

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 ABOGADA

AUTOR:
BR. RAMOS TORRES, ITALO JUNIOR

ASESOR:
ABOG. PALA GARCIA, JULIO CESAR

HUARAZ, PERÚ
2021





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

TOMO I - FOLIO 006 - AÑO 2022 - FDCCPP

MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES

En la ciudad de Huaraz, siendo las catorce horas del día jueves cuatro de agosto del dos mil veintidós. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:


Dr. ELMER ROBLES BLACIDO	:	PRESIDENTE
Mag. FLORENTINO OBREGON OBREGON	:	SECRETARIO
Mag. JULIO CESAR PALA GARCIA	:	VOCAL


Con el objeto de examinar, la **Sustentación de los Expedientes Judiciales:**
Expediente Civil N° 00309-2017-0-0201-JR-CI-01 - Materia: Acción de Cumplimiento, y
Expediente Penal N° 00570-2015-93-0207-JR-PE-01 - Delito: Tentativa de Violación Sexual; del bachiller **RAMOS TORRES JUNIOR ITALO**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.


Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinado en relación a los expedientes judiciales sustentados. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación. Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : Dieciseis
RESULTADO : Aprobado por Unanimidad

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: ...A.P.T.O...**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las Dieciseis horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Dr. ELMER ROBLES BLACIDO
PRESIDENTE


Mag. FLORENTINO OBREGON OBREGON
SECRETARIO


Mag. JULIO CESAR PALA GARCIA
VOCAL

DEDICATORIA

*A mis padres, quienes han sido mi pilar y
mi guía en todo proyecto que me he
trazado en la vida.*



ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
RESUMEN.....	v
ABSTRACT	vi
I MARCO TEÓRICO	1
1.1 El delito	1
1.1.1 Concepto de delito.....	1
1.1.2 Categorías del delito.....	3
1.1.3 Fases del desarrollo del delito	4
1.2 Actos contra el pudor	7
1.2.1 Tipo penal.....	7
1.2.2 Tipicidad objetiva.....	8
1.2.3 Circunstancias agravantes	11
1.2.4 Bien jurídico protegido	17
1.2.5 Sujeto activo.....	18
1.2.6 Sujeto pasivo	18
1.2.7 Tipicidad subjetiva.....	18
1.2.8 Antijuricidad	19
1.2.9 Culpabilidad	19
1.2.10 Tentativa y consumación.....	19
1.2.11 Penalidad	20
II JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS	21
III ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE PENAL	23
3.1 Etapa de investigación preliminar y preparatoria.....	23
3.1.1 Disposición y formalización de la investigación preparatoria	25
3.1.2 Constitución de actor civil	27
3.1.3 Conclusión de la investigación preparatoria	27
3.2 Etapa intermedia.....	30
3.2.1 Requerimiento de acusación alternativa.....	30
3.2.2 Auto que corre traslado el requerimiento de acusación alternativa	31
3.2.3 Absolución del traslado del requerimiento de acusación de la agraviada....	32

3.2.4 Absolución del requerimiento acusatorio del imputado.....	32
3.2.5 Decreto que declara improcedente lo peticionado por parte del acusado	40
3.2.6 Auto que deja sin efecto en parte la Resolución N° 04.....	40
3.2.7 Audiencia de control de acusación directa.....	40
3.3 Etapa de juzgamiento	42
3.3.1 Auto de citación a juicio	42
3.3.2 Audiencia de juicio inmediato	43
3.3.3 Sentencia	45
3.4 Etapa de impugnación.....	49
3.4.1 Recurso de apelación.....	49
3.4.2 Auto que concede el recurso de apelación	52
3.4.3 Inicio de audiencia de apelación de sentencia condenatoria.....	52
3.4.4 Acta de audiencia de lectura de sentencia de vista	53
3.4.5 Sentencia de vista.....	53
3.5 Resolución de segunda instancia.....	54
IV CONCLUSIONES	56
V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

RESUMEN

Los hechos suscitados dan origen a un proceso penal por el delito de violación sexual en su modalidad de actos contra el pudor. 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 no encontraron movilidad, por lo que se dirigieron a una cantina, donde se presentó el acusado, Jhonny Edwin Lomote Chiquian, con quien libaron; luego abordaron la misma movilidad y cuando llegaron a Quillash, donde está la vivienda de la agraviada, esta se bajó de la movilidad junto con su esposo, haciendo lo mismo el acusado; entonces, le suplica al esposo de la agraviada que le permitan quedarse en su domicilio; así, fueron aceptados para quedarse; luego, cuando la agraviada ya dormía en su habitación junto con su esposo, se suscitaron los hechos materia de investigación. Las investigaciones correspondientes dieron lugar a la emisión de la sentencia de primera instancia condenatoria, a la que el imputado interpone el recurso de apelación; luego, la Sala Penal resuelve revocar la sentencia condenatoria de primera instancia y, reformándola, absuelve al procesado, Jhonny Edwin Lomote Chiquian.

Palabras clave: Violación sexual, actos contra el pudor, actor civil, tentativa.

ABSTRACT

On August 30, 2014, the aggrieved and her husband participated in a sports activity, where they liquor until eight and thirty at night; when they retired to the whereabouts when they did not find mobility, they went to the canteen, where the defendant Jhonny Edwin Lomote Chiquian was presented with whom they freed; then they approach the same mobility and when it arrives in Quillash where the aggrieved's house is, she gets out of the mobility together with her husband, the accused doing the same and begs the husband of the aggrieved to be allowed to stay at home, accepting him they enter and when the aggrieved one already slept in her room together with her husband, she feels that someone was on her and covering her mouth with force begins to kiss her mouth, neck and breasts and being on top of the aggrieved man, even no longer she had her underwear and other clothes when she realizes that she was not her husband, turns on the light, sees the defendant who had the pants down and left the room; then the victim went to ask for help, returns and tries to wake up her husband who was still sleeping, then went in search of his mother with whom they returned to wake up her husband and then make the corresponding report to the local police station. That being the case, they began with the corresponding investigations that led to the issuance of a sentence of first instance conviction, but the accused filed the appeal, consequently the criminal chamber decided to revoke the first instance conviction and reforming it acquitted the defendant Jhonny Edwin Lomote Chiquian

Keywords: Violación sexual, actos contra el pudor, actor civil, tentativa.

EXPEDIENTE PENAL:

N° 00570-2015-0-0201.JR-PE-01

IMPUTADO:

Jhonny Edwin Lomote Chiquian

AGRAVIADO:

H. Y. R. L.

ULTIMA RESOLUCION:

Resolución N° 18, de fecha 21 de setiembre de 2016

MATERIA:

Violacion sexual – Actos contra el pudor

I MARCO TEÓRICO

1.1 El delito

1.1.1 Concepto de delito

Desde la época del derecho romano, se pretendió aclarar el 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 naturaleza¹ antes que a la ley positiva². 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 que suelen utilizarse para definir el delito:

- a) **Concepto formal del delito:** Se entiende como toda conducta humana prohibida por la norma jurídico penal.
- 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 que “el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”.

¹ Derecho natural.

² Derecho positivo.

Asímismo, es frecuente que, en la doctrina penal, se defina al delito como una comisión u omisión, típica, antijurídica y culpable³. 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 art. 11 donde se prescribe: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penas 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 penal.⁴ Cabe precisar que “la pena” no es un elemento del delito, sino es consecuencia de los presupuestos a) y b).

A nuestro modesto juicio, podemos decir que “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”.

Definidos el derecho penal y el delito, se puede decir que el derecho penal cumple con otros ordenamientos jurídicos, una función reparadora del equilibrio de

³ Se entiende como un concepto material.

⁴ Establecido en el Código Penal (principio de legalidad).

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 acción⁵ culpable).

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

⁵ En el esquema se ha separado la conducta humana solo para fines didácticos.

- **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. En es si, el reproche que se le hace al autor por el hecho cometido. Dentro de su estructura encontramos a:
 - **Elementos inculpanes**: 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 escúlpanles 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).⁶
 - **Deliberación:** Es la elaboración y el desarrollo de un determinado plan (meditar cual sería la forma más efectiva de la realización del acto).
 - **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 utilizara para ejecutar el plan delictivo (son irrelevantes penalmente).⁷ 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:

⁶ Aforismo de Ulpiano: “*Cogitationis poeman nemo putitur*”.

