

## DEFENSA TECNICA DE MAGALY MEDINA EN EL CASO DE LAS PROSTIVEDETTES

César Augusto Nakazaki Servigón;  
Profesor de Derecho Penal de la Universidad  
de Lima y de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo  
de Lambayeque; Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.

Magaly Medina ha sido condenada como autora de delito contra la intimidad por la realización y difusión del trabajo periodístico en el que mostró a la vedette Mónica Adaro practicando prostitución clandestina. A continuación se somete al debate de la comunidad jurídica la defensa técnica y propuesta académica que se presentó en el caso penal y su solución judicial.

### **I.- Planteamiento de defensa técnica de Magaly Medina.**

Tres razones alternativas se presentaron como fundamento de la pretensión de absolución de la periodista Magaly Medina:

- a) O la falta de tipicidad del hecho por no estar protegida la prostitución clandestina por el ámbito del bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 154 del Código Penal: La intimidad.
- b) O la falta de antijuricidad pues la supuesta lesión a la intimidad de la vedette Mónica Adaro, a través del reportaje sobre las Prostivedettes, estuvo justificada por tratarse de un caso de ejercicio regular de la libertad de información, conforme al artículo 20 inciso 8 del Código Penal.
- c) O la falta de culpabilidad pues el supuesto injusto penal que se cometió a través del reportaje sobre las Prostivedettes, se llevó a cabo por error de prohibición indirecto invencible, previsto en el artículo 14 segundo párrafo del Código Penal.

### **II.- La falta de tipicidad del hecho por no estar protegida la prostitución clandestina por el ámbito del bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 154 del Código Penal: La intimidad.**

#### **1) El bien jurídico como límite interno de interpretación de la ley penal.**

Luis **JIMENEZ DE ASUA** afirma que en las leyes penales la finalidad es el bien jurídico que constituye el objeto de protección del tipo penal, por lo que es forzoso desentrañarlo para efectuar una debida interpretación de la ley penal. El

descubrimiento del bien jurídico es el primer paso para aplicar la ley conforme a su sentido a través de su recta interpretación.<sup>1 2 3</sup>

**MAURACH** y **ZIPF** señalan que para la interpretación de la ley penal es decisiva la determinación del bien jurídico protegido a través del tipo penal.<sup>4</sup>

Juan **BUSTOS RAMIREZ** establece que el bien jurídico en la parte especial fija el ámbito del injusto que describe el tipo penal.<sup>5</sup>

Gonzalo **QUINTERO OLIVARES** afirma que el bien jurídico tiene un papel relevante en la interpretación de la ley penal, de allí que es indispensable establecer sus contornos y contenido, es necesario identificar y determinar la naturaleza del bien jurídico, para utilizar al objeto jurídico como el “eje interpretativo del precepto penal”.<sup>6</sup>

Miguel **POLAINO NAVARRETE** acepta que el objeto de tutela penal constituye el “concepto central del tipo según el cual se orientan todas las características objetivas y subjetivas, y con ello integra al propio tiempo un importante instrumento de interpretación” de la ley penal.<sup>7</sup>

## **2) Protección jurídica de la intimidad.**

A pesar que en el Perú el derecho a la intimidad es protegido a nivel de la Constitución, el Código Civil y el Código Penal, la jurisprudencia y la doctrina en esta materia está en fase inicial de desarrollo.<sup>8</sup>

El derecho a la intimidad protege la esfera de la existencia que la persona reserva para si misma, libre de intromisiones tanto de particulares como del Estado.<sup>9</sup> La intimidad es lo más restrictivo, el aspecto mas reservado de la vida privada.<sup>10</sup>

Juan **MORALES GODO** diferencia correctamente entre vida íntima y vida privada.<sup>11</sup>

La vida privada es el género, abarca, además de la vida íntima, aquél sector de la coexistencia del hombre, de sus relaciones con los demás, que sin ser secretas o

---

<sup>1</sup> Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 5ª edición, Página 449, Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1992.

<sup>2</sup> Luis Jiménez de Asúa, Obra citada, Página 449.

<sup>3</sup> Luis Jiménez de Asúa, Obra citada, Página 450.

<sup>4</sup> Reinhart Maurach y Heinz Zipf, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Página 151, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.

<sup>5</sup> Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Página 5, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1986.

<sup>6</sup> Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut, Manual de Derecho Penal Parte General, 2ª edición, Páginas 151 y 152, Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2000.

<sup>7</sup> Miguel Polaino Navarrete, El Injusto Típico en la Teoría del Delito, Página 451, Editorial Mave, Buenos Aires, Argentina, 2000.

<sup>8</sup> Juan Morales Godo, Derecho a la Intimidad, Páginas 15 y 16, Palestra Editores, Lima, Perú, 2002.

<sup>9</sup> Juan Morales Godo, Derecho a la Intimidad, Página 59, Palestra Editores, Lima, Perú, 2002.

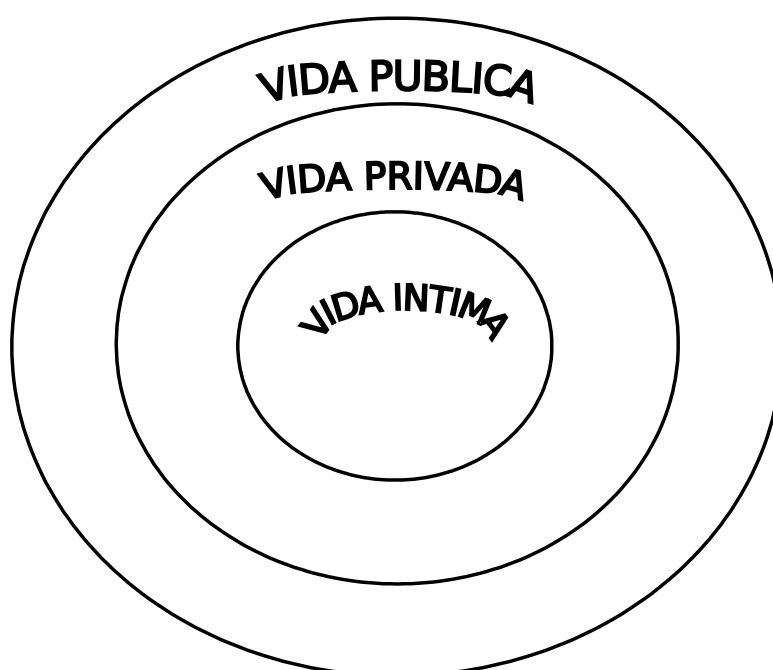
<sup>10</sup> Juan Morales Godo, El Derecho a la Vida Privada y el Conflicto con la Libertad de Información, Página 108, Grijley, Lima, Perú, 1995.

<sup>11</sup> Juan Morales Godo, El Derecho a la Vida Privada y el Conflicto con la Libertad de Información, Páginas 108 a 109.

íntimas deben ser también protegidas del interés público por ser presupuestos de la tranquilidad de la persona.<sup>12</sup>

Dentro de esta misma línea, el autor nacional Juan **ESPINOZA ESPINOZA** advierte sobre la necesidad de distinguir “los diversos niveles de la privacidad”; existen actividades privadas que no están fuera del alcance de terceros, por ejemplo las actividades económicas, que si bien son parte de la vida privada su conocimiento público no genera un derecho al resarcimiento; en cambio si existe una parte de la vida privada que no admite ningún tipo de interferencia, el “núcleo duro” que corresponde a la vida íntima.<sup>13</sup>

La correcta limitación del ámbito de protección jurídica de la intimidad exige en consecuencia diferenciar tres planos:



El Capítulo II del Título IV del Libro Segundo del Código Penal fija como bien jurídico protegido a la vida íntima, no a la vida privada, la que no tendría como regla protección a través del derecho penal sino del derecho civil.

Si bien podría admitirse que la vida privada está protegida por el tipo penal del artículo 157, al definir como objeto de la acción a datos de la esfera política que técnicamente no corresponden a la vida íntima; en los supuestos típicos de los artículos 154 a 156 el objeto de la acción corresponde a datos del ámbito personal y familiar que son los que forman la vida íntima, no la vida privada.

---

<sup>12</sup> Juan Morales Godo, El Derecho a la Vida Privada y el Conflicto con la Libertad de Información, Página 109.

