee los términos (Actuación de sentencias), nos parece más apropiado, el de ejecución, en razón que, en todo proceso jurisdiccional, la última etapa es la ejecutiva. Pero independientemente de las denominaciones, resulta importante que prescriba en forma expresa, la manera de ejecutar la decisión final y firme en cualquiera de estos procesos.

Efectivamente, dichas sentencias firmes, se actuarán conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su conocimiento y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como

apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas pueden ser modificadas durante la fase de ejecución. (artículo 22°).

Es importante rescatar del primer párrafo del artículo 22° del código como aspecto positivo para nuestro comentario, la calificación a los jueces como “jueces constitucionales”, terminología que la hemos usado muchas veces con gran énfasis, en las defensas y juicios orales, por lo siguiente: si bien es cierto, el proceso de habeas corpus, es conocido por un juez penal, y los otros procesos por un juez civil o las salas superior respectivas, que cuando tiene bajo su conocimiento, este tipo de procesos, tengan muy presente que actúan como jueces constitucionales, porque están obligados de actuar con el sentido procesal y protector de los derechos y libertades constitucionales, y no bajo la rutina privatista u ordinaria.

Las multas, tienen un tratamiento especial en los párrafos, tercero, cuarto y quinto del referido artículo. La aplicación de ellas constituye medio de coerción para el cumplimiento de lo ordenado en las sentencias. Sobre ellas se consignan las siguientes disposiciones o reglas: el monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

### **3.16. Procedencia durante los Regímenes de Excepción:**

Un tema polémico fue el de la improcedencia de las acciones de habeas corpus y amparo, durante los estados de excepción, respecto a los derechos a la inviolabilidad de domicilio, el de fijar el lugar de la residencia y del libre tránsito, el derecho de reunión y el de no ser detenido que son precisamente que se suspenden durante un estado de sitio o un estado de emergencia. Así lo estableció en forma expresa el artículo 38° de la Ley 23506, a la altura del año 1982 en que fue promulgada dicha Ley.

Sin embargo, tal medida podría afectar a las personas que fueren vulneradas en esos derechos, sin tener mayor vinculación con la situación política de los regímenes de excepción y que están orientados a proteger básicamente el poder constituido. Por eso es que, primero la jurisprudencia de la Corte Suprema no considero justa tal generalización y no era posible que se aplique a personas que en nada trataban de desestabilizar al poder político. Y posteriormente la Ley complementaria Ley N.° 25398, que limita tal procedencia a lo razonablemente necesario, cuando en su artículo 19°, prescribía que los jueces debían tramitar estas acciones si tratándose de derechos suspendidos, estos no tienen relación directa con la conducta del agraviado o afectado. Tanto en la precedente jurisprudencia como en la referida ley ampliatoria, se tenía un principio de razonabilidad.

El Código mantiene el principio de razonabilidad y proporcionalidad, con mejores precisiones, como podemos apreciarlo en el texto siguiente del artículo 23°:

Los procesos no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interpone en relación con derechos suspendidos, el órgano



jurisdiccional examinará la razonabilidad del acto restrictivo, atendiendo los siguientes criterios:

- a) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos.
  
- b) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o
  
- c) Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declare régimen de excepción.

## II. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL

### 1. ETAPA PORSTULATORIA:

#### **Sobre demanda:**

Teniendo en cuenta que la demanda de Acción de Cumplimiento, se interpone contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o acto administrativo, esto establecido en el artículo 200° de la Constitución Política del Perú asimismo el Código Procesal Constitucional, en su artículo 66°, inciso 1) señala que, en este proceso, la autoridad o funcionario renuente tiene por objeto ordenar el cumplimiento de una norma legal o acto administrativo firme.

#### **Sobre el petitorio:**

Considerando que en el presente proceso en primera instancia se ha declarado fundado la demanda interpuesta por Osorio Alvarado Abelardo Liberato, demanda de cumplimiento establecido en el artículo 200°, inciso 6, del Código Procesal Constitucional, donde se establece: *“La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.”*

Sin embargo, estando de acuerdo con el criterio de la Sala Especializada en lo Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash, considero se revoque la sentencia de primera instancia, reformándola se declaró infundada la sentencia de primera instancia. Bajo los fundamentos basado en la sentencia del Tribunal constitucional en el fundamento jurídico 12° de la sentencia expedida en el expediente N.° 00168-2005-PC/TC, que constituye precedente vinculante, el cual refiere que la norma legal o acto administrativo debe de ser un mandato cierto y claro, es decir debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto

administrativo no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.