⁷ Los actos preparatorios por sí solos no son sancionados, tal como la Suprema Corte lo 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 típica⁸, cuya finalidad es consumir (grado de desarrollo, en la cual se pone en peligro el bien jurídico). Desde ese momento conlleva la sanción penal⁹. 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 consume 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 actividad), el hecho típico se consume, 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

⁸ En los delitos de resultado, es la conducta, nexo causal y resultado. En los delitos de mera actividad, es suficiente la conducta.

⁹ En delitos de resultados, se admite la tentativa, en cambio en delitos de simple actividad no.

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 Actos contra el pudor

1.2.1 Tipo penal

El delito de realizar actos contrarios al pudor utilizando la violencia o amenaza, está tipificado en el artículo 176 del CP, 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 esta a efectuar sobre sí misma o sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, pena privativa de la libertad 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.

1.2.2 Tipicidad objetiva

El delito denominado “actos contrarios al pudor de una persona” se configura cuando el sujeto activo sin tener 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 o 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 solo 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 realice 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 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 cuanto 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 (Roy Freyre, 1975, p. 89).

Bramont-Arias y García (1997) 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 sujeto activo, ejemplo, palpación, tocamiento, manoseo de las partes genitales.

Estos autores al igual que Villa Stein (1998), antes de la promulgación de la Ley N° 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 podría 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 (p. 210).

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, sí ha realizado tocamientos en sus genitales, motivo por el cual su conducta se encuentra incurso en el artículo 176 del Código Penal vigente” (Corte Suprema, Expediente N° 2553-93).

En otro caso, la Sala Penal Permanente, en 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” (Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 2920-2004).

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 a 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 este 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.

1.2.3 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 CP. 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 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 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 adopción cines 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 de que 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 solo 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. Solo ellos tienen la posibilidad de saber científicamente sí el agente es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual.
- Que, con motivo de actos contra el pudor haya existido peligro de contagio. El solo 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 solo servirá al juzgado para graduar la pena Al momento de imponerla al responsable.
- Que el autor al consumir el acto impúdico haya tenido conocimiento de ser portador de la enfermedad. El agente antes de consumir el hecho debe

conocer qué 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 conocía 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 someterla al acto contra el pudor se da posibilidad de contagiarla o transmitirle una enfermedad de transmisión sexual grave en perjuicio evidente de su salud.

d) Actos cometidos por docentes o auxiliar de educación: Por la Ley N° 28704, se ha incorporado en el inciso 3 del artículo 176 del CP 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 176 cuando se remite a la figura agravada del inciso 2 del artículo 170 del CP, 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 aquellos 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.

e) 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 solo 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 aquel se haya privado de la facultad de querer. Por ejemplo, causar una lesión, atar las manos de la mujer, etc.

f) 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 conocimiento 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 este lo provocó, estaríamos ante el supuesto de la agravante anterior.

- g) 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 CP. 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.
- h) Lesiones graves en la víctima:** También el artículo 177 del CP establece como circunstancia agravante el 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.
- i) 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, ello se desprenderá 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 del agente, poniéndose en evidencia su enseñamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

1.2.4 Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de este delito lo constituye la libertad sexual. En efecto, la estructura del tipo penal se evidencia en que el agente 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: “Que 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 su apetito sexual” (Corte Superior, Sala Penal de Apelaciones, Expediente N° 8145-97). El pudor entendido como recato, decencia o decoro de la persona es afectada luego que se lesiona la libertad sexual de la víctima.

1.2.5 Sujeto activo

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

1.2.6 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.

1.2.7 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 CP en el grado de tentativa, si no llegó a consumarse el acceso carnal.

1.2.8 Antijuricidad

Si 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 CP.

1.2.9 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 si 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 el agente si 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 al de cometer el delito.

1.2.10 Tentativa y consumación

El delito se perfecciona o consume en el momento en el que el agente 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, solo 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, si 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 y García, 1997).

1.2.11 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.

II JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS

2.1 Casación Número 482-2016 Cusco

(i) El motivo de casación de quebrantamiento de la garantía de motivación contempla dos hipótesis: falta de motivación y manifiesta ilogicidad de la motivación. En ambos supuestos, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución. En ambos supuestos, el vicio debe resultar del propio tenor de la resolución, lo que obvia un análisis del resultado probatorio para confrontarlo con la resolución emitida; y delimita el examen casacional a la propia resolución de vista, de modo que si el recurrente busca la sustitución de la decisión por el propio Tribunal Supremo, se requerirá que el juicio de inferencia dependa de la pura corrección del razonamiento jurídico de los jueces sentenciadores, (ii) Los delitos contra la libertad sexual requieren que la versión de la víctima sea coherente, precisa, sólida y persistente —no puede exigirse que entre las varias versiones que proporciona una persona, exista una coincidencia absoluta, lo básico es la narración de un patrón de agresiones y el modus operandi correspondiente—, que no esté motivada por móviles espurios; y que esté confirmada por corroboraciones periféricas. Así pues, incluso la prueba pericial psicológica es solo prueba indirecta o indiciaria —lo determinante es la versión de la agraviada brindada en Cámara Gesell, no las reseñas consignadas en el informe pericial—, cuyos aportes deben ser enlazados con las demás pruebas de cargo, (iii) Del análisis realizado en este caso, las reglas de inferencia y el propio juicio inferencial, no se advierte ilogicidad en la motivación.

2.2 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad 667-2020, Lima Sur. Lima, veintiséis de octubre de dos mil veinte

Este ilícito supone la imposición de una conducta no aceptada, que tenga significación sexual, no solo por sus propias características, sino también por el contexto en el que se ejecuta. En los tipos de abuso sexual el desvalor de la acción estriba en la ausencia de un auténtico consentimiento que pueda considerarse, más allá de la pura aquiescencia formal o exterior, como verdadero y libre ejercicio de la libertad personal dentro de la esfera de la autodeterminación sexual.

2.3 Casación 541-2017, Santa. Actos contra el pudor y violación sexual. Diferencias en el plano subjetivo

De acuerdo con los fundamentos doctrinales fijados, y con pleno respeto del *factum* acreditado por los órganos jurisdiccionales sentenciadores, es razonable deducir que el objetivo final del imputado siempre fue realizar tocamientos lúbricos y frotaciones en las zonas íntimas de la menor. La orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a realizar dichas acciones. No converge prueba objetiva, propuesta y valorada en el juicio oral, que refute lo contrario.

III ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE PENAL

3.1 Etapa de 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 las ocho y treinta de la noche; al retirarse hacia el paradero, al no encontrar movilidad, se dirigieron a la cantina ubicada al frente del paradero, donde se presentó el 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, quien 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 sino el acusado; al darse cuenta de ello, la agraviada lo empuja, prende la luz y ve que el acusado 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 comisaría 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 la 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° 001197-EIS, se determinó que la agraviada presenta equimosis en cuadrante superior interno de la 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° 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° 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.

3.1.1 Disposición y formalización de la investigación preparatoria

Mediante Oficio N° 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° 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 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).

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 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).

3.1.2 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 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 resolución número cuatro resolver se declare fundada la solicitud de constitución de actor civil, con lo que la agraviada se constituye en actor civil, y se otorgue a la misma facultades conferidas en el artículo 104 y 105 del Código Procesal Penal, y normas supletorias debiendo de tenerse en consideración lo señalado por el artículo 106 del mismo código.

3.1.3 Conclusión de la investigación preparatoria

Con la disposición N° 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).

ANÁLISIS DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN 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 fiscal 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 art. 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 del 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, y 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 existían indicadores de afectación emocional; en este punto, la agraviada refiere haber 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 con el 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, como tampoco la motivación, fundamentos y la calificación de modo genérico y específico del delito que se le imputa al denunciado. También se hace referencia al art. 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.

3.2 Etapa intermedia

3.2.1 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).

3.2.2 Auto que corre traslado el requerimiento de acusación alternativa

Mediante la Resolución N° 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.
- Precítese 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 comuníquese a las partes procesales que la carpeta fiscal se encuentra a su disposición en la secretaria del juzgado de investigación preparatoria.

3.2.3 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, quien 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, a la vez se ofrecen pruebas y se objeta de la reparación civil.

