



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

DISTRITO JUDICIAL DE TUMBES / PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA

1° JUZ. INV. PREPARAT.-S. Central

EXPEDIENTE : 02458-2016-41-2601-JR-PE-01  
JUEZ : VALDIVIEZO GONZALES JUAN CARLOS  
ESPECIALISTA : RIVAS CHUZON JULISSA KATIUSKA  
MINISTERIO PÚBLICO : SEGUNDA FISCALIA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE TUMBES,  
IMPUTADO : ESTRADA VILLAREYES, MIGUEL RAMOS  
DELITO : ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS, PROCERES O HÉROES DE LA PATRIA  
GARANDOS ROVALIATEGUI, DARIO FRANCISCO  
DELITO : ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS, PROCERES O HÉROES DE LA PATRIA  
VILLARREAL NUÑEZ, MIGUEL  
DELITO : ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS, PROCERES O HÉROES DE LA PATRIA  
AGRAVIADO : EL ESTADO MINISTERIO DEL INTERIOR,

#### [CASO EMPLEADOS DE LIMPIEZA PÚBLICA DE TUMBES]

**Sumilla:** El delito de Ultraje u ofensa a los Símbolos patrios es un tipo penal cuyo bien jurídico específico directamente afectado, es la identidad nacional. Para configurar el delito no basta la simple falta de respeto sino la ofensa grave a los símbolos patrios, la memoria de los próceres o héroes nacionales. En cuanto a la tipicidad subjetiva se trata del doloso, la conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo. Además debe estar acompañado de un elemento subjetivo del tipo concretado del ánimo específico de injuriar.

El utilizar una bandera previamente desechada que se encontraba junto con otros residuos materiales para trasladar los desperdicios desde la vereda al camión recolector no configura el delito de Ultraje u ofensa a los Símbolos patrios por ausencia de dolo.

#### **RESOLUCIÓN NÚMERO: DIEZ**

Tumbes, veinticuatro de enero del año dos mil dieciocho.

**VISTOS Y OIDOS:** En audiencia pública, con la presencia de los sujetos procesales, el requerimiento de acusación formulado por la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tumbes, en la investigación preparatoria seguida contra **LUIS ENRIQUE VILLAR NUÑEZ, MIGUEL RAMOS ESTRADA**



**VILLARREYES Y DARIO FRANCISCO GRANADOS RIVALIATEGUI** como coautores del delito contra el Estado y la defensa nacional –delitos contra los símbolos y valores de la patria- Ultraje a Símbolos, próceres o héroes de la Patria, en agravio del Ministerio de Defensa.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

**Itinerario procesal**

**Primero:** El Señor representante del Ministerio Público mediante requerimiento de fecha cinco de septiembre del año dos mil diecisiete, formulo acusación contra **LUIS ENRIQUE VILLAR NUÑEZ, MIGUEL RAMOS ESTRADA VILLARREYES Y DARIO FRANCISCO GRANADOS RIVALIATEGUI** como coautores del delito contra el Estado y la defensa nacional –delitos contra los símbolos y valores de la patria- Ultraje a Símbolos, próceres o héroes de la Patria, en agravio del Ministerio de Defensa, solicitando se les imponga tres años de pena privativa de libertad con cien días multa y una reparación civil ascendente a la suma de dos mil soles de forma solidaria a favor de la parte agraviada.

**Segundo:** Realizado el control sustancial de la acusación, la defensa legal de los acusados propone el medio técnico de defensa de la excepción de improcedencia de la acción alegando que el hecho no constituye delito debido a la ausencia del elemento subjetivo del tipo penal, pues la conducta desplegada por los acusados esta ausente de dolo debido a que tuvieron la intención de ultrajar el símbolo sagrado como es la bandera. En ese mismo sentido formula sobreseimiento de la causa penal por ausencia de suficientes elementos de convicción prevista en el artículo 344.2 apartado “d” del Código Procesal Penal, argumentando que no se ha ofrecido la pericia o informe técnico que la bandera que se uso el día diez de enero del año dos mil quince tenía utilidad.

**Tercero:** En audiencia el señor Fiscal absolvió traslado de los medios técnicos de defensa, pronunciándose en que los acusados si conocían que estaban frente a una bandera; no obstante utilizaron ese símbolo patrio como estropajo



para recoger basura. Por otro lado, indico que existen suficientes elementos de convicción para solicitar el enjuiciamiento de los acusados.