Asimismo, se basó en la Sentencia del tribunal constitucional N.º 191-2003-AC/TC, la cual ha precisado que: “para resolver un proceso de la naturaleza vista, que como se sabe carece de estación probatoria, y se expida una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la Ley o en el acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras, debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones; así mismo se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, que pueda inferirse indubitadamente de la Ley o del acto administrativo que lo contiene (...).” Y analizando el caso la Sala determinó que no es así.

#### **Sobre la vía procedimental:**

La vía procedimental fue la del proceso especial, que son procedimientos sustancialmente acelerados. La característica primordial de tales procesos reside, pues, en la especialidad de su objeto, y fue correcto la vía que se siguió para el proceso de cumplimiento.

#### **Sobre el cumplimiento de los requisitos formales de las Resoluciones y demás actos procesales:**

- **Demanda:** De acuerdo al artículo 424º del Código Procesal Civil, la demanda cumple con los requisitos establecidos conteniendo los siguientes requisitos legales:
  - a) La designación del Juez ante quien se interpone.

- b) El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del demandante.
  - c) El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo.
  - d) El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.
  - e) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.
  - f) Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.
  - g) La fundamentación jurídica del petitorio.
  - h) El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse.
  - i) La indicación de la vía procedimental que corresponde a la demanda.
  - j) Los medios probatorios.
  - k) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del Abogado (El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto)
- ❖ El artículo 425° del mismo ordenamiento que establece los siguientes anexos:
- a) Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante.
  - b) El documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado.

- c) La prueba que acredite la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas.
- d) La prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia del conflicto de intereses y en el caso del procurador oficioso.
- e) Todos los medios probatorios destinados a sustentar su petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación. A este efecto acompañará por separado pliego cerrado de posiciones, de interrogatorios para cada uno de los testigos y pliego abierto especificando los puntos sobre los que versará el dictamen pericial, de ser el caso.
- f) Los documentos probatorios que tuviese en su poder el demandante. Si no se dispusiera de alguno de estos, se describirá su contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentran y solicitándose las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.
- g) Copia certificada del Acta de Conciliación Extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo.

- **Contestación de la demanda:**

Las contestaciones cumplen con los siguientes requisitos:

- a) En lo pertinente, observar las reglas establecidas para la demanda;
- b) Confesar o negar categóricamente cada hecho expuesto en la demanda. Su silencio, sus respuestas evasivas o su negativa general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refieran.
- c) Reconocer o negar la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyan, de la prueba que se tenga por reconocidos.
- d) Oponer todas las defensas que por su naturaleza no tengan el carácter de excepciones dilatorias según este código, especificando con claridad los hechos que las apoyan.
- e) Deducir reconvencción, si hubiera lugar.

## **2. ETAPA RESOLUTIVA:**

### **Sobre responsabilidad de los demandados.**

Para poder determinar la responsabilidad de la obligación debemos precisar que la entidad que expidió el acto administrativo que produjo la responsabilidad de pago al demandante fue la Dirección de la Red de Salud de Huaylas Sur.

Por ende, la responsabilidad es de esta entidad, cumplir con ejecutar las resoluciones directorales emitidas por esta, para dar cumplimiento al Decreto de Urgencia N.º 037-94.

### **Sobre la Sentencia de primera instancia**

En la sentencia de primera instancia se motivó correctamente, pero no se tuvo en cuenta el detalle de que no se había determinado correctamente la bonificación

exacta y clara al demandante, pues existía un error en los actos administrativo o nomas legales que amparaban la demanda interpuesta por el señor Osorio Alvarado Abelardo Liberato.

### **Sentencia de segunda instancia.**

En esta sentencia de sala se percató del error existente en las normas legales o actos administrativos, que determinaban al demandado su derecho a solicitar el cumplimiento de las mismas, pero no se había determinado el monto dinerario exacto ni claro, por tales consideraciones la Sala revoca la sentencia de primera instancia y declara infundada la demanda interpuesta por el recurrente.

### **Sobre los plazos procesales:**

Se cumplieron.