3.2.4 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 que pueden ser objeto de investigación.
- En el presente caso, se viola el principio de legalidad y el principio de taxatividad a que 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 asociado a 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, como tampoco son suficientes los elementos de convicción a la realización del juicio oral.
- Además, los testigos ofrecidos por el representante del Ministerio Público son de referencia o de oídas, los mismos que solo 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, quien es el esposo de la agraviada, que 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 has hecho quedar, ha querido abusar de tu señora; siendo así incurre en serias contradicciones al relatar los hechos. En la pregunta 16 de su declaración, sostiene que él es quien le dio 2 frazadas y luego entró a dormir y su esposa estaba dándole pasto al cuy, entrando primero él a su dormitorio y luego su esposa; en la pregunta 18, que no le pidió más detalles sobre los hechos, que sobre lo sucedido su esposa le ha contado, que el profesor que 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, solo 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, solo ha señalado que ha 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, solo señala que el acusado le

preguntó a su hermano Plácido si se podía quedar en su casa a descansar y su hermano no le contestó. Pues como se advierte declaraciones testimoniales son de referencia o de oídas.

- De las documentales de constatación fiscal, de fecha 4 de noviembre del 2014, esta 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 protegida, 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° 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° 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 solo sería orientativo, es decir, no señala a quién pertenecería si a la agraviada o al acusado.
- Del protocolo de pericia psicológica N° 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 cuanto

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, que 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, para que lleve a determinar las responsabilidades del acusado, por cuanto ellos tienen 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 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 fueron a seguir

libando cerveza, donde se presenta el acusado, con el que 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 ingresó 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, 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 solo 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° 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, como había una silla en la mesa donde nos sentábamos él se sentó y acabó 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, no más”; 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, sintió que estaba en su encima, ella creyó que era su esposo y no dijo nada, hasta que hablado y dijo: “Soy Beto (primo de su esposo), vamos afuera para tener relaciones”, allí se dio cuenta de que no era su esposo y que su esposo estaba durmiendo; al levantarse prendió la luz, agarró una silla para tirarle, pero se escapó.

- En su declaración, la agraviada de fojas 75 al 77, en la pregunta 3, sostiene que “sí 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 que 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...”.
- Que 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° 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 rodeado de elementos objetivos siquiera periféricos que la

corroboren; por tanto, enerva la presunción de inocencia que por mandato constitucional ampara al encausado, por lo que 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 que debería ser proporcional al hecho, debiendo tomar en cuenta que 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 el quantum de la pena depende de la gravedad del injusto penal, de la culpabilidad y de la punibilidad, debiendo analizarse en ese orden.
- Que bajo esos parámetros, se advierte que el representante del Ministerio Público no realizó una debida ponderación de las circunstancias atenuantes, y no aplicó 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 han señalado los parámetros ni la manera en que se ha cuantificado para la imposición de la reparación civil.

3.2.5 Decreto que declara improcedente lo peticionado por parte del acusado

Mediante Resolución N° 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.

3.2.6 Auto que deja sin efecto en parte la Resolución N° 04

Mediante la Resolución N° 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 acusación y solicita sobreseimiento, determinando que el escrito sí 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.

3.2.7 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 válida 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 — tentativa de violación sexual—, 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 Plácido 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° 001197-EIS, Certificado Médico Legal N° 001198-EIS, declaración del imputado, informe pericial N° 2014-000162 (respecto del examen espermatozoidal), protocolo de pericia psicológica N° 001240-2014-PSC, acta de constatación fiscal del día 04 de noviembre de 2014, fotografías del acta de constatación, dictamen pericial toxicológico N° 0001060/14, oficio N°26-2015-PSC, la pericia psicológica N° 00271-2015-PSC, oficio N° 1109-2015-RDJ-CSJAN-PJ y el oficio N 627-2015-REGPOL/DTP'-A/DIVICAF-DEPCRI-PNP-HUARAZ.

ANÁLISIS DE LA ETAPA INTERMEDIA

a) Cumplimiento de los requisitos formales en los actos procesales

Acusación fiscal: Cumple con los requisitos establecidos en el art. 349 del Código Procesal Penal, en cuanto al escrito de la acusación, la misma que fue presentada al Juzgado de Investigación Preparatoria con fecha tres de junio del año dos mil catorce.

b) Acusación alternativa:

Añadimos que existió una acusación alternativa, siendo el acto procesal por el cual el Ministerio Público puede indicar todas las circunstancias de hecho en su acusación o durante el debate, que permitan acusar alternativamente al imputado, ulteriormente al no poderse probar la calificación jurídica principal por la que acusa.

El fiscal, frente a ese único hecho, señala, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al principal.

3.3 Etapa de juzgamiento

3.3.1 *Auto de citación a juicio*

Con resolución número uno, en la ciudad de Caraz, el tres de diciembre de 2015, se dictó el auto de citación a juicio, considerando:

- Citar a juicio: llevándose a cabo en audiencia pública el día 13 de abril de 2016 a horas 10:00 a.m., emplazando al Ministerio Público, 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 médico 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.

3.3.2 Audiencia de juicio inmediato

A horas 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 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.

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 periodo 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, 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 CPP 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 desvirtuará 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 si 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 contestó, que sí 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° 03, la cual resuelve admitir la testimonial que ofreció el abogado del acusado.

Sobre la actuación de los medios probatorios:

Dentro de las audiencias llevadas a cabo se actuaron las pruebas, las cuales llevaron al *a quo* a merituarlas y consecuentemente emitir una sentencia.

3.3.3 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, se fijó la reparación civil, en un monto de dos mil nuevos soles que el sentenciado deberá abonar a la agraviada y se dispuso el tratamiento terapéutico y la exoneración de las costas y costos

ANÁLISIS DE LA ETAPA DE JUICIO ORAL

a) 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 art. 355 del Código Procesal Penal, donde además se le apercibe al imputado que en caso de incomparecencia se le declarará reo contumaz.

La sentencia de primera instancia: Esta resolución es emitida mediante resolución número nueve, de fecha trece de mayo del dos mil dieciséis,

apreciándose que esta 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; así mismo, se basa en el acta de constatación fiscal, sin tener en cuenta que esta se llevó 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, las pericias emitidas por el médico legista hacen referencia a que las lesiones sufridas por parte de la agraviada pudieron haber sido ocasionados por terceros, así como la pericia psicológica que indica 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.

b) Determinar la responsabilidad del procesado respecto a 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.

c) 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: “El que sin propósito de tener acceso carnal, con violencia o grave amenaza, realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre terceros, 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”. Ent al virtud, se condenó 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.

3.4 Etapa de impugnación

3.4.1 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° 09, con base en 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, lo cual fue corroborado con el dosaje etílico que arrojó 0.12 g/l de alcohol en la sangre, lo que se tradujo en 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 determinó que presentaba lesiones extragenitales, 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 consideró 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 qué 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, a pesar de que se trata de 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, cabe señalar solo fue un solo examen con el cual dan por determinado el supuesto daño que sufrió la agraviada; no obstante, 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 llegó a ingresar al domicilio de la agraviada, más que con los dichos de la agraviada, quien narra los hechos de forma incongruente; además, fue la agraviada quien indicó las características de la vestimenta del acusado, y esta versión tampoco ha sido corroborada, pues no existe fotografía al respecto; 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 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, el juez ha incurrido en una interpretación errónea de la norma, perjudicando al acusado y contraviniendo el artículo 139, inciso 11 de la Constitución Política del Estado, que establece que “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes”; con todo ello, 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 mediante 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 cuáles son los parámetros que ha tenido como base para imponer la reparación civil de S/ 2 000.00 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 Lomonte Chiquian inocente de los cargos que se le imputan.

3.4.2 Auto que concede el recurso de apelación

Mediante la Resolución N° 10, se resuelve conceder el recurso de apelación contra la sentencia contenida en la Resolución N° 09.

3.4.3 Inicio de audiencia de apelación de sentencia condenatoria

Siendo el día 07 de setiembre de 2016, a horas 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,

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

El especialista de audiencia procede a dar cuenta de la resolución apelada, así como del 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.

3.4.4 Acta de audiencia de lectura de sentencia de vista

Siendo el día 21 de setiembre de 2016, a horas 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, Ministerio Público, la defensa técnica de la parte agraviada y la parte técnica del sentenciado. El especialista de audiencia procede a dar lectura a la sentencia de vista.