### **Imputación concreta**

**Cuarto:** El señor Fiscal en audiencia ha precisado que los cargos que se atribuye a los acusados **LUIS ENRIQUE VILLAR NUÑEZ, MIGUEL RAMOS ESTRADA VILLARREYES Y DARIO FRANCISCO GRANADOS RIVALIATEGUI** consisten en que el día diez de enero del año dos mil quince siendo aproximadamente las 23:00 horas, los trabajadores de limpieza de la Municipalidad Provincial de Tumbes realizaban sus labores de limpieza pública por inmediaciones de la cuadra dos de la avenida Arica-barrio San José cuando fueron sorprendidos por los moradores y vecinos utilizando una bandera nacional para llenar basura y arrojarla al camión recolector, conducta que resulta reprochable e injustificable por cuanto no se ha guardado respeto de los símbolos patrios que nos identifican como nación.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Quinto:** El Artículo 6 apartado b) del Código Procesal Penal establece que la excepción de Improcedencia de acción, procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

**Sexto:** De conformidad con lo preceptuado en el Artículo 344° del Código Procesal Penal, dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. En casos complejos y de criminalidad organizada, el Fiscal decide en el plazo de treinta días, bajo responsabilidad.

El sobreseimiento procede cuando:

(...)

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

### III. ANALISIS EN EL CASO CONCRETO

#### Delimitación de la controversia

**Sétimo:** Luego de escuchados los argumentos vertidos por la Fiscalía en audiencia este Juzgado estima que tres son los temas a pronunciarse: 1) *Determinar la configuración típica del delito de Ultraje u ofensa a los Símbolos patrios*, 2) *Determinar si los hechos imputados a los acusados constituyen delito de ultraje a los símbolos patrios y*, 3) *Verificar si existe o no elementos de convicción para solicitar fundadamente el enjuiciamiento de los imputados por dicho delito.*

#### La configuración típica del delito de Ultraje u ofensa a los Símbolos patrios:

##### Consideraciones generales.

**Octavo:** En la actualidad con la configuración del Estado Constitucional de Derecho la relación entre derecho constitucional y derecho penal resulta bastante estrecha, digamos que la Constitución como norma suprema fundamental irradia todo el ordenamiento jurídico y obviamente el derecho penal. Como bien ha dicho el Tribunal Constitucional, “se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático. [FJ 2 STC 0014-2006-PI/TC]

##### Principios que legitiman el derecho penal

**Noveno:** En ese orden, para que el derecho penal de un Estado Constitucional Derecho sus preceptos adquieran legitimidad interna, estos deben pasar por el

filtro de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad. El principio de legalidad exige que el precepto que sanciona una conducta como punible debe reunir ciertas exigencias: *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* y *lex certa*. Por otro lado, el principio de lesividad sirve de límite al poder punitivo estatal y en atención a él, solo se puede castigar conductas que lesiones o pongan en peligro bienes jurídicos importantes. El principio de culpabilidad igualmente opera como límite de la potestad punitiva y se traduce en condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para cuantificación de la pena. **[Mir Puig: 2012: Derecho Penal Parte General, 124]**. Por último el principio de proporcionalidad el cual no se limita únicamente a determinar la correspondencia entre la pena y la gravedad del hecho, sino que somete a la ley penal a un control de constitucional.

### **Sobre la constitucionalidad del delito de ultraje en la doctrina y jurisprudencia comparada**

**Décimo:** Actualmente el delito de Ultraje u ofensa a los Símbolos patrios es materia de cuestionamientos en cuanto a su constitucionalidad, y, en muchas legislaciones penales que aún mantienen su tipificación como el nuestro, se demanda su supresión como tal, ello en virtud a no quedar claro que bien jurídico se pretende tutelar penalmente, esto es un valor moral como la identidad nacional lo cual atentaría un derecho fundamental como es la "libertad de expresión" en un país que además según lo declarado el propio Tribunal Constitucional en la **STC 01126-2011-HC/TC** es multicultural (principio de lesividad). Por otro lado estamos frente a preceptos que contienen expresiones indeterminadas y poco claras como "ultraje" que trastocan el mandato de determinación que debe contener toda norma penal (principio de legalidad). Del mismo modo se cuestiona que se recurra al derecho penal para sancionar ofensas a los símbolos patrios (principio de proporcionalidad). Así **MUÑOZ CONDE** al referirse al Art. 543 del CP Español de 1995 alude "el origen espurio y incompatible con el derecho a la libertad de expresión". **[Muñoz Conde: Derecho Penal Parte Especial 2010: 878]**. En ese mismo sentido se pronuncia el profesor **VIVES ANTON**, cuando expresa el Art. 543, además de no tener ningún sentido (...) es probablemente inconstitucional. **[Vives Antón, T. Derecho Penal Parte Especial, 1999: 842]**.