### **Sobre los cánones legales de los principios y garantías del debido proceso:**

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en la Constitución Política en el artículo 139°, inciso 3, la observancia del debido proceso como una garantía y principio de la función jurisdiccional, que es de carácter general y comprende las demás garantías procesales.

De todos los aspectos analizados, se advierte que en su gran mayoría fueron respetados los principios procesales, aunque se cumplió de manera irregular el que prevé la Constitución Política en su artículo 139° inciso 5, que se refiere a la motivación de las Resoluciones Judiciales, pues la Sentencia de primera instancia no fue debidamente fundamentada; es decir, los fundamentos de hecho y de derecho que explican su razón de ser.

### III. JURISPRUDENCIA

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 191-2003-AC/TC,**  
que ha precisado que *“(...) para que, mediante un proceso de esta naturaleza, donde se sabe que carece de estación probatoria, se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que el mandato previsto en la ley o en el acto administrativo tenga determinadas características. Entre otras debe tratarse de un mandato que sea de obligatorio cumplimiento, que sea incondicional y, tratándose de los condicionales, que se haya acreditado haber satisfecho las condiciones, asimismo se trate de un mandato cierto o líquido, es decir, que pueda inferirse indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene (...)”*
  
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXPEDIDA EN EL EXPEDIENTE N.º 00168-2005-PC/TC,** que constituye precedente vinculante para la judicatura nacional ha dejado establecido que: *“para la procedencia del proceso de cumplimiento, además de acreditarse la renuencia del funcionario o autoridad pública, deberán tenerse en cuenta las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo y de la orden de emisión de una resolución o de un reglamento, a fin que, el proceso de cumplimiento prospere, puesto que. de no reunir tales características, además de los supuestos contemplados en el artículo 70º Del Código Procesal Constitucional, la vía del referido proceso no será la idónea”.*



#### IV. CONCLUSIONES:

- ✍ Del análisis del presente proceso se concluye que al tratarse de un proceso especial que garantiza los derechos constitucionales, como requisito primordial se debe previamente requerir al funcionario o servidor el cumplimiento del acto administrativo, otorgándole el ordenamiento jurídico un plazo de 10 días hábiles a fin que el funcionario o servidor le dé cumplimiento al Acto Administrativo.
  
- ✍ Del análisis del presente proceso se concluye que en este tipo de procesos no se cuenta con una etapa de saneamiento probatorio, por lo cual se debe tener en cuenta con más interés e importancia los detalles de la demanda, en su totalidad, así como de la contestación.
  
- ✍ Que, en la sentencia emitida por la Sala se basó en dos Sentencias del Tribunal Constitucional, los cuales ampararon la motivación de los magistrados.
  
- ✍ Debemos tener en cuenta que, en este tipo de proceso especial, no contamos con la etapa de saneamiento probatorio, por lo cual el juzgador debe ser más detallista para emitir una sentencia que se considere adecuada y correcta, para así no afectar ni transgredir derechos ni normas legales.

## V. BIBLIOGRAFÍA:

- Alzamora, M. (1987). *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*. Grijley.
- Bramont, L., & Arias, L. (2001). *Código Penal Anotado*. Editorial San Marcos.
- Burgos, V. (2008). *Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria*. BLG.
- Bustamante, M. (2014). *La Reforma Procesal Penal en el Perú*. Grijley.
- Couture, E. (1979). *Estudios del Derecho Procesal Civil*. Depalma.
- Fernández, F. (1984). *La jurisdicción constitucional en España*. Dykinson.
- Flores, P. (2013). *Diccionario de Términos Jurídicos*. Grijley.
- García, D. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal* (9th ed.). IDEMSA.  
[http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/Manual\\_Derecho\\_Procesal\\_Penal\\_To moIV.pdf](http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/Manual_Derecho_Procesal_Penal_To moIV.pdf)
- González, G. (2016). *Proceso de Desalojo y Posesión Precaria*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Linares, S. (1956). *Tratado de la ciencia del derecho Constitucional*. Alfa.
- Manzini, R. (1951). *Derecho Procesal Penal*. Edición Jurídica Europa América.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Temis.  
<https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/material2014.pdf>
- Ortecho, V. (2016). *Procesos Constitucionales y su jurisdicción*. Editorial Rodhas.
- Perla, E. (2004). *T.U.O. Código Procesal Civil peruano Vol III*. Banco de Crédito del Perú.