<sup>13</sup> Juan Espinoza Espinoza, Derecho de las Personas, 4º edición, Página 328, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2004.

El tipo penal del artículo 154 tiene como objeto jurídico específico a la vida íntima.

La autora española Ana Laura **CABEZUELO ARENAS** afirma que la vida íntima engloba todas aquellas manifestaciones que están apartadas de la proyección pública del individuo, del papel que cada cual está llamado a representar en la sociedad, en virtud del cual se nos imponen ciertos contactos o relaciones con terceros. Mientras que en la vida social se tienen que soportar ciertas imposiciones, en la esfera privada existe la posibilidad de regirse por los propios deseos de la persona; la intimidad es el marco dentro del cual el ser humano se puede desarrollar libremente **sin ser observado por terceros**.<sup>14</sup>

El autor español Fernando **HERRERO TEJEDOR**, afirma que modernamente se define a la intimidad como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, **que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él** y de darle una publicidad que no desee el interesado.<sup>15</sup>

De las diversas definiciones que existen en la doctrina sobre el derecho a la intimidad, se puede determinar que los aspectos del ser humano que se encuentran protegidos por la esfera de la intimidad tienen 2 características:<sup>16</sup>

### **CARACTERÍSTICAS DE LOS DATOS DE LA VIDA ÍNTIMA**

- § Resultan indispensables para la realización del ser humano.
- § La persona tiene el poder de impedir que los aspectos de su vida que se encuentran en la esfera de la intimidad sean objeto de conocimiento por terceros, la Sociedad y el Estado.

### **3) Naturaleza jurídica de la prostitución clandestina: ilícito administrativo.**

El acto sexual puede corresponder a la vida íntima, a la vida privada, o la vida pública, según la situación en la que se realice.

La relación sexual de los esposos, amantes, o de la pareja ocasional, pertenece a la vida íntima, pues es una actividad que realiza al ser humano y quienes la mantienen tienen el poder de negar su conocimiento a la Sociedad.

La relación sexual que efectúa la prostituta con un cliente o usuario no es parte de la vida íntima porque se trata de un acto de comercio, el intercambio de una

<sup>14</sup> Ana Laura Cabezuelos Arenas, Derecho a la Intimidad, Página 40, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998.

<sup>15</sup> Fernando Herrero Tejedor, La Intimidad como Derecho Fundamental, Página 25, COLEX, 1era. Edición, Madrid, España, 1998.

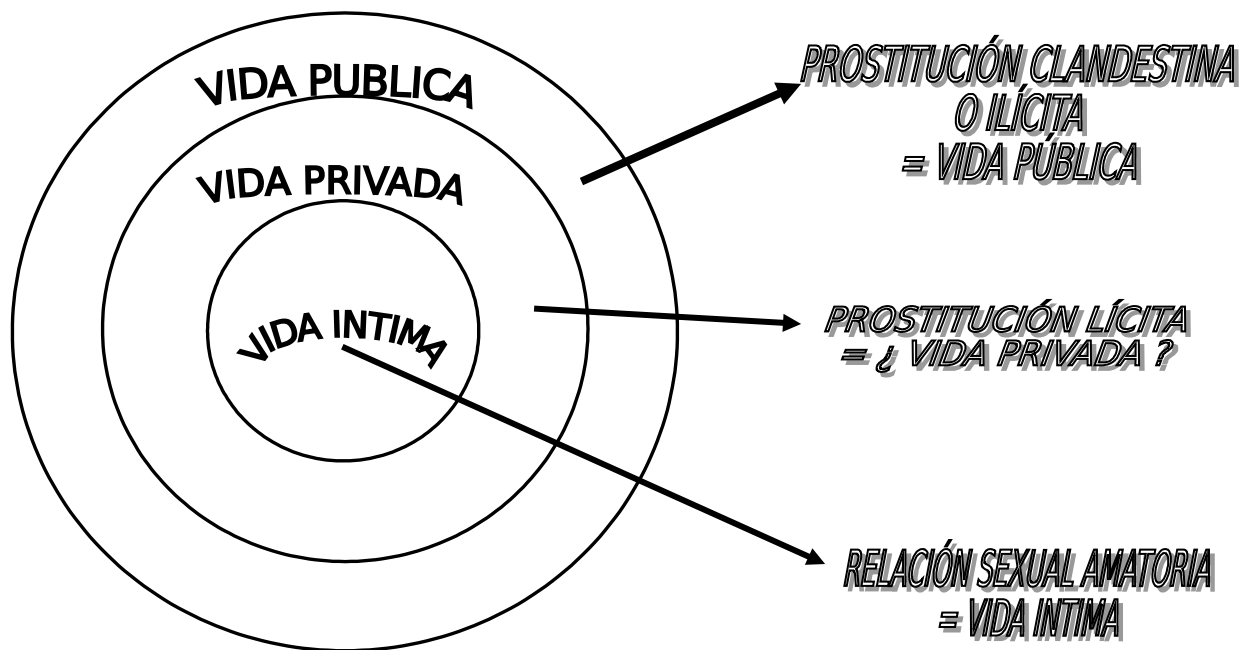
<sup>16</sup> César Augusto Nakazaki Servigón, La intimidad como objeto de tutela penal, Legal Express Año 3/Nº 35/Noviembre del 2003, Página 6, Gaceta Jurídica S.A., Lima, Perú.

prestación de servicios sexuales por dinero que se lleva a cabo en el mercado; los actos comerciales o económicos no pertenecen a la esfera de la vida íntima.

Incluso es discutible si la prostitución puede encuadrarse, ya no en la vida íntima, sino en el ámbito de la vida privada porque en general no es pacífica la ubicación de los actos de comercio, como lo reconoce **MORALES GODO**, quien define a la prostitución como “una actividad pública”.<sup>17</sup>

La prostitución, como acto de comercio, corresponde a la vida privada o a la pública, pero jamás a la vida íntima.

Finalmente los actos sexuales que se llevan a cabo como parte de la práctica de prostitución clandestina no pertenecen a la vida íntima, ni a la vida privada, sino definitivamente, sin discusión, a la vida pública porque se trata de una actividad ilícita.



Existen diversos sistemas legales para regular la prostitución:<sup>18</sup>

◆ Libertad de Prostitución.

<sup>17</sup> Juan Morales Godo, El Derecho a la Vida Privada y el Conflicto con la Libertad de Información, Página 180.

<sup>18</sup> Manuel Ángel González Jara, El Delito de Promoción o Facilitación de Corrupción o Prostitución de Menores, Páginas 85 a 88, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1986.

## SISTEMAS DE REGULACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

- ◆ Régimen Prohibitivo.
- ◆ Régimen Reglamentarista.
- ◆ Régimen Abolicionista.

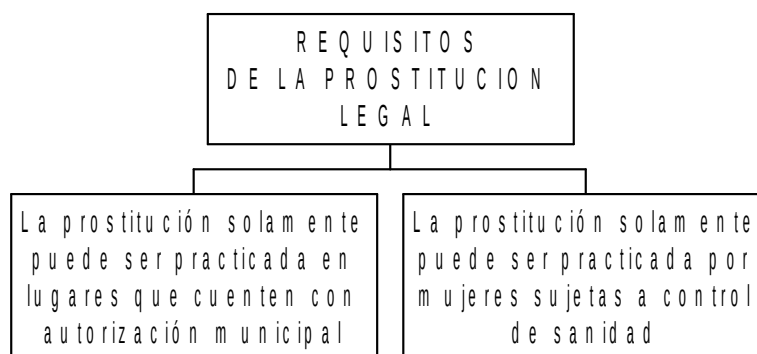
En el Perú la prostitución se encuentra regulada a través del régimen reglamentarista; se **permite la práctica de la prostitución sometida a reglamentación** para garantizar el cumplimiento de ciertas finalidades, principalmente la protección de la salud pública.<sup>19</sup>

El Reglamento de Licencia Especial Municipal o Acuerdo N° 035, vigente al momento del acto sexual objeto del reportaje, exige en los artículos 1, 2 y 4 que la actividad de la prostitución sea practicada en lugares que cuenten con licencias especiales.

Los prostíbulos o casas de cita requieren autorización municipal para su funcionamiento dado a que la prostitución es tratada en el ordenamiento jurídico municipal como una actividad comercial.