La Corte Constitucional Colombiana ha abordado con bastante profundidad este tema en la Sentencia **C-575/09 de fecha 6/08/2009** habiendo señalado en ella que dicho precepto no es constitucional debido a que no supera el test de proporcionalidad de toda norma; pues *"si bien la tipificación de ultraje a los símbolos patrios tiene la finalidad constitucionalmente legítima de preservar los valores constitucionales a ellos, precisamente por el carácter representativo del cual son portadores, no resulta constitucionalmente reprochable que sean protegidos por el ordenamiento jurídico mediante la sanción de las conductas que los afecten; es decir supera el examen de idoneidad; resulta inconstitucional porque es innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, debido a que existen medidas alternativas de carácter no penal que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los otros derechos constitucionales en juego"*. Del mismo modo, la Corte advierte la inconstitucionalidad de dicha norma penal en cuanto al principio de legalidad, ello por cuanto la inclusión de la expresión "ultrajar" que no es clara vulnerando el principio de lex certa o exigencia de mandato de determinación. Esta observación podría resultar de recibo en tanto el Art. 344° del Código Penal Peruano contiene esa misma expresión lingüística.

**Décimo Primero:** Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional no parece compartir la tesis esbozada por la Corte Constitucional Colombia, y así lo ha declarado cuando en la **STC 00012-2006-AI/TC** ratifica la constitucionalidad del delito de Ultraje a los símbolos nacionales militares y policiales contenido en el Artículo 81° del Código de Justicia Militar Policial. De manera que habiendo dicha confirmada la constitucionalidad de dicho precepto penal a través en un proceso de inconstitucionalidad se debe aplicar la misma de conformidad con lo previsto en el artículo VI.2, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

### **El bien jurídico tutelado**

**Décimo Segundo:** El delito de ultraje a símbolos, próceres o héroes de la patria se ubica dentro de los denominados contra el Estado y la defensa nacional



previsto en el título XV del Código Penal. El bien jurídico tutelado sería el Estado Peruano y la defensa nacional. Es necesario señalar que el Tribunal Constitucional sobre el bien jurídico “defensa nacional”, ha sostenido que “de acuerdo con el mencionado artículo 163° de la Constitución, la Defensa Nacional es integral y permanente; por tanto, involucra al conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones (...). Es “integral” porque abarca diversos campos, como el económico, político, social, cultural, *militar*, etc.; y “permanente”, debido a que se trata de una actividad constante que se relaciona con sus sentidos preventivo y represivo” **[FJ 44 STC 00012-2006-AI/TC]**.

Con respecto al objeto (o bien jurídico específico) directamente afectado, aquí sería la identidad nacional **[Nalvarte Lozada: destipificación del delito de ultraje a los símbolos, próceres o héroes de la patria” 2014: p, 125 alicia.concytec.gob.pe/vufind/record/ucsm\_a5775cd1d13d917c6a21ae09b433813]**. Ello en cuanto tal como señala el Tribunal Constitucional “la noción de símbolos patrios alude a “un conjunto de figuras, objetos, divisas, obras poético-musicales y blasones cívicos que coadyuvan significativamente a la identificación, integración y reconocimiento del sentido de patria. Dentro de una etnográfica compleja y diversa como la peruana, los símbolos patrios se constituyen en elementos que contribuyen a unificar, distinguir y ensalzar la pertenencia a un colectivo nacional. Expresan una representación material y tangible de una pluralidad de valores y vivencias comunes de una Nación constituida como Estado. Por ende, son objeto de respeto, enaltecimiento y veneración por parte de la comunidad que identificatoriamente simbolizan. Es innegable el papel formativo que desempeña la determinación, defensa y respeto a los símbolos patrios, ya que estos concretan la idea de patria como una experiencia cotidiana y consolidan el sentimiento de identidad común mediante relaciones cognitivas y afectivas. **[FJ 36 STC 044-2004-AI/TC]**