3.4.5 Sentencia de vista

En audiencia pública, se emite la Resolución N° 18, de fecha 21 de setiembre de 2016, y se tomó la siguiente decisión:

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° 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, y, reformándola, se resuelve absolver al sentenciado y se dispone devolver los actuados al juzgado de origen.

ANÁLISIS DE LA ETAPA DE IMPUGNACIÓN

3.5 Resolución de segunda instancia

Estando de acuerdo con el criterio de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 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.

a) Cumplimiento de los requisitos formales en los actos procesales

Sentencia de segunda instancia: Contendida en la resolución número dieciocho, de fecha veintiuno de setiembre del año dos mil dieciséis, donde se aprecia que dicha resolución sí 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.

b) 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 en los concerniente a los fundamentos de hecho y de derecho que explican su razón de ser.

IV CONCLUSIONES

1. Del análisis del presente proceso se concluye que la representante del Ministerio Público no construyó 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 sólido alguno; asimismo, tanto la ocurrencia como el acta de constatación fiscal, se realizaron dos meses después, tiempo en el cual existe mayor probabilidad de contaminación del lugar de los hechos.
3. En delitos como el de los “actos contra el pudor”, los medios probatorios son inconsistentes, ya que la única prueba que podría acreditar este hecho delictivo sería una filmación; ahora bien, si no existiera prueba alguna, solo queda la declaración de la agraviada o agraviado. Las denuncias hechas a un mismo sujeto por este tipo de delitos podrían aportar mucho; 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; ello se debe a que, lamentablemente, el sistema judicial peruano no realiza una capacitación a su personal, y, muchas veces, se llega a mecanizar (con copiar y pegar) a los sujetos que están a cargo de los diversos procesos judiciales.

V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bajo, M. (1991). *Manual de derecho penal. Tomo I*. Ceura.
- Binder, A. (1997). *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Editorial Ad-Hoc.
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal* (2.^a ed.). Editorial Ad-Hoc.
- Bramont-Arias, L. & García, M. (1997). *Manual de derecho penal*. Editorial S.M.
- Burgos, V. (2002). *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/burgos_m_v/burgos_m_v.htm
- Burgos, V. (2008). Preguntas y respuestas sobre la investigación preparatoria. En *Preguntas y respuestas sobre instituciones del Código Procesal Penal*. BLG
- Bustos, J. (2004). *Obras completas. Derecho penal. Parte general. Tomo I*. ARA Editores.
- Calderón, A. & Águila, G. (2010). *Balotario desarrollado para el examen del CNM*. Egacal.
- Caro, D. & San Martín, C. (2000). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*. Grijley.
- Corte Superior, Sala Penal de Apelaciones, Expediente N° 8145-97.
- Donna, E. (1999). *Derecho penal. Parte especial*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Estrella, O. (2005). *De los delitos sexuales*. Hammurabi
- Florian, E. (1990). *Elementos de Derecho procesal penal* (L. Prieto Castro, Trad.). Bosch.

- Fontanet, J. (2002). *Principios y técnicas de la práctica forense* (2.^a ed.). Jurídica Editores.
- García, M. (1999). ¿Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública. *Actualidad Jurídica*, 42.
- Goldberg, S. (1994). *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?* (A. Leal, Trad.). Editorial Heliasta.
- Horvitz, M. & López, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Mixan Mass, F. (2010). La investigación preparatoria. En *Preguntas frecuentes sobre el Código Procesal Penal*. BLG.
- Príncipe, H. (2009). 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 (CdePP). *Anuario de Derecho Penal*, 236-254.
- Quiñones, H. (2003). *Las técnicas de litigación oral en el Proceso Salvadoreño*. Consejo Nacional de la Judicatura.
- Roberto, E., Cáceres, J. & Iparraguirre, R. (2007). *Código Procesal Penal comentado* (1.^a ed.). Jurista Editores.
- Rojas, F., Baca, D. & Neira, M. (1999). *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima. Tomo III*. Gaceta Jurídica.
- Roy Freyre, L. (1975). *Derecho penal peruano*. Importaciones S.A.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 05386-2007-PHC/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 2005-2006-HC.

Valencia, N. (2013). *Teoría y técnicas procesales, acusación fiscal* (1.^a ed.). ARA Editores.

Vicente, R. (1986). *Comentarios al Código Penal colombiano. Parte especial* (6.^a ed.). Editorial Temis.

Villa Stein, J. (1998). *Derecho penal*. ARA Editores.

EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL



ÍNDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	1
I MARCO TEÓRICO	3
1.1 Procesos constitucionales: acciones de garantía	3
1.1.1 Derechos, libertades y garantías.....	3
1.2 Disposiciones generales de los procesos constitucionales.....	9
1.2.1 Finalidad u objeto.....	9
1.2.2 Procedencia	10
1.2.3 Causales de improcedencia	15
1.2.4 Cosa juzgada	22
1.2.5 Ausencia de etapa probatoria	22
1.2.6 Excepciones y defensas previas	23
1.2.7 Integración de decisiones	23
1.2.8 Tramitación preferente	24
1.2.9 Notificaciones	25
1.2.10 Sentencia	26
1.2.11 Recursos impugnatorios.....	27
1.2.12 Ejecución de sentencias.....	28
1.3 Casos de improcedencia.....	30
1.4 Titulares de la acción	31
1.5 Sujeto pasivo de la acción	32
1.6 Competencia.....	33
1.7 Trámite de la acción	33
1.7.1 Agotamiento de la vía previa	34
1.7.2 Trámite en primera instancia.....	34
1.7.3 Medida cautelar.....	34
1.7.4 Recurso de apelación.....	35
1.7.5 Recurso extraordinario	36
1.7.6 Recurso de queja	37

II JURISPRUDENCIA	39
III ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE	40
3.1 Demanda de proceso de acción de cumplimiento	40
3.1.1 Pretensión principal.....	40
3.1.2 Pretensión accesoria.....	40
3.1.3 Fundamentación fáctica	40
3.2 Auto admisorio.....	42
3.3 Contestación de la demanda.....	42
3.4 Auto que admite la contestación de la demanda	45
3.5 Etapa resolutive.....	49
3.5.1 Sentencia	49
3.6 Etapa impugnatoria	52
3.6.1 Recurso de apelación.....	52
3.6.2 Sentencia de Sala.....	53
IV CONCLUSIONES	56
V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

RESUMEN

El proceso de cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal, ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En ese contexto, el informe se realizó con base en un proceso especial, como es el proceso de cumplimiento, sin etapa de saneamiento probatorio, por lo cual solo se meritó según el criterio del juez los medios probatorios presentados, para que luego se emita una sentencia. Los hechos tienen que ver con que la recurrente es trabajador administrativo con cargo de trabajadora de servicios de la Institución Educativa “Gran Mariscal Toribio de Luzuriaga”, encontrándose dentro de los alcances de la ley que reconocen a la recurrente el concepto de pago de interés legal laboral, quien, hasta la fecha, no ha recibido este beneficio, pese a sus reiterados reclamos, agotándose, así, la vía administrativa correspondiente, por lo que se prosiguió con interponer la demanda de acción de cumplimiento ante el órgano jurisdiccional respectivo. Por ello, los demandados (UGEL Huaraz y el Gobierno Regional de Ancash) realizan su contestación; luego, con base en la demanda y la contestación, se emite una sentencia a favor del demandante; ante ello, los demandados interpusieron el recurso de apelación, con el cual la Sala Civil de Huaraz declaró improcedente la demanda.

Palabras clave: Demanda, acción de cumplimiento, resolución directoral, interés legal laboral, proceso constitucional.

ABSTRACT

The purpose of the compliance process is to order the reluctant official or authority to comply with a legal norm; execute a firm administrative act; or expressly pronounces when the legal norms order him to issue an administrative resolution or dictate a regulation. It should be noted that the report was made based on a special process, such as the compliance process, we will not have an evidentiary sanitation stage, for which only the evidentiary means presented will be merited according to the judge's criteria, to be issued later a sentence. The facts are that, the appellant is an administrative worker with a position as a service worker of the Educational Institution "Gran Mariscal Toribio de Luzuriaga", finding within the scope of the law that the appellant recognizes the concept of payment of Legal Labor interest that , to date has not been fulfilled to make the payment of this benefit, despite my repeated claims, thus exhausting the corresponding administrative route, proceeded to file the action for compliance action before the respective jurisdictional body.

