



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL

**S.S. JERÍ CISNEROS
BENDEZÚ GÓMEZ
CHAMORRO GARCÍA**

APELACIÓN DE SENTENCIA

EXPEDIENTE NÚMERO 05518 – 2016

RESOLUCIÓN N°

Lima, 09 de marzo de 2018

VISTOS: Interviniendo como ponente la señora **Juez Superior Rosa Mirta Bendezú Gómez**; con la constancia de Relatoría de folio 343; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: OBJETO DE APELACIÓN

La sentencia de fecha 12 de febrero de 2018 de folio 207 que resolvió **CONDENAR a RICARDO ZÚÑIGA PEÑA**, como autor del delito contra el Honor –Difamación agravada-, en agravio de Carlos Augusto Zambrano Ochandarte, imponiéndole **02 meses de pena privativa de la libertad efectiva, cuyo vencimiento será el día 11 de abril del presente año; 120 días multa a razón de S/.3.00 soles por día haciendo un total de S/. 360.00 soles a favor del Tesoro Público y en S/.10,000.00 soles el monto por concepto de reparación civil.**

El recurso de apelación es promovido por el sentenciado en todos los extremos.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN

2.1. Imputación fáctica

Conforme la sentencia recurrida de folio 207, el cargo es el siguiente:

El día 23 de julio del 2016 vía el canal de televisión "Latina", se emitió el programa "El Valor de la verdad" conducido por el periodista Beto Ortíz. En aquella oportunidad, el querellado Ricardo Zúñiga Peña aseveró que el querellante lo había invitado a Alemania la primera semana del mes de noviembre del año 2015; versión proporcionada con la finalidad de dar a entender que "tendrían una relación que va más allá de la amistad", interpretándose por toda la sociedad en su conjunto que se trataría de una relación sentimental entre ambos"; es decir, el querellante sería una persona bisexual y en argot popular: "maricón". Esto le causa agravio, habiendo perjudicando su imagen, reputación y condición de varón con una familia constituida, mancillando su honor. Reputación e imagen que le ha costado construir a través de los años como persona, padre de familia y como futbolista profesional.

Si bien Ricardo Zúñiga Peña pretendió aclarar su versión en el programa televisivo "Amor, amor, amor", refiriendo que con Carlos Augusto Zambrano Ochandarte se juegan bromas, nunca desmintió de manera categórica lo afirmado en el programa "El valor de la verdad", provocando que sea objeto de comentarios en el ambiente artístico y futbolístico. Prueba de ello, el día 26 de julio se publicó en la columna "La firme" escrita por el identificado como "Pachanguero" en el diario Líbero comentarios a las declaraciones del querellado; el mismo día, en la columna "Somos carnecita", del diario El Trome, quien también comentó las declaraciones del querellado.

Al haber sido expuesto el querellante, también se vio afectada su convocatoria a la selección nacional de fútbol. Habló al respecto el entrenador Ricardo Gareca, declarando que por hechos extra futbolísticos, no tomará más en cuenta a Carlos Augusto Zambrano Ochandarte para los encuentros deportivos de las eliminatorias al mundial; asimismo, el querellante recibió una amonestación verbal por parte de Juan Cauvi Ferraro de Sport Marketing Señor Sepcialist Adidas Perú, dado que era imagen de la marca Adidas.

Este hecho también perjudicó emocional, moral y psicológicamente a su madre y menor hijo quien juega en categorías menores del Club Cantolao, siendo objeto de burlas, mofas y habladurías de la gente de su entorno como son familiares y amigos ya que por la calle al reconocer a su madre vociferan "maricón", "tu nuera el zorro Zupe"; mientras que a su menor hijo frases como "tu mamá el zorro zupe" y "tu papá maricón".

3.2. Imputación jurídica

La conducta previamente descrita fue tipificada en el artículo 132° del Código Penal – **Difamación agravada**, que describe lo siguiente: *“El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido (...)”*.

El comportamiento anterior se agrava, como informa el 3er párrafo *“(...) Si el delito se cometer por medio de libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de la libertad no menor de 01 ni mayor de 03 años y de 120 a 365 días-multa”*.