**Tipicidad objetiva y subjetiva**



**Décimo Tercero:** En cuanto a la tipicidad objetiva- el sujeto activo puede ser cualquier persona excluyendo militares y policiales en tanto el sujeto pasivo es el Estado Peruano. El comportamiento consiste en **ofender, ultrajar, vilipendiar o menospreciar**, por obra o por expresión verbal, los símbolos de la Patria o la memoria de los próceres o héroes que nuestra historia consagra, públicamente o por cualquier medio de difusión. El tipo penal contiene cuatro los verbos rectores: **1) ofender**, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia consiste en humillar, maltratar, hacer daño a uno físicamente. Injuriar o denostar. **Ultrajar** se entiende en mancillar, insultar, despreciar. Para un sector importante de la dogmática penal el “ultraje” equivale a injuria, esto es la expresión proferida o a acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio a otro. El ultraje es la expresión más fuerte que injuria equivale a injuria grave. **[[Vives Antón]**. En tal sentido, para configurar el delito no basta la simple falta de respeto sino la ofensa grave, el menosprecio. **Vilipendiar**, denigrar. **Menospreciar**, despreciar o apreciar una cosa en menos de lo que vale o merece. En todos casos con referencia a los símbolos patrios, la memoria de los próceres o héroes nacionales.

La tipicidad subjetiva se trata del doloso, la conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo. Además debe estar acompañado de un elemento subjetivo del tipo concretado del ánimo específico de injuriar.

#### **Excepción de improcedencia de la acción**

**Décimo Cuarto:** En audiencia, la defensa legal d los acusados formula excepción de improcedencia de la acción prevista en el artículo seis apartado b) del Código Procesal Penal. En efecto allí se establece que la excepción de Improcedencia de acción, procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. El hecho no constituye delito tal como puntualiza **SAN MARTIN CASTRO**, como quiera que lo que se discute es la subsunción normativa el contenido de cada supuesto variará según la opción dogmática utilizada por el operador jurídico. **[San Martín Castro: Derecho procesal penal V. I, Editorial grijley 1999, p, 283]**. En esa línea asumiendo la posición doctrinaria amplia sobre la precisión legal “el hecho denunciado no constituye delito”, este medio de defensa técnico procederá





cuando se presente cualquier supuesto de **atipicidad relativa** donde una conducta se halla tipificada de antemano como un hecho punible pero en el caso concreto no se logra su adecuación típica debido a que no reúne las exigencias típicas que reclama el tipo penal. En esta última, dependiendo de la estructura del tipo del que se trate, se origina situaciones de atipicidad objetiva o subjetiva. En el primer caso, podemos encontrar ausencia de algunas características del tipo en su aspecto objetivo. Por ejemplo: ausencia de condiciones o cualidades exigidas al sujeto activo (delitos de infracción al deber), ausencia de condiciones exigidas al objetivo del delito. Respecto a la atipicidad subjetiva, supone la ausencia de algunas características del tipo en su aspecto subjetivo. Ejemplo: error de tipo invencible, ausencia de elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo. Igualmente procederá cuando se presente casos como por ejemplo la actuación bajo el cumplimiento de un deber de función o de profesión, obrar por disposición a la ley, acuerdo, así como cuando concurra alguna **causas de justificación**, como el consentimiento, la legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, consentimiento. **[En amplitud véase: Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho penal parte general, 1990: p, 157. En ese mismo sentido: Reyna Alfaro, Luís: Manual de derecho procesal penal, instituto pacifico, 2015, p, 399]**

**Décimo Quinto:** En el presente caso, estando a lo señalado en audiencia por el señor Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial, los hechos que se atribuyen a los acusados **Luís Enrique Villar Núñez, Miguel Ramos Estrada Viílla reyes y, Darío Francisco Granados Rivaliategui** en calidad de coautores, consiste en que el día diez de enero del año dos mil quince siendo aproximadamente las 23:00 horas, los trabajadores de limpieza de la Municipalidad Provincial de Tumbes realizaban sus labores de limpieza pública por inmediaciones de la cuadra dos de la avenida Arica-barrio San José cuando fueron sorprendidos por los moradores y vecinos utilizando una bandera nacional para llenar basura y arrojarla al camión recolector. Para acreditar ello el Ministerio Pública cuenta como elementos de convicción con copias paneaux fotográficos donde se aprecia a los acusados utilizando la bandera para trasladar basura desde el



lugar de recojo al camión recolector y la declaración de los testigos Villar López y Jiménez Sandoval que corroboran ello.