El artículo 37 del Reglamento de Licencia Especial Municipal o Acuerdo N° 035 señala que la prostitución solamente puede ejercerse en establecimientos que cuenten con licencias especiales, y únicamente practicada por mujeres mayores de edad, que deben contar con carnet sanitario y certificados de control periódico epidemiológico, serológico y tebeciano.

La prostitución para ser legal debe cumplir con dos requisitos:



La prostitución legal es la que practican mujeres sujetas a control de salud y en establecimientos que tengan autorización municipal.

La prostitución que se ejerce sin observar los requisitos administrativos, o porque se practica en lugar que no cuenta con autorización municipal, o porque la realiza una mujer que no está sujeta a control de sanidad, es ilegal.

<sup>19</sup> Manuel Ángel González Jara, Obra citada, Página 86.

**La prostitución clandestina**, es decir, la que se practica sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma administrativa **configura un ilícito o injusto administrativo**.

El acto ilícito es el comportamiento contrario a las normas jurídicas.<sup>20</sup>

El ilícito administrativo es la infracción o violación de las normas que forman el derecho administrativo.<sup>21</sup>

La práctica de la prostitución en lugares que no cuenten con autorización municipal de funcionamiento y por mujeres que carezcan de carnet sanitario y certificados de control epidemiológico, serológico y tebeciano, es un ilícito o injusto administrativo.

La prostitución clandestina es ilegal porque viola el derecho administrativo, pues éste prohíbe la realización de actos de prostitución sin control, de allí que deba ser calificada como un ilícito administrativo.

#### **4) Consideración de los jueces penales respecto del argumento de falta de tipicidad.**

##### **A) Análisis de la parte considerativa de la sentencia condenatoria del Juez del 39º Juzgado Penal de Lima.**

El juez en la parte de la sentencia “antecedentes de hecho”, apartado quinto, fijó como argumento de defensa técnica de los acusados la falta de tipicidad de la conducta objeto de la acusación.

“**Quinto:** La defensa de los procesados solicita la absolución de sus patrocinados bajo dos argumentos bien definidos:

a) El hecho objeto de la acusación privada **no es delito por falta de tipicidad**, pues la conducta imputada a sus defendidos no se encuadra en el hecho típico del artículo 154 del Código Penal, pues no se ha lesionado el bien jurídico intimidad. Las relaciones sexuales que mantuvo la denunciante con Eduardo Martín Arancibia Guevara fue una práctica de prostitución clandestina, la misma que constituye un ilícito administrativo y como tal no se encuentra dentro de la esfera de la intimidad...” *(Resaltado del autor)*

<sup>20</sup> Máximo Pacheco G., Teoría del Derecho, 2da. Edición, Página 218, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1984.

<sup>21</sup> Eduardo Gracia de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Páginas 181 a 183, Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, 2001.

El juez penal correctamente fijó como **argumento de defensa técnica principal** el de la falta de tipicidad de la difusión de los actos de prostitución clandestina por no encontrarse protegidos por el bien jurídico intimidad.

Sin embargo, “a renglón seguido”, en la parte de la sentencia denominada hechos probados, apartado A) Hechos, cuarto párrafo, se estableció:

“El material así obtenido, fue difundido por los denunciados a través de un canal de televisión de señal abierta, como parte de un reportaje que denunciaba determinados comportamientos sexuales atribuidos a la agraviada, **cuya efectiva realización no es objeto de este proceso judicial**”. (Resaltado del autor)

Y en el considerando décimo séptimo de los fundamentos de derecho estableció:

“... pues aún cuando haya existido o no un acto de prostitución – aspecto que no es objeto del presente proceso...”

Pese a que el juez penal identificó como argumento de la defensa técnica, la atipicidad de la difusión de la prostitución clandestina por no encontrarse dentro del ámbito del bien jurídico intimidad, señaló que no era objeto del proceso penal demostrar que Mónica Edith Adaro Rueda realizó un acto de prostitución clandestina con Eduardo Martín Arancibia Guevara.

El juez penal en los fundamentos de derecho de la sentencia no trató si la prostitución clandestina es ilícita, o por qué pese a serlo se encontraría protegida por el bien jurídico intimidad.

A pesar que el juez de primera instancia reconoce como característica del derecho a la intimidad el poder de la persona de controlar el conocimiento de los datos íntimos por terceros, no presenta en la sentencia razón alguna para explicar cómo la prostituta clandestina tiene derecho a impedir a la sociedad el conocimiento de su ejercicio ilícito.

### **B) Análisis de la parte considerativa de la sentencia de vista de la Sexta Sala Penal Superior.**

La Sala Unipersonal integrada por el Vocal Superior Juan Carlos Vidal Morales reitera la omisión del juez del 39º Juzgado Penal porque tampoco trata en los cinco considerandos de la sentencia de vista el argumento de la falta de tipicidad de la difusión de actos de prostitución clandestina por no estar protegidos por el bien jurídico intimidad.

Resulta significativo el considerando quinto de la sentencia de vista en el cual la Sala Penal Unipersonal señala:



“... no resultando pertinente por lo demás pretender la instrucción de hechos que no sean los que se puntualizara en la acción privada de autos...”

Como la querellante no postuló, obviamente, que es prostituta, la Sala Penal Unipersonal justificó que el juez a quo no haya tratado en la sentencia de primera instancia si los actos sexuales difundidos fueron una práctica de prostitución clandestina.

### **C) Análisis de la parte considerativa de la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.**

La Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema en el considerando segundo de su sentencia no anulatoria identifica el argumento de falta de tipicidad y el argumento subordinado de falta de antijuricidad:

“a) que los actos de prostitución clandestina no son objeto de protección para el derecho a la intimidad...”

A pesar de ello, en ninguno de los doce considerandos que tiene la sentencia, la Primera Sala Penal Transitoria presenta algún argumento que fundamente que los actos de prostitución clandestina son lícitos, o la razón por la que siendo ilícitos estarían protegidos por el bien jurídico intimidad.<sup>22</sup>

### **III.- La falta de antijuricidad pues la supuesta lesión a la intimidad de la vedette Mónica Adaro, a través del reportaje sobre las Prostivedettes, estuvo justificada por tratarse de un caso de ejercicio regular de la libertad de información, conforme al artículo 20 inciso 8 del Código Penal.**

En el supuesto que se considerase que la prostitución clandestina se encuentra protegida por el derecho a la intimidad, el hecho típico de la realización del reportaje de las Prostivedettes habría sido justificado por el ejercicio regular la libertad de información.

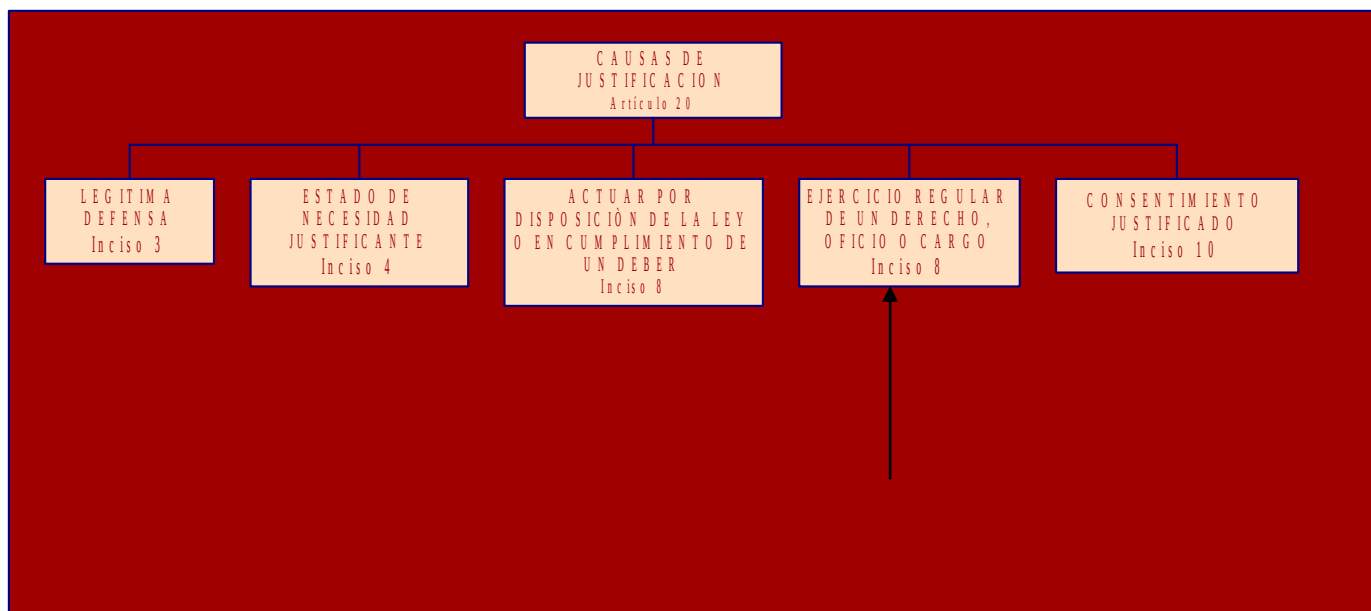
### **1) ¿El orden jurídico justifica que una información lesione al bien jurídico intimidad sin constituir delito?**

La respuesta es si.