In doing so, the defendants (UGEL - Huaraz and the Regional Government of Ancash), their response, based on the claim and the answer, a judgment was issued in favor of the plaintiff, but the defendants filed the appeal, in the which the civil court of Huaraz, declared the claim inadmissible.

Keywords: Complaint, enforcement action, directorial resolution, labor legal interest, constitutional process.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

EXPEDIENTE CONSTITUCIONAL:

N° 00309-2017-0-0201-JR-CI-01

DEMANDANTE:

Enedina Pineda Clemente

DEMANDADO:

UGEL Huaraz y el Gobierno Regional de Ancash

ÚLTIMA RESOLUCIÓN:

Resolución N° 10, de fecha 30 de noviembre de 2017

MATERIA:

Proceso de cumplimiento

I MARCO TEÓRICO

1.1 Procesos constitucionales: acciones de garantía

1.1.1 Derechos, libertades y garantías

Antes de hacer referencia a los procesos constitucionales, resulta 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 se verá más adelante, si en un proceso no se plantea con precisión la materia de la controversia, dicho proceso nace muerto y ello significa que el litigante o su abogado no saben lo que quieren.

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.

En seguida, se analizan cada una de las categorías político-constitucionales:

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 los

derechos como los atributos, facultades, que se reconocen o se otorgan a los individuos que componen la población del Estado (Bidart Campos, 1987, p. 75).

Gonzales (como se cita en Bidart Campos, 1987) 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. (p. 73).

El derecho es la 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 hermanas 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.

Al hablar de libertad desde un punto de esta política, no se puede dejar de relacionarla 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, ensayando una noción de libertad, se podría afirmar que esta 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, por ejemplo, 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.

Duguit (como se cita en 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” (p. 98).

Por su parte, Sánchez (como se cita en Linares, 1956) precisa que la libertad, en sentido más general, es exención de una necesidad. Esa exención de una necesidad, ha de 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 (p. 113).

En otras palabras, 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. (Ortecho, 2016, p. 2008).

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, donde se puntualiza en 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 quisiéramos 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 (Ortecho, 2016, p. 293). Reforzando nuestro punto de vista, nos permitimos consignar la apreciación que hace Bidart Campos (1987), respecto a las garantías:

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 R. Carrión, 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. (p. 77)

d) 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, consignó en su art. 295, tres garantías: habeas corpus, acción de amparo y acción popular, y en el art. 298 la acción de inconstitucionalidad; habiendo sido desarrolladas, las dos primeras mediante la Ley 23506, la tercera mediante La Ley Procesal N° 24968, y la acción de inconstitucionalidad se desarrolló en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías

Constitucionales N° 23385. La Constitución de 1993 contempla la acción de cumplimiento.

1.2 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).

1.2.1 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 (art. 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, declarar 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 (art. 1, párrafo 2).

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.

1.2.2 Procedencia

Los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo y habeas data, proceden y por tanto se ejercen (Ortecho, 2016, pp. 82-85):

a) Contra actos u omisiones que violen los derechos humanos

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 si el Código aclara en forma expresa, que,

tratándose de omisiones, estas 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 art.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 quiénes pueden ser agentes vulneradores. Precisamente el art. 200 de esta última señala 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, se encuentran 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 viabilice la acción de garantía. Sin embargo, nuestras dos últimas constituciones han sido receptivas a la corriente iniciada por el distinguido magistrado Bustamante Cisneros, 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 ingre, 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 en 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.

1.2.3 Causales de improcedencia

Las causales de improcedencia están determinadas en el art. 5 del Código, a través de diez incisos. No proceden los procesos constitucionales cuando (Ortecho, 2016, pp. 89-91):

- 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 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, han 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, 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 (Ortecho, 2016, p. 92).

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 cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o hay litispendencia (Ortecho, 2016, p. 93).

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 (Ortecho, 2016, p. 94).

- h) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Las 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 art. 178, inc. 4, de la Constitución administra justicia en materia electoral y, según el art. 181, 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” (Ortecho, 2016, p. 95).

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

- i) Se trate 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.

1.2.4 Cosa juzgada

El art. 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).

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.

1.2.5 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, sí ha sido y es viable admitir en su debida oportunidad (conjuntamente con la demanda y con la contestación) la prueba documental, que no reta tiempo al procedimiento (Ortecho, 2016, p. 94).

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.

1.2.6 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. Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No proceden en el proceso de habeas corpus (Ley N° 28946, art. 10)

1.2.7 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 hicieren, estarían privándole a las partes, del uso de la pluralidad de instancias y consiguientemente 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 (Código Procesal Constitucional, art. 11).

1.2.8 Tramitación preferente

El Código señala entre las disposiciones generales para los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento (art. 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 tramites 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 habituadas 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 fundamentales.

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 sí 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, tenía 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.

1.2.9 Notificaciones

De acuerdo con Ortecho (2016), 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.

Sin embargo, hay una excepción en el anteriormente comentado art. 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.

1.2.10 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, p. 99).

En el art. 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.

1.2.11 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 (Ortecho, 2016, pp. 99-100).

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 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 (art. 18).

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 (art. 19).

1.2.12 Ejecución de sentencias

Aunque el Código emplee los términos (actuación de sentencias), nos parece más apropiado el de ejecución, en razón de 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 (Ortecho, 2016, pp. 101-102).

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 (art. 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 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.

1.3 Casos de improcedencia

La acción de cumplimiento no procede en los siguientes supuestos:

a) Casos de improcedencia de carácter general (Ley N° 23506, art. 6):

- Cuando ha cesado la violación o la amenaza de violación del derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable.
- Cuando se dirige contra una resolución judicial o arbitral emanadas de un proceso regular.
- Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria.

- Cuando es ejercida por las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los Poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por los actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones.
- b) Casos de improcedencia de carácter específico:** Cuando no se han agotado las vías previas (Ley N° 26301, art. 5; Ley N° 23506, art. 27; Ley N° 25398, arts. 23 y 24). Sin embargo, no se exige el agotamiento de las vías previas en los siguientes casos:
- Si una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida.
 - Si por el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión.
 - Si la vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo;
 - Si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución (Ley N° 23506, art. 28).
 - Cuando el plazo de sesenta días para interponer la acción ha caducado (Ley N° 23506, art. 37; Ley N° 25398, art. 26).

1.4 Titulares de la acción

La acción de cumplimiento puede ser interpuesta por el propio afectado o su representante, o el representante de la entidad afectada si el agraviado es una persona jurídica. En casos de imposibilidad física para interponer la acción, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por hallarse la persona ausente

del lugar o cualquier otra causa análoga, podrá ejercer la acción cualquier tercero sin necesidad de poder expreso, con cargo a ratificación posterior del afectado, una vez que se halle en posibilidad de hacerlo (Ley N° 23506, art. 26).

Cuando se trate de personas no residentes en el país, la acción de cumplimiento debe ser ejercida por apoderado acreditado y residente en el país, o por tercera persona. En este último caso, la acción deberá ser ratificada expresamente por el afectado. Para la actuación del apoderado será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción del poder en los Registros Públicos (Ley N° 25398, art. 22).

Por último, cabe señalar que el defensor del pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para interponer la acción de cumplimiento en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de cualquier persona (Ley N° 26520, art. 9).

1.5 Sujeto pasivo de la acción

La acción de cumplimiento se entiende directamente con el funcionario o entidad encargada del cumplimiento que se solicita. Si no fue reconocido (a) o no hubiere certeza del mismo (a), se deberá entender con el superior jerárquico (Ley N° 26301, art. 7).

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, se debe tener en consideración que la defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor

público en estas acciones, la asume el procurador público que corresponda (Ley N° 26301, art. 7; Ley N° 25398, art. 12).

1.6 Competencia

La competencia para conocer la acción de cumplimiento corresponde, a elección del demandante, al juez especializado en lo civil:

- a) Del lugar en donde tiene su domicilio el demandante;
- b) Del lugar que corresponda al domicilio del demandado, sea este persona natural o jurídica, pública o privada (Ley N° 26301, arts. 1 y 4, párr. 1).