**Décimo Sexto:** La defensa técnica de los acusados más allá de argumentar el tema de la ausencia de utilidad de la bandera debido a su estado de conservación, acepta que se utilizó la bandera que se encontraba dentro del material desechado por los pobladores para recoger y trasladar los residuos desde dicho lugar al camión recolector, lo cual se perenniza en las fotografías y de ello también dan cuenta los testigos ofrecidos por la Fiscalía. Sin embargo, estos mismos elementos de convicción no dan cuenta que el comportamiento de los acusados a tenido como propósito **Ultrajar - mancillar, insultar, despreciar**, el símbolo patrio representado por la bandera nacional. Por el contrario denota que los acusados en su condición de empleados de la Municipalidad Provincial de Tumbes del área de limpieza pública al advertir que la bandera había sido desechada por un tercero encontrándose junto con otros residuos materiales decidieron utilizar la misma como depósito para trasladar los desperdicios al camión recolector supuestamente por no contar materiales apropiados para hacerlo lo cual no ha sido desvirtuado por la Fiscalía. Por otro lado, debe tener cuenta que los hechos ocurrieron en horas de la noche y no fueron los acusados quienes realizaron la publicación sino terceras personas. Así las cosas, la conducta de los imputados en el mejor de los escenarios podría catalogarse como falta de respeto más no como una injuria al símbolo patrio.

**Décimo Sétimo:** Del mismo modo, se colige la ausencia de dolo en el accionar de los acusados puesto que únicamente se han limitado a utilizar la bandera encontrada dentro de los residuos desechados por los pobladores como costal para trasladar la basura, faltando además el ánimo de injuriar gravemente el símbolo patrio. Es necesario tener cuenta que uno de los acusados cuenta con estudios primarios y los otros dos secundaria completa; es decir son ciudadanos de nivel cultural bajo, que no llegan a alcanzar una comprensión global sobre la identidad nacional. Por las razones expuestas, este Juzgado estima que debe amparar el medio técnico de defensa planteado por la defensa técnica de los imputados.



### **Sobreseimiento por insuficiencia probatoria.**

**Décimo Octavo:** La defensa técnica igualmente ha solicitado el sobreseimiento en aplicación del apartado “d” del inciso 2 del Artículo 344° del Código Procesal Penal. En efecto, allí se precisa que procede sobreseimiento cuando no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. Esto significa que se sobresee la causa “cuando los cargos no se sustenten en elementos de convicción suficientes y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos y hechos en el juicio oral (prognosis necesaria). Existen o subsisten, entonces determinados indicios, pero en sí mismos insuficientes y, además sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, todo lo cual debe razonarse en el auto que lo acuerde. La imposibilidad de conseguir prueba recae tanto sobre la existencia del hecho cuanto respecto a la vinculación del mismo con el imputado” **[San Martín Castro, Cesar E. Derecho Procesal Penal. Lecciones de derecho procesal penal, editorial INPECCP, 2015, p, 376]**. Se trata de una situación donde existe “insuficiencia, que, además, no solo está referido a la determinación del presunto autor (insuficiencia subjetiva), también esta referido a la existencia del hecho (insuficiencia objetiva). El Juez de la investigación preparatoria en estos casos debe reconocer que es materialmente imposible completar la investigación y diseñar una teoría del caso, y debe ser conciente, también, de que con los actos de investigación existentes, es imposible pasar a la fase de enjuiciamiento. **[Del Río Labarthe, Gonzalo: La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio, editorial Ara, Lima 2010, p, 94]**

**Décimo Noveno:** En el presente caso, teniendo en cuenta que se ha estimado el medio técnico de defensa carece de objeto pronunciarse respecto al pedido de sobreseimiento por ausencia de suficientes elementos de convicción que ha solicitado la defensa legal de los acusados.

### **IV. DECISION.**



Por estas consideraciones, el magistrado del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, declara:

1. **FUNDADA** la excepción de improcedencia de acción formulado por la defensa legal de los acusados **LUIS ENRIQUE VILLAR NUÑEZ, MIGUEL RAMOS ESTRADA VILLARREYES Y DARIO FRANCISCO GRANADOS RIVALIATEGUI** en la causa penal que se les sigue como coautores del delito contra el Estado y la defensa nacional –delitos contra los símbolos y valores de la patria- Ultraje a Símbolos, próceres o héroes de la Patria, en agravio del Ministerio de Defensa.
2. **ORDENO:** el sobreseimiento definitivo de la presente causa penal seguida contra dichos imputados cuyos datos generales obran el requerimiento escrito.
3. **LEVANTESE** las medidas coercitivas de carácter personal y/o real dictadas en contra de los acusados sus bienes, **ANULESE** los antecedentes judiciales, policiales derivados del presente proceso.
4. **NOTIFIQUESE** a los sujetos procesales en su casilla electrónica, **DEJESE** sin efecto la convocatoria a continuación de audiencia.