El orden jurídico admite situaciones en las que una información pese a lesionar la intimidad no constituye delito.

<sup>22</sup> El no tratamiento del argumento de defensa técnica de la atipicidad del hecho por el que se condenó a Magaly Medina es uno de los motivos de interposición del habeas corpus contra los integrantes de la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema, pues la garantía de la defensa en el proceso penal contiene el derecho del imputado a que el juez a través de una resolución judicial motivada le comunique el por qué no tiene la razón; esto es, que la prostitución clandestina no es ilícita, o pese a serlo si está protegida por el ámbito del bien jurídico intimidad.

Para que la información no sea delito a pesar de afectar la intimidad de una persona, tiene que encuadrar en alguna de las causas de justificación que prevé el artículo 20 del Código Penal.<sup>23</sup>



El registro y la difusión de la práctica de prostitución clandestina configura la causa de justificación actuar en el ejercicio regular del derecho a la libertad de información, prevista en el tipo permisivo del artículo 20 inciso 8 del Código Penal.

## **2) ¿Cómo se determina el ejercicio regular del derecho a la libertad de información?: La teoría de los límites internos.**

La herramienta dogmático jurídica que permite establecer cuando se da el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información, es la denominada teoría de los límites internos de los derechos fundamentales.

El autor español José **MUÑOZ LORENTE** sobre los límites internos de los derechos fundamentales expresa:

“Los límites internos de un derecho fundamental son aquellos que derivan de la propia naturaleza, sentido, contenido y finalidad del derecho fundamental, es decir, son aquellos dados por una interpretación lógica y teleológica del mismo...”

**...aquellos que delimitan cuál es el ámbito o contenido de ejercicio legítimo de**

<sup>23</sup> Se precisa que por deficiente técnica legislativa el artículo 20 contempla además de las causas de justificación que constituyen la faz negativa de la antijuricidad, a las causas de inculpabilidad y de exclusión de la culpabilidad que constituyen la faz negativa de la culpabilidad.

**un determinado derecho o libertad.”** <sup>24</sup>  
(Resaltado del autor.)

En el caso conflicto de la libertad de información con el derecho a la intimidad, la teoría de los límites internos establece si la información dada a conocer a la sociedad constituye el ejercicio regular del derecho a la libertad de información y por tanto justifica la lesión al derecho a la intimidad que se haya producido.

La información constituye ejercicio regular de la libertad de información cuando se realiza dentro de los límites internos de este derecho.

En la actualidad las diversas Constituciones reconocen que la libertad de información, a diferencia de la intimidad, no sólo es un derecho fundamental, sino una condición indispensable para la existencia del sistema democrático sobre el que se organiza la Sociedad a través del Estado precisamente para proteger los derechos fundamentales.

**MUÑOZ LORENTE** afirma:

“...es necesario valorar y verificar si los derechos del artículo 20 se han ejercitado dentro de los límites internos que le otorgan esa posición preferente. Si la respuesta es afirmativa, los derechos fundamentales del artículo 20 **gozarán de posición preferente** y, por lo tanto en principio, **se impondrán a cualquier otro derecho que entre en conflicto o colisión con ellos.**

...cuando las libertades de expresión e información se **ejerciten dentro de sus límites internos gozarán de carácter preferente** y, por lo tanto, el conflicto habrá de resolverse -necesariamente- en favor de las libertades del artículo 20 puesto que, es entonces cuando se considera que contribuyen a la formación de la opinión pública libre.”<sup>25</sup> (Resaltado del autor).

Como bien explica **HERRERO TEJEDOR** comentando la teoría del balancing de la jurisprudencia estadounidense, o la teoría de la ponderación de la jurisprudencia española, el balance o la ponderación exigen entender que la posición prevalente, no jerárquica o absoluta, de la libertad de información sobre otros derechos fundamentales como la intimidad, el honor, la imagen, etc., solamente justifica que se informe a pesar de la lesión por ejemplo de la intimidad, cuando en el caso concreto se

<sup>24</sup> José Muñoz Lorente, Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995, Página 132, Edición de Universidad Carlos III y Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

<sup>25</sup> José Muñoz Lorente, Obra citada, Páginas 151 a 154. Para una mejor apreciación de la cita doctrinaria es importante considerar que en el artículo 20 de la Constitución de España se regula a la libertad de información. La citada norma establece el reconocimiento y la protección de los derechos :

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción...

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

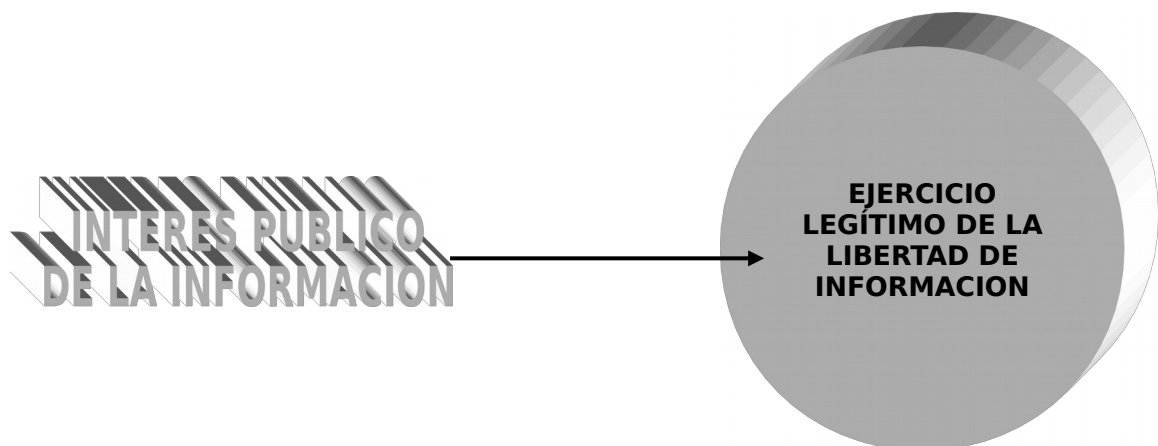
verifique que se ha informado a la sociedad dentro de los límites del derecho a la libertad de información.<sup>26</sup>

Los límites internos de la libertad de información varían según el derecho fundamental con el que colisione; así por ejemplo si la libertad de información colisiona con el honor, los límites internos son dos; el interés público de la información y la exigencia de verdad.

Tratándose de la colisión entre la libertad de información y la intimidad, la justificación de la lesión de ésta última por ejercicio regular del derecho a informar exige solamente un límite interno, la relevancia social de la información.<sup>27</sup>

La verdad de lo informado no justifica la invasión de la intimidad, por el contrario la vida íntima se daña precisamente cuando se revelan aspectos privados de la persona.<sup>28 29</sup>

## LÍMITE INTERNO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN CASO DE CONFLICTO CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD



Cuando la información tiene relevancia social o pública se justifica el registro y divulgación de un aspecto de la vida íntima de la persona, pues se trata del ejercicio regular del derecho a informar al realizarse dentro del límite interno establecido.

Los autores estadounidenses Samuel **WARREN** y Louis **BRANDEIS**, considerados los creadores de la doctrina del derecho a la intimidad frente a la necesidad de frenar a la libertad de información, expresamente reconocen que el

<sup>26</sup> Fernando Herrero Tejedor, Obra citada, Páginas 102 a 104.

<sup>27</sup> Carlos Ruiz Miguel, La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad, 249 a 252, Tecnos, Madrid, España, 1995.