CUARTO: ARGUMENTOS DE AGRAVIO

La Defensa, en su recurso que obra a folio 222, expuso como agravios: *i)* No se valoró el contexto íntegro de las declaraciones que brindó **RICARDO ZÚÑIGA PEÑA**, alterándose el sentido de las mismas. De haberse analizado correctamente, se concluiría que en ningún momento se deja entrever una relación más que amical entre el querellante y su patrocinado; *ii)* Se valoró el contenido de un tuit que no tenía destinatario. Ello vulnera el derecho a la libertad de expresión; *iii)* En el supuesto negado que el tuit haya tenido como destinatario al querellante, de ninguna manera debe inferirse que su contenido cuestione la orientación sexual del querellante; *iv)* El Juzgado concluye que la orientación homosexual de una persona es una condición negativa que debe estar proscrita por la sociedad; *v)* No es cierto –como concluye la sentencia recurrida- que el querellante tenga un interés más que amical hacia el querellado.

QUINTO: ANÁLISIS

5.1. El honor constituye un bien de suma importancia y de protección constitucional; es considerado como un derecho fundamental recogido en el numeral 7) del artículo 2° de la Constitución Política que describe: *“Toda personas tiene derecho: (...) 7. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar (...)”*.

El honor constituye un bien jurídico que deriva del derecho fundamental conexo a la dignidad de la persona como bien lo sostiene la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 04-2006/CJ-116, al señalar que *“(...) los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona”*.

De la observancia constitucional deriva la protección penal, debido al impacto personal y social que puede generarse al emitirse comentarios o noticias que puedan poner en peligro o afecten a la honorabilidad de la persona a quien se hace referencia en el mensaje. Cuando hablamos del impacto generado, este se manifiesta no solo en el plano personal (honor subjetivo), sino también en el público (honor objetivo).

Recogiendo la explicación de Salinas Siccha, cuando se trata del honor objetivo estamos ante la opinión que sobre uno puede generarse en el ámbito social: reputación o buena fama. En cuanto al subjetivo, estamos ante la autovaloración que uno se hace sobre sí mismo; se trata pues, del sentimiento de dignidad o de amor propio.¹

Es este último es el que genera la determinación de proceder penalmente ya que tratándose de un bien cuya valoración es personalísima, habrán quienes no se sientan afectados en determinadas situaciones que para terceros puedan ser consideradas hirientes u ofensivas. En esto reposa el carácter de persecución privada.

5.2. En el caso de autos, la presente querrela por difamación es presentada por Marilini Milagros Ochandarte Quiñones de Zambrano en su condición de madre del afectado Carlos Zambrano Ochandarte. El motivo: **las declaraciones vertidas por Ricardo Zúñiga Peña en el programa “El Valor de la Verdad” que fueras transmitidas el día 23 de julio de 2016 en señal abierta vía el canal Latina.**

La transcripción y visualización del material audiovisual del contenido que se proclama difamatorio y que obra en autos a folio 152, se transcribe lo siguiente:

Beto Ortiz:

¿Te invitó Carlos Zambrano a Europa?

Claudia se muere de risa.

Ricardo Zúñiga Peña:

Si.

La voz en off refiere que la respuesta es verdad.

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal Parte Especial; Iustitia; Lima 2015, página 332 y 333.

Beto Ortíz:

Tanto que hablábamos con Claudia y Alejandra de los futbolistas y mira quien tenía al futbolista en su haber.

¿Para que te invitó precisamente?

Ricardo Zúñiga Peña:

La invitación primero comenzó para que yo tramite mi visa.

Beto Ortíz:

Y a él que le importa.

Ricardo Zúñiga Peña:

Necesito visa para poder viajar.

Beto Ortíz:

¿Para qué quería que viajes?

Ricardo Zúñiga Peña:

Pero que cosa, necesito ser una modelo reconocida, salir en un reality para recibir una invitación?

Beto Ortíz:

Es una pregunta totalmente abierta. ¿Para que quería que viajes?

Ricardo Zúñiga Peña:

Yo también soy lindo y tengo mi [cuerpito]².

(Risas)

En ese momento supuestamente era una invitación a mí. De ahí como no se dio el viaje no podría saber si tenía planes de que yo lleve a alguien más o que viaje o lo presente con alguien. Porque realmente yo he salido con él acá. No he

² Cabe precisar que en la transcripción se dejó constancia del término "cositas", cuando del material audiovisual se advierte que el término empleado por el entrevistado fue "cuerpito".

salido, nos hemos encontrado, nos hemos conocido por el tema también de Fiorella que tenía su novio que era el mejor amigo de él salíamos a reuniones o discotecas entonces buena onda con él, muy buena onda, química. Chateando así pues me dijo. "Me invitó" mi carta de invitación y él solito.

Beto Ortíz:

¿Que te dijo exactamente?