El art. 2 de la Resolución Administrativa N° 036-2001-CT-PJ ratifica que la competencia corresponde a los jueces y salas especializadas en lo civil según el turno que se establezca en cada distrito judicial. Para efectos del distrito judicial de Lima, el art. 1 de la Resolución Administrativa N° 100-2001-P-CSJLI-PJ señala que es competente en las acciones de cumplimiento la Tercera Sala Civil (Sala para procesos abreviados y de conocimiento) y los juzgados especializados en lo civil competentes en procesos de conocimiento, abreviados y especiales.

1.7 Trámite de la acción

La acción de cumplimiento se tramita conforme a las disposiciones pertinentes de la Ley N° 23506, que regulan el procedimiento de la acción de amparo (Ley N° 26301, arts. 3 y 4).

1.7.1 Agotamiento de la vía previa

La vía previa específica en la acción de cumplimiento es el requerimiento por conducto notarial, con una antelación no menor de quince (15) días, dirigido a la autoridad o funcionario pertinente, para que dé cumplimiento a lo que se considera debido por mandato de la ley o de acto administrativo (Ley N° 26301, art. 5). Si no hay respuesta a la carta notarial o si la respuesta es negativa, queda expedita la acción de cumplimiento.

1.7.2 Trámite en primera instancia

Una vez agotada la vía previa correspondiente (requerimiento notarial, Ley N° 26301, art. 5 inc. c), si es el caso, e interpuesta la acción de cumplimiento, el juez correrá traslado de la demanda por tres días al autor de la infracción (Ley N° 23506, art. 30).

Cabe señalar que no existe etapa probatoria, lo que no impide la presentación de prueba instrumental o la actuación de las diligencias que el juez considere necesario realizar sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias. Procede la deducción de excepciones, de las cuales no se correrá traslado y se resolverán en la resolución que ponga fin a la instancia (Ley N° 25398, art. 13). La resolución es apelable por las partes dentro del tercer día de notificada (Ley N° 23506, art. 33).

1.7.3 Medida cautelar

En el caso de la acción de cumplimiento, teniendo en cuenta que precisamente la violación del derecho se da a través de una omisión de

cumplimiento de aquello que se considera debido, es poco factible la procedencia de una medida cautelar, salvo que en casos especiales las circunstancias permitan la solicitud de una medida de esta naturaleza. Si este es el caso, tal medida podrá solicitarse en cualquier etapa del proceso, siempre que sea evidente la inminente amenaza de agravio. o violación del derecho, tramitándose por cuenta, costo y riesgo del solicitante.

De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta el juez o la Corte Superior resolverá dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que se dicte será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad (Ley N° 23506, art. 31, modificado por el D.L. N° 25433).

1.7.4 Recurso de apelación

La resolución de primera instancia es apelable por cualesquiera de las partes dentro del tercer día de notificada. El expediente deberá ser elevado a la Corte Superior dentro del tercer día de interpuesta la apelación (Ley N° 23506, art. 33).

Recibido el expediente por la Corte Superior se notificará a las partes y al fiscal superior en lo civil, dentro del tercer día, para la respectiva expresión de agravios y dictamen y, en su caso, para el informe oral correspondiente. No deberá ser mayor de veinte días el plazo para la resolución, contados desde la recepción del expediente, bajo responsabilidad (Ley N° 23506, art. 34).

1.7.5 Recurso extraordinario

En este punto cabe señalar que, si bien la acción de cumplimiento se rige por las disposiciones concernientes a la acción de amparo, y, por consiguiente, los arts. 35 y 36 de la Ley N° 23506 establecían la procedencia del recurso de nulidad en caso la acción sea denegada en segunda instancia, hay que tener en cuenta que dichos artículos han sido derogados tácitamente por la 4.^a disp. trans. de la Ley N° 26435, desprendiéndose del inciso 2) de dicha disposición que ante la denegatoria de la acción de cumplimiento solo procede el recurso extraordinario contemplado en el art. 41 de dicha ley, reduciéndose así el número de instancias judiciales y pasando a conocimiento del Tribunal Constitucional la acción de cumplimiento denegada en segunda instancia (Constitución Política del Perú., art. 202, inciso 2).

El recurso extraordinario procede, pues, solo cuando la acción de cumplimiento ha sido denegada en segunda instancia. El plazo para interponer este recurso es de quince días de notificada la sentencia denegatoria (Constitución Política del Perú., art. 202, inciso 2).

Una vez interpuesto el recurso, los autos son remitidos al Tribunal Constitucional dentro del plazo máximo de cinco días, bajo responsabilidad (Ley N° 26435, art. 41 párr. 3). El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el fondo y la forma del asunto en un plazo máximo de veinte días, y el fallo de este órgano que estime o deniegue la acción de cumplimiento agota la jurisdicción interna (Ley N° 26435, arts. 43 y 45), pudiéndose recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que es parte el Perú (Constitución Política del Perú., art. 205).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional para conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de la acción de cumplimiento, se constituye en dos Salas con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

En caso de poder reunirse el número de votos requeridos, cuando haya vacancia o impedimento de uno de sus miembros o para dirimir la discordia, la Sala en la cual tiene lugar cualquiera de estos supuestos puede recurrir a los miembros de la otra Sala, en orden de antigüedad, desde el menos al más antiguo y, en último caso, al presidente del Tribunal (Ley N° 27850 que modifica el art. 4 de la Ley N° 26435, agregándole los párrafos 5 y 6).

Finalmente, cabe recordar que el Tribunal Constitucional al conocer mediante el recurso extraordinario de las resoluciones denegatorias de la acción de cumplimiento, se pronuncia sobre el fondo y la forma del asunto materia de litis; en ese sentido, cuando el Tribunal estime que en el procedimiento llevado a cabo, antes de que el caso llegue para su conocimiento, hubo quebrantamiento de forma, declara la nulidad de la resolución, reponiendo el proceso al estado que tenía cuando se cometió el error, disponiendo la devolución de los autos al órgano judicial del que procedieron para que este sustancie la resolución con arreglo a derecho (Ley N° 926435, art. 42).

1.7.6 Recurso de queja

Procede este recurso contra el auto que deniega elevar el recurso extraordinario al Tribunal Constitucional (Ley N° 926435, art. 41). El plazo para interponer este recurso es de cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución denegatoria.

La queja se interpone ante la Sala que denegó el recurso extraordinario, la misma que elevará el cuaderno de queja al Tribunal Constitucional dentro del tercer día, bajo responsabilidad. El Tribunal resuelve en el plazo de diez días sin más trámite. Si la queja se declara fundada se concederá el recurso extraordinario comunicando simultáneamente esta decisión a la Sala para que eleve el respectivo expediente dentro del tercer día y con notificación a las partes. Si la queja se declara inadmisibles o improcedentes se comunica a la Sala de origen y se notifica a las partes (R. Adm. N° 111-2003-PITC, arts. 51 al 61).

Cabe indicar que el recurso de queja contra la denegatoria de conceder recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional, estaba regulado primigeniamente por la R. Adm. N° 026-97-prrC, la misma que fuera derogada tácitamente por la R. Adm. N° 033-2003-prrC, de fecha 6 de marzo del 2003, norma cuya existencia fue muy breve, ya que también ha sido derogada por la R. Adm. N° 111-2003-prrC, Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de setiembre del 2003, actualmente vigente.

Por último, sin perjuicio de lo ya expuesto y refiriéndose la acción de cumplimiento a casos de omisión de un acto debido, cabe indicar que se notificará al responsable de la agresión con el fallo que ordena el cumplimiento incondicional de dicho acto, concediéndole para el cumplimiento del referido acto el término de 10 días calendario, siempre que este plazo no perjudique el ejercicio del derecho reconocido por la resolución final, bajo apercibimiento de ejercitarse la acción penal pertinente si se da el caso; asimismo, el agresor se hará responsable del pago de los daños y perjuicios que resultaren de este incumplimiento (Ley N° 23506, art. 4; Ley N° 25398, art. 28).

II JURISPRUDENCIA

2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 191-2003-AC/TC

El Tribunal Constitucional 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 indubitadamente de la ley o del acto administrativo que lo contiene”.

2.2 Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 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 de que el proceso de cumplimiento prospere, puesto de que 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”.

III ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

3.1 Demanda de proceso de acción de cumplimiento

3.1.1 Pretensión principal

Solicito se dé cumplimiento a lo resuelto en la Resolución Directoral N° 05210-2015-UGEL, de fecha 20 de noviembre de 2015, en la cual se resolvió reconocer a favor de la demandante la suma de veintiséis mil noventa y ocho con 11/100 soles (S/ 26 098.11 soles) por concepto de pago de interés legal laboral del D.U. N° 037-94-PCM.