<sup>28</sup> Fernando Herrero Tejedor, Obra citada, Páginas 102 a 104.

<sup>29</sup> Juan Morales Godo, El Derecho a la Vida Privada y el Conflicto con la Libertad de Información, Página 223.

derecho a la intimidad tiene límites, uno de los cuales es el no poder impedir la publicación de informaciones que son de interés público o general.<sup>30</sup>

Pilar **GOMEZ PAVÓN**, la autora española, expresa que en el posible y probable conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión o derecho a la información, no puede solucionarse apriorísticamente sino teniendo en cuenta los intereses concurrentes en el caso concreto; así cuando exista un interés público en la información, este justificará la lesión a la intimidad por el ejercicio regular de la libertad de información.<sup>31</sup>

**HERRERO TEJEDOR** comentando la doctrina jurisprudencial española afirma que el elemento decisivo para justificar la invasión de la intimidad en ejercicio de la libertad de información es la relevancia pública del hecho divulgado; su revelación resulta justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o del interés legítimo del público para su conocimiento.<sup>32</sup>

**MORALES GODO** puntualiza que el derecho a la vida privada no es absoluto, es un derecho relativo, tiene limitaciones dadas por pautas superiores a los derechos de los individuos, como el derecho del público a la información sobre temas de interés general, o como la seguridad colectiva, **la salud pública, la lucha contra las conductas ilícitas**, o la seguridad nacional.<sup>33</sup>

### **3) Relevancia pública de la información sobre la prostitución clandestina.**

Existen tres criterios para fijar el interés público de la información:

- Criterio de la inclusión de la información en un medio de comunicación social: Es la ubicación de la información en el medio de prensa la que determina el interés público de la misma.
- Criterio subjetivo: Es la condición de personaje público del sujeto al que se refiere la información la que determina el interés público de la misma.
- Criterio objetivo: Es la materia o el tema de la información el que determina el interés público de la misma.

El criterio objetivo es el que determinó el interés público del tema de la investigación sobre la dedicación de vedettes a la prostitución en los programas de Magaly TV del del 2 y 3 de febrero del año 2000.

La autora española María Cruz **LLAMAZARES CALZADILLA** sobre el criterio objetivo expresa:

---

<sup>30</sup> Samuel Warren y Louis Brandeis, El derecho a la intimidad, Página 62, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1995.

<sup>31</sup> Pilar Gómez Pavón, La intimidad como objeto de protección penal, Página 101, AKAL/IURE, Madrid, España, 1999.

<sup>32</sup> Fernando Herrero Tejedor, Obra citada, Página 106.

<sup>33</sup> Juan Morales Godo, Derecho a la Intimidad, Páginas 115 a 118.

“b) En cuanto al objeto, la propia materia sobre la que se difundan informaciones u opiniones puede tener relevancia pública con independencia de que las personas involucradas sean públicas o privadas.”<sup>34</sup>

El Instituto Prensa y Sociedad a través de un grupo de investigación dirigido por el profesor peruano José Carlos Ugaz Sánchez Moreno sobre el criterio objetivo expresa:

“Otra circunstancia que puede otorgarle relevancia pública a una información es la relativa a la materia de la que se ocupa, independientemente de que la persona afectada pueda carecer de proyección pública alguna.”<sup>35</sup>

La practica de prostitución clandestina que se registró y difundió a través de los programas de Magaly TV objeto de la acusación privada, constituyó una información de interés público por las siguientes razones objetivas:

- ◆ La prostitución clandestina constituye un ilícito administrativo.
- ◆ La prostitución clandestina es un problema de salud pública.
- ◆ La vedette es un personaje público de gran influencia en el amplio grupo social que forman los consumidores que han elegido como el medio de comunicación social de masas más importante cuantitativamente del país, la llamada prensa “chicha”, “amarilla” o no convencional.

### **A) La relevancia pública de la información sobre la prostitución clandestina por tratarse de una conducta ilícita.**

La práctica de la prostitución clandestina configura un ilícito administrativo.

El funcionamiento de la sociedad exige el garantizar a sus miembros el cumplimiento de la ley, por lo que resulta un asunto de interés social informar a la opinión pública de las conductas que infringen la ley a fin de conocerlas para reprimirlas y prevenir la realización de actos ilícitos.

La realización de conductas ilícitas es una información de relevancia pública.

---

<sup>34</sup> María Cruz Llamazares Calzadilla, Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Página 292, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y CIVITAS, Madrid, España, 1999.

<sup>35</sup> Instituto Prensa y Sociedad, Prensa juzgada, treinta años de juicios a periodistas peruanos <1969-1999>, Página 66, Fondo Editorial de la Universidad de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú, 1999

## **B) La relevancia pública de la información sobre la prostitución clandestina por tratarse de un problema de salud pública.**

La prostitución se encuentra regulada con la finalidad de preservar la salud pública, pues la sociedad se vería afectada con la propagación de enfermedades venéreas que pueden llegar al grave Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

La practica de la prostitución reglamentada y la prostitución clandestina, constituyen información de relevancia social.

La Corte Suprema de Justicia en la causa 3-950 que se siguió contra el inspector sanitario Rodolfo Contreras por delitos de calumnia y difamación por haber informado que una mujer se dedicaba a la prostitución clandestina contagiando a personas de sífilis, estableció que se justificaba la lesión al honor de la mujer dado el interés público de la información al referirse a un problema de salud pública.<sup>36</sup>

El reconocimiento por la Corte Suprema de la prostitución clandestina como un problema de salud pública y por ende objeto de información de relevancia pública, opera tanto para justificar la lesión al honor como a la intimidad.

## **C) La relevancia pública de la información sobre la prostitución clandestina por ser la vedette un personaje público.**

En el grupo social que forma la denominada “cultura chicha”, el más importante cuantitativamente en el Perú, la vedette tiene significativa importancia al constituir un arquetipo o modelo de realización de una gran cantidad de mujeres que integran la también llamada “cultura popular”.

En la “cultura chicha” la vedette y el futbolista son patrones de conducta de muchas personas, pues hombres y mujeres ven en estas actividades una forma ideal de realizarse como personas en la sociedad.

Ejemplo del rol que tiene el futbolista se evidencia en el impacto que tiene en la sociedad el que una estrella de este deporte se dedique al consumo de drogas, al ser evidente que el rechazo a las drogas será más difícil si los jóvenes aprecian que su ídolo, y a veces dios, acepta los estupefacientes.

## **4) Consideración de los jueces penales respecto del argumento de falta de antijuricidad.**

### **A) Análisis de la parte considerativa de la sentencia condenatoria del Juez del 39º Juzgado Penal de Lima.**

---

<sup>36</sup> Juan Morales Godo, El Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, Página 121.

El juez en los considerandos décimo cuarto a décimo sétimo de la sentencia trata el argumento del ejercicio regular de la libertad de información y lo rechaza por la falta de relevancia pública, al apreciar que la veracidad de la información no determina necesariamente el interés público de la misma.

“En efecto, el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones a la intimidad de las personas no es la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado...”

El juez penal incurrió en error de motivación porque el argumento de falta de antijuricidad no se basó en la veracidad de la información; cuando se fijó como límite interno de la libertad de informar frente a la intimidad solamente al interés público, se señaló expresamente la no aplicación de la exigencia de verdad.<sup>37</sup>

Además el juez penal no trató en la sentencia las razones objetivas que se dieron para justificar la relevancia pública de la información, como la ilicitud de la prostitución clandestina y su calificación como problema de salud pública.

### **B) Análisis de la parte considerativa de la sentencia de vista de la Sexta Sala Penal Superior.**

La Sala Unipersonal integrada por el Vocal Superior Juan Carlos Vidal Morales no trató en los cinco considerandos de la sentencia de vista el argumento de la falta de antijuricidad.

### **C) Análisis de la parte considerativa de la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.**

La Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema en los considerandos octavo al décimo de su sentencia no anulatoria trata el argumento de la falta de antijuricidad, que igualmente rechaza reiterando el fundamento del juez penal de la no relevancia pública de la información.

En el considerando décimo expresa:

“Pues, la vedette Mónica Adaro no era personaje público, ni la prostitución clandestina era un delito que merecía tal propalación televisiva, habida cuenta que dicha práctica son toleradas socialmente.”