Ricardo Zúñiga Peña:

Para ir.

5.3. Compulsando lo citado con los elementos probatorios introducidos, en principio la prueba permite demostrar que la invitación no fue ofrecida por el querellante; sino, por la parte querellada como bien se acredita con las conversaciones vía red social Facebook Messenger que obra a folio 18, donde claramente se aprecia que Ricardo Zúñiga Peña le refiere a Carlos Zambrano Ochandarte lo siguiente:

"(...) Carlos, Tilsa está en España y se va a Alemania y quiero ir a pasar su cumpleaños con ella la primera semana de nov. (...)".

Si bien lo señalado no constituye un contenido difamatorio, lo que sí, las expresiones que siguieron a continuación y permiten entender un interés más que amical por parte del querellante hacia el entrevistado:

Beto Ortíz:

¿Para qué quería que viajes?

Ricardo Zúñiga Peña:

Pero que cosa, ¿Necesito ser una modelo reconocida, salir en un reality para recibir una invitación?

Beto Ortíz:

Es una pregunta totalmente abierta. ¿Para que quería que viajes?

Ricardo Zúñiga Peña:

Yo también soy lindo y tengo mi cuerpito.

Una afirmación como esta, en sentido común, sugiere como bien lo concluye la resolución recurrida no solo el entrevistado se consideraba una persona deseable para el querellante, sino también, un interés real de aquél hacia el entrevistado, generándose un interés mayor si consideramos que se había partido de la afirmación falsa de una supuesta invitación a Alemania.

5.4. El supuesto interés de parte del querellante no se agotó en las frases citadas previamente; sino también, en el ánimo de aclarar que no se llegó a concretar los trámites mediante Carlos Zambrano, reiteró que de aquél nació el interés de llevarlo a Alemania.

Ricardo Zúñiga Peña:

En ese momento supuestamente era una invitación a mí. De ahí como no se dio el viaje no te podría saber si tenía planes de que yo lleve a alguien más o que viaje o lo presente con alguien. Porque realmente yo he salido con él acá. No he salido, nos hemos encontrado, nos hemos conocido por el tema también de Fiorella que tenía su novio que era el mejor amigo de él salíamos a reuniones o discotecas entonces buena onda con él, muy buena onda, química. Chateando así pues me dijo. Me "invitó" mi carta de invitación y él solito. (Negrita es nuestro)

Si bien la entrevista se vino desarrollando entre preguntas y respuestas de doble sentido debemos descartar la configuración de un ánimo jocosos o bromista, el cual no es trascendente penalmente debido a que –en palabras de Salinas Siccha-, "(...) elimina el poderío ofensivo de las palabras o actos (...)"³, toda vez que con posterioridad a la emisión del programa en la red social twitter el señor Ricardo Zúñiga Peña, luego de que el querellante publicase los mensajes que se aprecian de folio 39 al 41 para aclarar lo que había sucedido, publicó lo siguiente:

"(...) Si vas a poner pantallazos deberías poner conversaciones más interesantes que hemos tenido querido... Sino avísame y te ayudo!".

³ Ibid., página 340.

Como se aprecia, el comportamiento posterior del querellado, en lugar de aclarar el tema como bien lo dejaba entrever el querellante en sus publicaciones, fue el de atacar y mostrarse desafiante, evidenciando con ello el ánimo difamatorio expresado en el programa que había sido emitido.

Antes de finalizar este punto debemos señalar que si bien la defensa alega que no se debe conceder valor a un tuit que carece de destinatario, el vínculo al final del mensaje "#EVDLV" y su contexto permite inferir válidamente que se trataba de uno dirigido al querellado. Con esto se descarta uno de los argumentos expresados como agravio.

5.5. Todo lo expuesto hasta aquí permite evidenciar el ánimo difamatorio del querellado hacia Carlos Augusto Zambrano Ochandarte, pues sugirió con sus declaraciones que el jugador de fútbol tenía hacia su persona intereses más que amical. Resulta irrelevante la concreción del encuentro, el mensaje había sido difundido.

Lo anterior no debe interpretarse como un argumento discriminatorio hacia la opción sexual del querellado como lo afirma la defensa en uno de sus argumentos de agravio. Lo que se protege acá es el impacto que las declaraciones generan dando cabida a que una persona sea cuestionada en el ámbito de su identidad sexual, ligado intimamente al honor siendo este conexo a la dignidad de la persona. Estos constituyen aspectos personalísimos y de protección en un contexto social determinado. Esta protección asiste a cualquier persona, independiente de su opción sexual.