3.1.2 Pretensión accesoria

Los pagos de costos del proceso más los intereses legales y se ordene la aplicación del artículo 8 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional.

3.1.3 Fundamentación fáctica

Que, en relación a la fundamentación de los hechos, la demandante Enedina Pineda Clemente, fundamenta de la siguiente manera:

- Que la recurrente es trabajador administrativo con cargo de trabajadora administrativo de la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, encontrándome dentro de los alcances de la Ley General de Educación N° 28044; y D.L. 276 y su reglamento N° 005-90-ED, del D.U. N° 037-94-PCM, que reconocen a la recurrente el concepto de pago de interés legal laboral.
- Que, al amparo de las normas jurídicas citadas, el demandado emite la Resolución Directoral N° 05210-2015 UGEL Huaraz, de fecha 20 de noviembre de 2015, en la que reconoce a mi favor la suma de veintiséis mil noventa y ocho

- con 11/100 (S/ 26 098.11 soles) por concepto de pago de interés legal laboral del D. U. N° 037-94.
- Que, el demandado además de no dar cumplimiento a las normas jurídicas señaladas y al acto administrativo contenido en la Resolución invocada, está incumpliendo el artículo 24 de la Constitución Política del Estado, el cual señala que el pago de los beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, tal como se ha establecido por el Tribunal Constitucional en múltiples ejecutorias.
 - Que, en cumplimiento del artículo 69 del Código Procesal Constitucional, se agotado la vía administrativa conforme a la solicitud cursada de fecha cierta mediante el Expediente N° 003990, de fecha 26 de enero de 2017, dirigida a la entidad demandada el cumplimiento del pago de la R. D. N° 05210-2015 UGEL Huaraz.
 - Que, está plenamente reconocido, gracias a la existencia de numerosas jurisprudencias, que el derecho reclamado mediante el presente proceso de garantía debe de estimarse y ordenarse consecuentemente su cumplimiento, como es de fijarse en las resoluciones del Supremo Tribunal Constitucional.
 - En mérito a los fundamentos expuestos, y dando cumplimiento con el requisito especial de procedencia establecido en el artículo 69 del Código Procesal Constitucional y poder recurrir ante el órgano jurisdiccional competente para que se ordene el cumplimiento de la presente norma, procédase a admitir la demanda incoada.

3.2 Auto admisorio

Que, mediante Resolución N° 01 de fecha tres de marzo de 2017, el primer Juzgado Civil de Huaraz resuelve declarar admitida la demanda interpuesta por Pineda Clemente Enedina contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz con citación del procurador público del Gobierno Regional de Ancash, sobre el proceso de cumplimiento, el que se tramitará conforme a las reglas del proceso especial.

3.3 Contestación de la demanda

Existen dos contestaciones de la demanda; de una parte, la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz y de la otra el procurador público del Gobierno Regional de Ancash, los cuales manifiestan lo siguiente:

a) **Job Abdias Alejandro Jacha**, en su calidad de director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, absuelve la demanda, solicitando se declare infundada y/improcedente, señalando:

- Que, es cierto lo expresado por la demandante en los fundamentos de hecho de la demanda; sin embargo, aclara que la UGEL Huaraz viene gestionando insistentemente entre los entes correspondientes el otorgamiento de presupuesto que le permita cumplir con los compromisos asumidos con los servidores de la jurisdicción en general y de la accionante en particular, trámite que no es de resultado inmediato.
- Que la UGEL Huaraz no es titular del pliego, sino es el Gobierno Regional de Ancash, y que, si hasta la fecha la UGEL Huaraz no ha hecho efectivo el pago a sus beneficiarios, es porque no cuenta con presupuesto disponible

para cancelar los pagos al gran número de beneficiarios que poseen igual derecho o similares.

- Resulta necesario indicar que, el artículo 70, inciso 1, de la Ley N° 28411, modificada por la Quinta Disposición Complementaria, modificatoria de la Ley N° 29626, se deja la posibilidad que los pagos recién sean con una sentencia judicial, en calidad de cosa juzgada para que se nos apruebe un presupuesto y cumplir con los pagos a los beneficiarios. Y como contamos con varios beneficiarios, y las gestiones presupuestales demoran, solo se puede cumplir con un número pequeño de beneficiarios por año.
- Finalmente, resulta descabellado que en la pretensión accesoria la parte demandante pretenda que se le pague los intereses legales, teniendo en cuenta que la Resolución Directoral N° 05210-2015 reconoce el pago de intereses legales laborales.

b) Renzo Paolo Medina Cadillo, en calidad de procurador público del Gobierno Regional de Ancash, formula contestación de demanda, solicitando que declare infundada, 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, la presente demanda tiene por objeto que se disponga, mediante sentencia el estricto cumplimiento de la Resolución Directoral UGEL. Hz N° 05210-2015, en donde se le reconoce a su favor la suma de

S/ 26 098.11 soles por concepto de pago de interés legal laboral del D.U. 037-94-PCM.

- 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 Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, o en todo caso la Dirección Regional de Educación de Ancash, la misma que constituye unidad ejecutora del pliego Gobierno Regional de Ancash, que cuenta con presupuesto propio, correspondiéndole; en consecuencia, hacer efectivo lo solicitado por el demandante, con los recursos económicos con que cuenta y de ser insuficiente, efectuar los trámites correspondientes ante el titular del pliego, para requerir al Ministerio de Economía y Finanzas la ampliación de calendario y el cumplir con el acto administrativo.
- Cuarto punto, que la resolución administrativa se encuentra condicionada a la aprobación del presupuesto respectivo por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme se puede apreciar de la resolución materia de reclamo; en consecuencia, este acto administrativo no posee la naturaleza o el carácter de auto aplicativo, por lo que para la ejecución del pago se requiere de un procedimiento previo ante las instancias correspondientes del MEF.
- En el quinto punto, se indica que el TC ha establecido requisitos para el cumplimiento de la norma legal, los cuales serán valorados por el juzgador en el presente caso.

3.4 Auto que admite la contestación de la demanda

Mediante la resolución dos se da por admitida la contestación por parte del procurador público del Gobierno Regional de Ancash y del director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz.

ANÁLISIS RESPECTO A LA ETAPA POSTULATORIA:

Sobre la 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, establecido en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, así como en el Código Procesal Constitucional, en su artículo 66, inciso 1), donde se 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 fundada la demanda interpuesta por Osorio Alcarado 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° 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 indubitablemente de la ley o del acto administrativo que lo contiene (...)”. De esa manera, la Sala analizó el caso y 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 con el artículo 424 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.

Sobre los requisitos de la 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, so pena de que se los 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 reconvención, si hubiera lugar.

3.5 Etapa resolutive

3.5.1 Sentencia

Se resuelve declarar fundada en parte la demanda de proceso de cumplimiento, de la siguiente manera:

- A) Fundada la pretensión de cumplimiento de la Resolución Directoral N° 05210-2015-UGEL Huaraz, y, en consecuencia, se ordena a la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz cumpla dentro del plazo de cinco días y bajo responsabilidad de ejecutar lo dispuesto en la resolución directoral antes mencionada, abonando a la demandante la suma total de S/ 26,098.11 soles por concepto del pago de interés legal laboral del Decreto de Urgencia N° 037-94-PCM.

B) Infundada la demanda en el extremo que se solicita la aplicación del artículo 8 de la Ley N° 28237; bajo los siguientes fundamentos:

- Que, la pretensión contenida en la demanda reúne todos los requisitos previstos por el Tribunal Constitucional para la procedencia de su exigencia a través de una acción de cumplimiento; asimismo, la demandante ha cumplido con acreditar el requisito especial de procedencia (el reclamo mediante documento de fecha cierta a la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, y este se haya ratificado en su negativa de cumplimiento o no haya contestado en el plazo de ley).
- Y con respecto al pedido de pago de intereses, en tanto la resolución contiene el pago de intereses laborales, no se puede disponer el pago de interés de intereses, conforme lo refiere el artículo 1249 del Código Civil.

ANÁLISIS RESPECTO A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Sobre la 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 Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz. Por ende, la responsabilidad es de esta entidad cumplir con ejecutar la Resolución Directoral N° 05210-2015-UGEL Huaraz, para dar cumplimiento al Decreto de Urgencia N° 037-94-PCM.