---

<sup>37</sup> La exigencia de verdad no es límite interno de la libertad de información frente a la intimidad porque precisamente los hechos verdaderos son los que la lesionan, no los falsos; por el contrario si es límite interno cuando la colisión es contra el honor, pues los hechos falsos son los que lo lesionan y no los verdaderos, lo que en todo caso liberan al autor de responsabilidad; de allí que por ejemplo la excepción de verdad solamente opere para los delitos contra el honor y no contra la intimidad.



El Tribunal Penal Supremo no considera la razón objetiva del problema de salud pública que constituye la prostitución clandestina y evade la calificación de ilícito administrativo al razonar que la misma no es delito invocando la tolerancia social, cuando el argumento de defensa jamás fue tal.

El interés público de la información responde a que la prostitución clandestina es un ilícito administrativo, al igual que el consumo de drogas o los maltratos familiares; la relevancia pública no se reduce al ilícito penal; asimismo responde a la condición de problema de salud pública de la prostitución clandestina; y finalmente la condición de personaje público de la vedette, para ser rechazada, exigía dar respuesta al estudio sociológico efectuado sobre su rol en la cultura “chicha” y la influencia que tiene sobre las miles de personas que se comunican a través de la prensa no convencional que la presenta, junto al futbolista, en arquetipos sociales, ¿es o no la vedette un arquetipo en la sociedad “chicha”, cuantitativamente la más importante del Perú?.

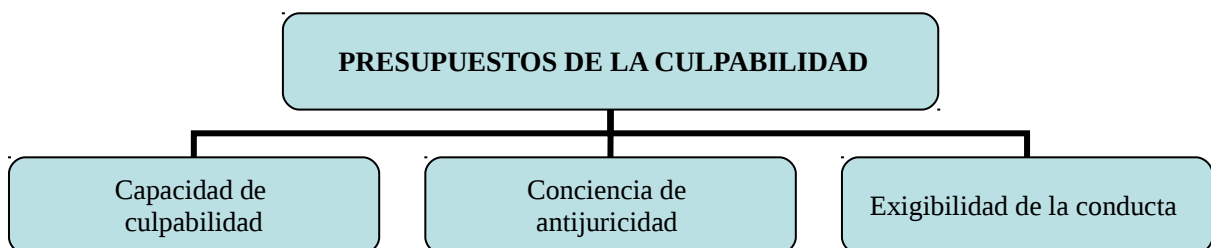
Adicionalmente la tolerancia social, como filtro de imputación objetiva, al impedir que esta se formule, elimina la tipicidad para no responsabilizar penalmente al autor, pero no para quitar la relevancia social de la información. Nadie ha pedido que se sancione administrativamente a una mujer por practicar la prostitución ilícitamente, sino calificarla como un tema de interés público para justificar su difusión.

Finalmente la tolerancia social sólo elimina la tipicidad penal, pero no la condición de ilícito administrativo de una conducta.

**IV.- La falta de culpabilidad pues el supuesto injusto penal que se cometió a través del reportaje sobre las Prostivedettes, se llevó a cabo por error de prohibición indirecto invencible, previsto en el artículo 14 segundo párrafo del Código Penal.**

**1) El error de prohibición invencible como una causa de exclusión de la culpabilidad.**

El elemento del delito culpabilidad concurre cuando por el hecho imputado se puede formular a su autor el juicio de culpabilidad que se basa en los siguientes presupuestos:



El error de prohibición se produce cuando la persona comete una acción típica y antijurídica, pero no llega a ser culpable por haber actuado sin conciencia de la antijuricidad.

El maestro alemán Hans Heinrich **JESCHECK** explicando por qué la conciencia de la antijuricidad es un presupuesto de la culpabilidad expresa:

“La conciencia de lo injusto integra, así, el núcleo del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho en pleno conocimiento de la norma jurídica que lo prohíbe, caracteriza de la forma más inequívoca la falta de actitud jurídica que grava al autor.”<sup>38</sup>

La conciencia de la antijuricidad es un presupuesto de la culpabilidad; quien realiza un comportamiento a pesar del conocimiento que tiene sobre la contradicción del mismo con el orden jurídico, evidencia su falta de actitud jurídica, es decir, de respeto al Derecho que regula la vida en sociedad.

El artículo 14 segundo párrafo del Código Penal a la letra dice:

“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.”

La disposición legal reconoce a la conciencia de la antijuricidad como un presupuesto de la culpabilidad, que desaparece o se ve disminuida cuando el autor actúa bajo un error de prohibición (*en el caso de los delitos de comisión*) o un error de mandato (*en el caso de los delitos de omisión*).

**JESCHECK** y **WEIGEND** afirman que el error de prohibición es el error sobre la antijuricidad del hecho; el autor sabe lo que hace pero supone equivocadamente que la acción realizada está permitida.<sup>39</sup>

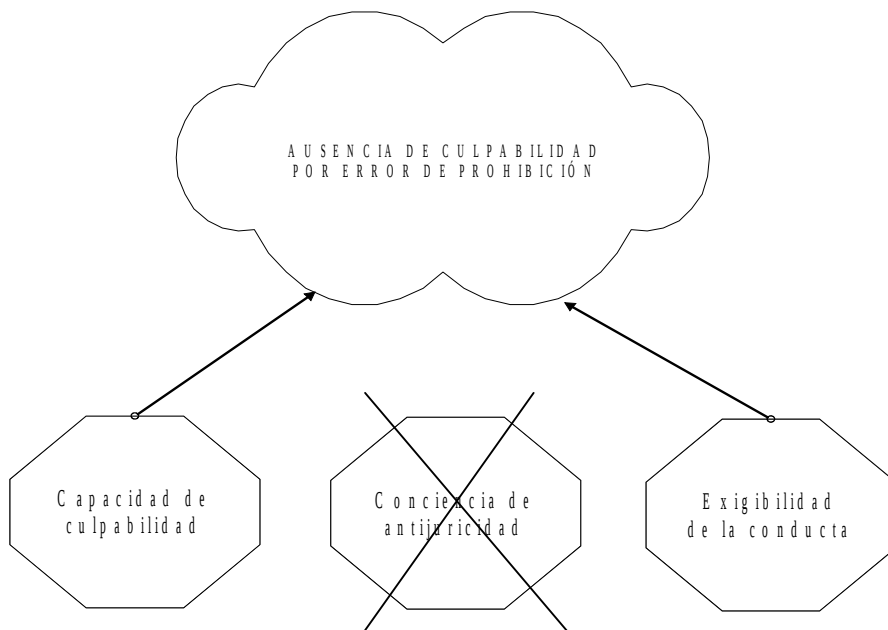
Joaquín **CUELLO CONTRERAS** sostiene que el error de prohibición es desconocimiento de la ilicitud del hecho antijurídico que se realiza, es decir, el sujeto realiza una conducta típica y antijurídica sin conocer que viola una norma del ordenamiento jurídico que la prohíbe; “es la otra cara del conocimiento de la antijuricidad” pues en el error de prohibición el agente por el desconocimiento de la ilicitud realiza una vulneración del ordenamiento jurídico inconsciente.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Volumen Primero, Página 622, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1981.

<sup>39</sup> Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, Tratado de Derecho Penal Parte General, 5ª edición, Páginas 490 y 491, Comares Editorial, Granada, España, 2002.

<sup>40</sup> Joaquín Cuello Contreras, El Derecho Penal Español Parte General, Tercera edición, Página 1090, Dykinson, Madrid, España, 2002.



Dependiendo de la razón por la que el sujeto activo cree equivocadamente que su conducta es lícita, en doctrina se diferencia entre error de prohibición directo e indirecto.

El error de prohibición es directo cuando el agente realiza la conducta por la creencia equivocada que es lícita por desconocimiento de la prohibición legal, o porque pese a su conocimiento la considere no vigente, o la interpreta equivocadamente.<sup>41 42</sup>

Ejemplo de error de prohibición directo se tiene en el caso del médico que habiendo terminado sus estudios universitarios en Estados Unidos retorna al Perú a ejercer la profesión; inicia su práctica profesional en una clínica a pesar de no contar con registro del Colegio Médico pues si bien conoce que la ley prohíbe el ejercicio ilegal de la medicina, estima que la prohibición solamente alcanza a quienes no tienen título profesional de médico, ya que la colegiación es una cuestión meramente administrativa.