En el presente caso, queda probado que el querellado atribuyó al agraviado un hecho y comportamiento que dañó su honor -pues como el propio accionante señala-, exponiéndolo mediáticamente, dando lugar a conjeturas sobre su opción sexual.

5.6. Antes de finalizar debemos rechazar el argumento de agravio que cuestiona la legitimidad de actuar en cuenta de otro por la ausencia de un poder para demandar, no siendo un argumento de nulidad atendible en este estado del proceso. Ya se convalidó la actuación de Milagros Ochandarte Quiñones de Zambrano a favor de del afectado Carlos Zambrano Ochandarte.

5.7. Demostrada la trascendencia penal de la conducta del procesado, no concurriendo alguna causa de justificación o exculpación, corresponde verificar si la pena impuesta se sujeta a ley.

SEXTO: DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

6.1. En aplicación del Principio de Limitación que guía toda materia recursiva, lo que corresponde es verificar si la pena impuesta al sentenciado guarda estricta relación con los principios de legalidad, proporcionalidad y pena justa pues como informa el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal "(...) *La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)*"; asimismo, si esta observó los parámetros establecidos en la norma para su determinación.

6.2. Sujetos al principio de legalidad debemos señalar que la pena impuesta fue inferior a la que el marco legal establece (no menor de 01 no mayor de 03 años de privación de la libertad), constituyendo la pena de 02 meses un error en el que incurrió el juez de primera instancia tanto más si no justificó la imposición de una sanción de esa temporalidad en un caso en el que no se configuraban causales de disminución de punibilidad (tentativa, responsabilidad restringida, complicidad secundaria o eximentes imperfectas).

En ese mismo sentido, vulnera la presunción de inocencia al considerar la existencia de un proceso en trámite como criterio de individualización de la pena.

6.3. En un correcto proceso de determinación e individualización judicial de la pena observando el principio de legalidad, lo que corresponde es que luego de identificar el espacio punitivo o pena abstracta se proceda a esta el esquema de tercios que en el presente caso correspondería a un año de pena privativa de la libertad.

Así, observando el artículo 45°-A y 46° del Código Penal, de concurrir solo atenuantes la pena podrá determinarse entre un año y un año 08 meses; de concurrir atenuantes y agravantes irá del tiempo antes mencionado hasta máximo los 02 años 04 meses de pena; mientras que, de concurrir solo circunstancias agravantes, la pena podrá extenderse del tiempo antes mencionado hasta los 03 años.

6.4. En el caso examinado, verificado el catálogo de circunstancias genéricas del artículo 46° del Código Penal concurre al caso únicamente la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales; en consecuencia, al no agravarse el comportamiento, la pena deberá fijarse entre un año y un año 08 meses de privación de la libertad.

6.5. Habiéndose identificado el marco punitivo aplicable, en atención del requisito descrito en el numeral 1) del artículo 57° del Código Penal, cabe la posibilidad de imponer una pena de ejecución suspendida. Para establecer la viabilidad de ello, consideramos remitirnos a los alcances de lo señalado en la Resolución Administrativa 321-2011-P-PJ⁴, cuyo fundamento principal *"es evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en los delincuentes primarios, en casos que la corta duración de la pena no permite un efectivo tratamiento resocializador"*.⁵ Así, tenemos como criterios a considerar los siguientes:

- *Vida previa*, en la cual deberá analizarse cómo se desempeñaba el agente antes de los hechos delictivos. En el caso de autos, el procesado ha referido en su última declaración trabajar en televisión. Se trata pues, de una persona con ingresos lícitos.
- *Condena o condenas anteriores*, las cuales serán valorables en función de su relevancia para el pronóstico. En el presente caso, el acusado no registra antecedentes penales, es decir, no es proclive a la comisión de delitos y muchos menos reincidente o habitual (numeral 3 del artículo 57° del Código Penal).
- *Condiciones ordenadas o desordenadas de familia*, el mismo que permitirá conocer si el entorno del agente será o no apropiado para desarrollar un comportamiento adecuado a Derecho. En el presente caso, el querellado es una persona soltera que no ha referido tener carga familiar. No es posible avizorar un escenario desfavorable para alguien que no es proclive a cometer delitos.

⁴ Oficio Circular sobre criterios a considerar al momento de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, Corte Suprema de Justicia de la República.

⁵ Resolución Administrativa Nro. 321-2011-P-PJ, Circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, considerando primero.