Sobre la sentencia de primera instancia

En el fundamento 2 de la STC 1402-2011-PA/TC, se ha establecido que: En la STC 00102-2007-PC/TC, este Tribunal señaló al evaluar los alcances de la STC 0168-2005-PC/TC, que para lograr la plena protección del derecho a defender la eficacia de normas legales y actos administrativos mediante el proceso de cumplimiento es necesario que antes se verifique dos acciones concretas:

La primera, contenida en la norma procesal y derivada del artículo 200, inciso 6, de la Constitución, referida a la comprobación de la actitud renuente por parte del obligado a cumplir.

- Y, en segundo lugar, la verificación de las características mínimas comunes del mandato de la norma legal, del acto administrativo o de la orden de emisión o de una resolución o un reglamento.

En tal sentido, se ha precisado que solo de cumplirse con dichos supuestos el proceso de cumplimiento prosperará.

Respecto a la virtualidad o exigencia de un derecho incuestionable como requisito adicional del acto administrativo que se tiene que cumplir con los siguientes requisitos establecidos por el Tribunal constitucional de manera vinculante, en el expediente N° 0168-2005-PC/TC, los cuales son:

- Ser un mandato vigente.
- 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.
- Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.

- 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 de cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos comunes antes mencionados, en tales actos se deberá:
 - Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
 - Permitir individualizar al beneficiario.
- En la sentencia de primera instancia no se tuvo en cuenta el contenido de un mandamus el cual debe de ser cierto y claro, por lo que, no reúnen las características mínimas comunes del mandato desarrollado en el fundamento jurídico 12 de la sentencia expedida en el expediente N° 00168-2005-PC/TC

3.6 Etapa impugnatoria

3.6.1 Recurso de apelación

Jod Abdías Alejandro Jacha, director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, interpone el recurso de apelación, contra la Resolución N° 03, de fecha 03 de julio de 2017, bajo los siguientes fundamentos:

- Que, la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, pese a ser Unidad Ejecutora del Pliego del Gobierno Regional de Ancash, no cuenta con los recursos suficientes para cumplir con la obligación emanada por vuestra autoridad; es más, la resolución emitida por mis antecesores se encuentra condicionada a la aprobación del presupuesto que otorgue el Ministerio de Economía y Finanzas, el cual implica transferencia de fondos y otros mecanismos de financiamiento.

- Asimismo, señala que se está realizando todas la gestiones necesarias y correspondientes para dar cumplimiento al pago de los beneficiarios del Decreto de Urgencia N° 037-94-PCM.
- Basándonos en el artículo 70, inciso 1, se deja la posibilidad de que los pagos recién sean con una sentencia judicial, en calidad de cosa juzgada para que se nos apruebe un presupuesto y cumplir con los pagos a los beneficiarios. Y como contamos con varios beneficiarios, y las gestiones presupuestales demoran, solo se puede cumplir con un número pequeño de beneficiarios por año.

Por estas consideraciones solicitamos se revoque la sentencia de primera instancia.

- Mediante la resolución cuatro se resuelve conceder el recurso de apelación con efecto suspensivo, contra la sentencia recaída en la resolución N° 03.
- Mediante escrito del director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, se expresa agravio, expresando que la resolución impugnada causa perjuicio a mi representada, debido a que no ha sido debidamente motivada, y que la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz no cuenta con los recursos económicos suficientes para cumplir con la obligación emanada por vuestro despacho.

3.6.2 Sentencia de Sala

Mediante Resolución N° 10, de fecha 30 de noviembre de 2017, los magistrados que conforman la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Ancash, resuelven:

Revocar la sentencia contenida en la resolución número tres, y declararon improcedente la demanda de cumplimiento, en base a los siguientes fundamentos:

- Que, teniendo en cuenta 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.
- Que, la resolución directoral N° 05210-2015-UGEL.Huaraz, emitida por la Unidad de Gestión Educativa Local de Huaraz, no contienen un *mandamus* cierto y claro, ya que existe un doble reconocimiento en la resolución pues en un primer caso se ha calculado un interés generado desde el 31 de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre del año 2011 al 31 de diciembre de 2011; mientras en el segundo caso, el monto se ha calculado desde el 01 de enero del año 2008 al 31 de julio del año 2014.
- En tal sentido, resulta evidente que en el presente caso, la resolución administrativa cuyo cumplimiento se solicitan, no reúnen las características mínimas comunes del mandato desarrollado en el fundamento jurídico 12 de la sentencia expedida en el Expediente N° 00168-2005-PC/TC; pues si bien es cierto que el *mandamus* de la resolución cuyo cumplimiento se solicita, aparentemente resultan claros y ciertos, no obstante, resultan disímiles en el cálculo de los intereses legales a que se contrae la resolución directoral en cuestión; por tanto, la demanda interpuesta no puede ser amparada; máxime, si los actos administrativos materia de í 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 ser compleja ni a interpretaciones dispares.

ANÁLISIS RESPECTO DE LA SENTENCIA DE VISTA

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.

IV CONCLUSIONES

1. Para poder accionar el cumplimiento de un acto administrativo o norma legal en un proceso constitucional de cumplimiento, se tendrá primero que agotar la vía administrativa, es decir, se tendrá que solicitar el cumplimiento de la obligación a la institución correspondiente, una vez realizado el acto, y solo después de una negativa de su cumplimiento, recién se podrá accionar demandando acción de cumplimiento.
2. Del análisis del presente proceso, se concluye que en este tipo de procesos no se cuenta con una etapa de saneamiento probatorio, por lo que se debe de tener en cuenta con más interés e importancia los detalles de la demanda en su totalidad, así como los de la contestación.
3. Asimismo, las Sentencias del Tribunal Constitucional N° 00168-2005-PC/TC y N° 191-2003-AC/TC, las cuales son de carácter vinculante, refieren con precisión los requisitos que deberán cumplirse para que los actos administrativos o normas legales sean requeridos mediante el proceso de cumplimiento.
4. No se puede negar el derecho de la recurrente en el presente proceso, ya que si bien es cierto existe una obligación establecida por un acto administrativo emitido por una entidad pública, se tiene que precisar que este derecho tiene que ser claro y cierto, y no debe estar sujeto a controversias. Dilucidado este error en el acto administrativo que le reconoce el derecho al pago de intereses laborales, se podrá accionar su cumplimiento nuevamente.

V REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bidart Campos, G. (1987). *Las obligaciones constitucionales*. Ediar.
- Bidart, G. (1992). *Tratado elemental de derecho constitucional (El derecho constitucional de la libertad)*. Ediar.
- Bidart, G. (1998). Justicia constitucional y reforma del Poder Judicial. La justicia constitucional a finales del siglo XX. *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, 7(6).
- Carpio Marcos, E. (2004). La acción de cumplimiento. En S. Castañeda (Ed.), *Derecho procesal constitucional. Tomo II* (2.^a ed.). Jurista Editores.
- Carpio Marcos, E. (2005). El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional. En AA.VV. *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores.
- Constitución Política del Perú. (1993, 29 de diciembre). Congreso Constituyente Democrático de 1992. Diario Oficial El Peruano.
- De Otto, I. (1988). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (2.^a ed.). Ariel.
- De Vega, P. (1979). Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, (7). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Fernández, F. (1984). *La jurisdicción constitucional en España*. Dykinson.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismos*. Trotta.
- Flores Polo, P. (1984). *Diccionario de términos jurídicos. Vol. 3*. AFA Editores.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.

- Hesse, K. (1983). *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Landa, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Palestra Editores.
- Landa, C. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Palestra Editores.
- Ley N° 28946, Ley que modifica el Código Procesal Constitucional (2006, 22 de diciembre). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional (2004, 7 de mayo). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional (2021, 21 de julio). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Linares, S. (1956). *Tratado de la ciencia del derecho constitucional. Tomo III*. Ed. Alfa.
- Linares, S. (1956). *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Editorial Alfa.
- Manzini, V. (1951). *Derecho procesal penal*. Editorial Jurídica Europa América.
- Monroy, J. (1994). *Informativo jurídico*. Editorial Libertad.
- Ortecho, V. (2016). *Procesos constitucionales y su jurisdicción*. Editorial Rodhas.