El error de prohibición es indirecto cuando el agente realiza la conducta por la creencia equivocada que la acción, si bien en principio está prohibida, en su caso está amparada por una causa de justificación inexistente, o porque existiendo la causa de justificación desconoce su límite.<sup>43 44</sup>

Ejemplo de error de prohibición indirecto se tiene en el caso del gerente del banco que decide la adjudicación del inmueble adquirido por un cliente con financiamiento brindado, porque el asesor legal le informa que en la Ley de Bancos existe un derecho de compensación que permite a la entidad bancaria quedarse con el bien como forma de pago de una deuda que el cliente tenía de otras operaciones

<sup>41</sup> Joaquín Cuello Contreras, Obra citada, Página 1097.

<sup>42</sup> Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, Obra citada, Página 491.

<sup>43</sup> Joaquín Cuello Contreras, Obra citada, Página 1097.

<sup>44</sup> Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, Obra citada, Página 491.

anteriores; luego se establece que el derecho de compensación no existe en la legislación.

Por sus efectos el error de prohibición puede ser invencible o vencible.

El error de prohibición, directo e indirecto, es invencible cuando el sujeto activo no se encuentra en situación de advertir lo injusto del hecho, no demuestra en consecuencia ninguna actitud censurable contraria al derecho, de allí que configure una causa de exclusión de la culpabilidad.<sup>45 46</sup>

La causa de exclusión de la culpabilidad es un caso de faz negativa de la culpabilidad, por lo que como se indicó en otro momento, su presencia impide que se dé el elemento del delito culpabilidad.

El error de prohibición, directo e indirecto, es vencible cuando la persona no se ha esforzado por actuar en concordancia con el orden jurídico, de allí que configure solamente una circunstancia atenuante de la pena.<sup>47</sup>

Existen diversos criterios para establecer cuando el error de prohibición es invencible o vencible.

Cuando se trata de una materia estrechamente relacionada con la moral, como por ejemplo el respeto a la vida o la salud, si se actúa por error de prohibición, este será vencible, pues con un acto de reflexión de conciencia o sentimiento jurídico, que se asume debe tener toda persona, se entendería la ilicitud de la conducta.

De no tratarse de una materia estrechamente vinculada a la moral, por ejemplo una cuestión técnica como la propiedad industrial o el orden financiero, si actúa por error de prohibición para que sea vencible se tendrá que verificar el no cumplimiento **del deber de información**.<sup>48</sup>

El cumplimiento o incumplimiento del deber de información que hace inevitable o evitable al error de prohibición depende de la confiabilidad de la fuente.

**JESCHECK** sobre este tema comenta:

“Si el autor duda acerca de la vigencia de un precepto por él conocido, no le es lícito limitarse a seguir la concepción que le resulte más favorable, sino que debe procurarse el consejo del experto. Únicamente le disculpará la información que sobre el Derecho obtenga de una fuente fiable...”<sup>49</sup>

Günther **JAKOBS** sobre el mismo tema expresa:

---

<sup>45</sup> Hans Heinrich Jescheck, Obra citada, Volumen Primero, Página 627.

<sup>46</sup> Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, Obra citada, Página 491.

<sup>47</sup> Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, Obra citada, Página 491.

<sup>48</sup> Hans Heinrich Jescheck, Obra citada, Volumen Primero, Páginas 629 y 630.

<sup>49</sup> Hans Heinrich Jescheck, Obra citada, Volumen Primero, Página 630.

“Por eso es mejor atender a lo que de información externa le es accesible al autor, sobre todo mediante indagaciones en fuentes fiables...”

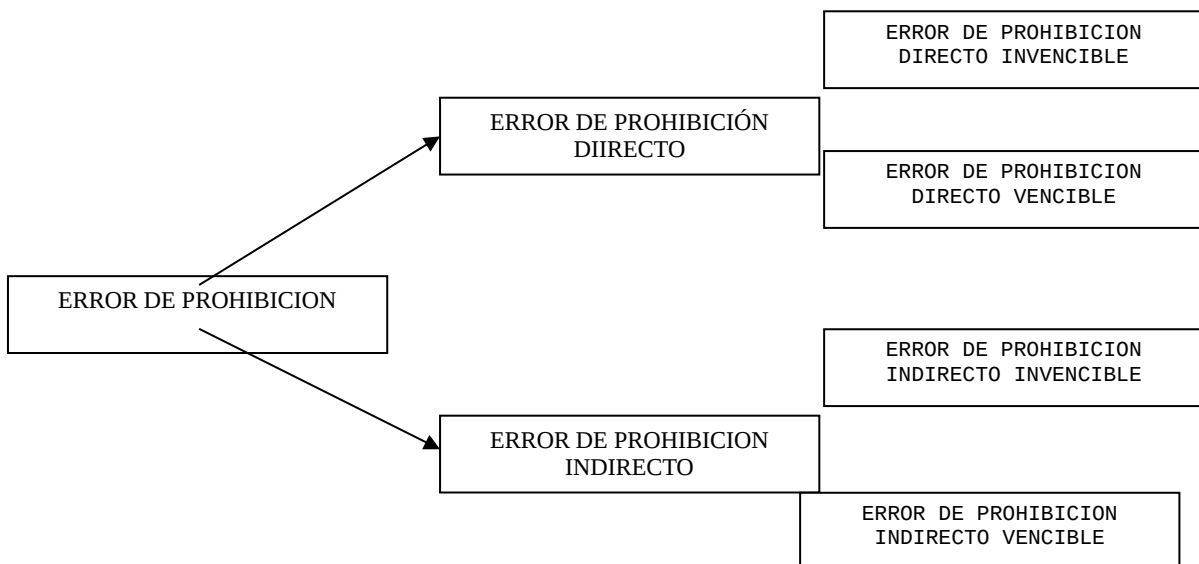
La fiabilidad de una fuente depende de si su utilización es compatible con la validez del Derecho positivo...”<sup>50</sup>

Si el autor realiza la conducta por error de prohibición pese a haber cumplido su deber de información recurriendo a una fuente fiable, el error es inevitable.

Siguiendo con el ejemplo dado, al no tratarse de una materia estrechamente vinculada a la moral la cuestión técnica del derecho de compensación en las operaciones bancarias, si el gerente del banco dispone la adjudicación del inmueble creyendo equivocadamente que la Ley de Bancos lo permitía al haberlo así asesorado el abogado del banco, el error de prohibición indirecto será inevitable porque cumplió con el deber de información.

Si el autor lleva a cabo la conducta por error de prohibición sin haber recurrido a una fuente de información o por hacerlo a una no fiable, el error es evitable.

En el ejemplo analizado, si el gerente del banco dispone la adjudicación del inmueble por considerar que se tenía derecho dado a que el cliente debía una suma importante, sin consultarlo con asesoría legal, al no cumplir con el deber de información el error será evitable.



## 2) Verificación de un error de prohibición invencible indirecto en el caso penal.

<sup>50</sup> Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 2º Edición corregida, Página 680, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, España, 1997.

En el supuesto que el registro y la difusión del acto de prostitución clandestina fuese un injusto penal, Magaly Medina no podría ser considerada culpable porque habría actuado en error de prohibición indirecto invencible.

Para el reportaje de las Prostivedettes se consultó con el asesor legal interno de Frecuencia Latina (Canal 2) y éste luego de dar opinión favorable sobre su difusión, requirió interconsulta a asesor legal externo, quien dictaminó en el mismo sentido.

El asesoramiento de abogados determinó que Magaly Medina no tuviera conciencia de la antijuricidad por creer “equivocadamente” que el trabajo periodístico estaba justificado por la libertad de información.

El profesor español Adán **NIETO MARTIN** sobre la confianza en las informaciones suministradas por expertos como criterio para determinar el error de prohibición, afirma lo siguiente:

“El merecimiento de pena decrece generalmente cuando el autor busca información en algún profesional (abogados, asesores fiscales, graduados sociales, etc.)... La disminución de las necesidades preventivas en estos casos se explica nuevamente como una plasmación del principio de confianza... La regla general es que debe ser posible confiar en la opinión de los expertos, en cuanto que supone una expectativa normal pensar que éstos tienen capacidad para resolver correctamente las cuestiones jurídicas. La instauración de esta especie de confianza [ciega] es una contrapartida necesaria a la situación legislativa actual en la que **dado en número de leyes y su complejidad técnica el ciudadano medio no puede deducir por sí sólo, mediante su lectura, su significado y alcance.**”<sup>51</sup>  
(Resaltado del autor)

El Poder Judicial reconoce el error de prohibición invencible cuando se ha cumplido el deber de información recabando opiniones especializadas.