- *Ausencia o no de una disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado.* Si bien no se ha mostrado en disposición de asumir el daño, consideramos que podrá ejercerse un control de cumplimiento que no esté condicionada a la privación de la libertad.

Por las consideraciones antes expuestas, el Colegiado estima conveniente modificar la naturaleza de la pena por una menos gravosa de carácter condicional y si bien será cuantitativamente superior; sin embargo, será cualitativamente de menor injerencia en la libertad personal, por lo que no existe reforma peyorativa. Además, esta nueva sanción observa los principios de proporcionalidad y pena justa.

6.6. Consideramos, sin embargo, necesario ejercer un control de constitucionalidad sobre la pena impuesta bajo los alcances del test de proporcionalidad:

- Así, en cuanto a la *idoneidad*, la pena privativa de la libertad resulta indispensable no solo para sancionar el comportamiento del sujeto, sino también, para reivindicar los derechos del agraviado.
- Sobre la *necesidad*, no se debe realizar -como lo hizo el juez de primera instancia-, un proceso superficial de determinación de la pena; sino, identificar la intensidad y naturaleza de la misma.

En el caso en examen el marco punitivo dado por el legislador permite evaluar una sanción de ejecución suspendida; sin embargo, también sería posible optar por alguna de las penas limitativas de derechos.

Al respecto, por la trascendencia pública del hecho y el impacto que el mismo causó en el agraviado resulta necesario ejercer un control sobre el comportamiento del procesado a efectos de prevenir situaciones similares.

Es también necesario indicar en este punto, que se descarta, por las circunstancias personales del agente, la aplicación de una sanción efectiva pues la misma resultaría contraproducente para los fines de la pena, mas aún si es posible resocializar al agente sin necesidad de imponer una sanción efectiva.

Aquella debe ser vista como excepcional en casos en los que no se pueda recurrir a penas suspendidas como la presente.

- Por último, en lo que concierne al principio de proporcionalidad en sentido estricto, siendo necesario ejercer un control sobre el comportamiento del agente, la sanción a imponerse no vulnera ningún derecho constitucional.

Superado el filtro de constitucionalidad, la pena a imponerse se sujeta a ley.

6.7. En cuanto a la pena de multa, la impuesta en la resolución impugnada es proporcional a la pena que se impondrá, debiendo confirmarse.

6.8. Sobre la reparación civil, al no haberse cuestionado el monto fijado en primera instancia se procederá a confirmar.

DECISIÓN:

Por los fundamentos desarrollados, el Colegiado:

- I. **CONFIRMA** la sentencia de fecha 12 de febrero de 2018 de folio 207 **en el extremo** que resolvió **CONDENAR** a **RICARDO ZÚÑIGA PEÑA**, como autor del delito contra el Honor –**Difamación agravada**–, en agravio de Carlos Augusto Zambrano Ochandarte; **imponiéndole 120 días multa**; y, **fijando** en diez mil soles el monto por concepto de reparación civil.
- II. **REVOCA** la sentencia de fecha 12 de febrero de 2018 de folio 206 **en el extremo** que resolvió imponer 02 meses de pena privativa de la libertad efectiva y, **reformando IMPUSIERON UN AÑO DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CUYA EJECUCIÓN SE SUSPENDE POR EL TÉRMINO DE PRUEBA DE UN AÑO**, bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** No variar de domicilio ni ausentarse del lugar de su residencia sin hacer previo conocimiento de ello al Juez de la causa y contar con la autorización respectiva; **b)** No incurrir en nuevo delito doloso; **c)** Concurrir cada sesenta días a efectuar su control en el registro biométrico de Lima; **d)** Cumplir con reparar el daño mediante el pago íntegro de la reparación civil; **e)** El sentenciado no deberá referirse bajo cualquier forma o medio al

ofendido Carlos Augusto Zambrano Ochandarte; **bajo apercibimiento de procederse conforme lo señalado en el artículo 59° del Código Penal;**

- III. **ORDENANDO** que se oficie al Instituto Nacional Penitenciario para que se proceda con la inmediata libertad de **RICARDO ZÚÑIGA PEÑA**, siempre que en su contra no pese mandato de detención dictado por autoridad competente.
- IV. **MANDANDO** que se proceda con la inscripción de la condena en los testimonios y boletines que correspondan.

Con lo demás que contiene. Notificándose y oficiándose, los devolvieron.-----

S.s.

JERÍ CISNEROS

BENDEZÚ GÓMEZ

CHAMORRO GARCÍA