“La resistencia al mandato judicial, producida por la creencia de que existen deberes de función que prevalecen sobre los mandatos jurisdiccionales, y realizada **tras haber efectuado consultas a especialistas sobre el particular**, configura **error de prohibición invencible** sobre la ilicitud de la conducta, que elimina la responsabilidad penal del inculpaado, pues

---

<sup>51</sup> Adán Nieto Martin, El Conocimiento del Derecho, un Estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición, Editorial Atelier Penal, Páginas 212 y 213, Barcelona, España, 1999.

éste no habría actuado de modo culpable.”  
52

“Existe un **error de prohibición** en los inculpados que actúan bajo la creencia que su conducta era lícita, debiendo eximirse de responsabilidad penal. Para determinar el error debe tomarse en cuenta la profesión de los inculpados y **la existencia de un informe legal que les indicaba que su conducta era lícita.**”  
(Resaltado del autor)<sup>53</sup>

### **3) Consideración de los jueces penales respecto del argumento de falta de culpabilidad.**

#### **A) Análisis de la parte considerativa de la sentencia condenatoria del Juez del 39º Juzgado Penal de Lima.**

El juez en el considerando décimo octavo de la sentencia trató el tema de la culpabilidad sin examinar en modo alguno el tema del asesoramiento legal del trabajo periodístico y el error de prohibición indirecto invencible.

“...hemos de entrar a verificar la culpabilidad. Al respecto hay que indicar que los mismos tienen capacidad de culpabilidad, pues ambos son mayores de 18 años, al momento de los hechos se encontraban sobrios, cuentan con instrucción suficiente para conocer la prohibición y podía esperarse conducta distinta de la que realizaron.”

El juez penal no trató el argumento de defensa de falta de culpabilidad por una razón: no actuó la prueba testimonial que se ofreció para demostrar el asesoramiento legal.

#### **B) Análisis de la parte considerativa de la sentencia de vista de la Sexta Sala Penal Superior.**

La Sala Unipersonal integrada por el Vocal Superior Juan Carlos Vidal Morales no trató en los cinco considerandos de la sentencia de vista el argumento de la falta de culpabilidad.

---

<sup>52</sup> Sentencia del 11/06/97 expedida por la 1º Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el proceso penal signado con el # 1298-96; Fidel Rojas Vargas y Alberto Infantes Vargas, Código Penal - Diez años de Jurisprudencia Sistematizada, Página 81, IDEMSA, Lima, Perú, 2001.

<sup>53</sup> Sentencia Exp. 97-17273 Lambayeque; Carlos Caro Coría, p. 14

### **C) Análisis de la parte considerativa de la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.**

La Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema en el considerando cuarto de la resolución del 28 de abril del 2005 establece:

“Ante la presencia de tal calidad de elementos probatorios, se declara improcedente la denuncia sobre falta el derecho a probar **la falta de antijuricidad** de los hechos. Ante tal dimensión de evidencias, la existencia o no de una consulta jurídica favorable que dicen los denunciados haber obtenido previamente a la propalación del vídeo, **en nada hará cambiar el sentido de la presente resolución** al estar acreditada la manera provocada, vejatoria e innecesaria con la que se actuado (malicia calificada)”.  
(Resaltado del autor).

En el considerando décimo primero el Tribunal Penal Supremo reitera que el derecho a la prueba de los imputados ha sido respetado porque se les ha permitido en el proceso tratar de “demostrar que los hechos imputados no son antijurídicos”.

Se justifica la no admisión y actuación de los medios de investigación o de prueba ofrecidos por los imputados, al calificarlos de inútiles para negar la antijuricidad del hecho por el que los imputados fueron condenados como autores del delito de violación a la intimidad.

### **V) Violación por los jueces penales del derecho fundamental a probar.**

La no actuación de los testimonios que hubiesen probado el asesoramiento legal a la periodista constituyó una lesión al derecho a probar que tiene el procesado, y que lo asemeja al caso de Sally Bowen, a quien tampoco se le permitió demostrar que utilizó fuente confiable para la realización de su trabajo periodístico.<sup>54</sup>

#### **1) El derecho a probar como parte del debido proceso penal.**

Para determinar la categoría de derecho fundamental, (de derecho humano) y por ende la protección constitucional del derecho a probar, es necesario ubicarlo dentro del ámbito de dos macro derechos fundamentales:

---

<sup>54</sup> La violación del derecho a probar es el otro motivo del habeas corpus promovido, junto a la violación del derecho de defensa por no tratar el argumento de la falta de tipicidad.



**CRITERIOS PARA DETERMINAR  
LOS DERECHOS DEL IMPUTADO EN EL  
PROCESO PENAL QUE CONSTITUYEN  
DERECHOS FUNDAMENTALES  
(DERECHOS HUMANOS)**

- Ω El macro derecho de acceso a la justicia.
- Ω El macro derecho al debido proceso penal.

El derecho a probar es una manifestación del macro derecho al debido proceso penal.

El debido proceso penal funciona como un macro principio, una especie de controlador procesal que busca asegurar que en el desarrollo de las causas penales se respeten los derechos fundamentales de las partes.

El derecho al debido proceso penal exige que en la causa penal se respeten un mínimo de derechos fundamentales de las partes.

El autor argentino Oswaldo **GOZAÍNI** reconoce al derecho a probar como una de las manifestaciones del debido proceso penal.<sup>55</sup>

El derecho a probar es uno de los derechos fundamentales que deben ser garantizados por el juez penal a las partes para asegurar el contenido mínimo que permita calificar a la causa de un proceso penal debido.

Al ser el derecho a probar parte del debido proceso penal, su violación determina que **no se pueda calificar a la causa de debido proceso penal** y por tanto se tenga que declarar la invalidez e ineficacia de la misma, debiéndose retrotraer el procedimiento al momento en que se violó el derecho a probar a fin de restablecer la vigencia del debido proceso penal.

La condición del derecho a probar como manifestación del debido proceso penal es la razón por la cual en el Código Procesal Constitucional, en el artículo 4, se le ubica como requisito de la tutela procesal efectiva, pues ésta solamente se puede alcanzar a través de un debido proceso.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que el derecho a probar integra el macro derecho al debido proceso, conforme se aprecia en la sentencia expedida el 8 de septiembre del 2003 en el proceso constitucional de habeas corpus que promovió el ciudadano Juan Roberto Yujra Madani al Cuarto Juzgado de Tráfico Ilícito de Drogas de Lima, y en la sentencia expedida el 5 de julio de 2004 en el proceso constitucional de amparo que el ciudadano Juan Carlos Calegari siguió contra la Policía Nacional del Perú.<sup>56</sup>

## **2) Determinación del contenido del derecho a probar.**

El contenido del derecho a probar es el siguiente:

<sup>55</sup> Oswaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso, Páginas 399 a 402, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.

<sup>56</sup> Expediente N° 1934-2003-HC/TC y Expediente N° 0090-2004-AA/ TC.

<b>CONTENIDO DEL DERECHO A PROBAR</b>
1) El derecho a la determinación del objeto de prueba.
2) El derecho a probar garantiza que la causa sea recibida a prueba y se establezca un plazo probatorio suficiente.
3) El derecho a proponer los medios de prueba.
4) El derecho a la libertad probatoria.
5) El derecho a la admisión de los medios de prueba.
6) El derecho a la actuación de los medios de prueba.
7) El derecho al control de la producción de la prueba.
8) El derecho a la valoración por el juez de la prueba producida para la demostración de sus pretensiones.

### **3) Comprobación de la lesión del derecho a probar en el proceso penal.**

Mediante auto del 17 de diciembre del 2002 se dio inicio al proceso penal especial.

En la instructiva del 28 de enero del 2003, al responder a la pregunta 6, Magaly Medina postuló como defensa material el siguiente hecho:

“...luego de consultar con los asesores internos legales del Canal encabezados por el doctor Leopoldo Valdez, quien a su vez hizo una ínter consulta con el asesor legal externo del Canal el doctor Rolando Sousa, luego de recibir la asesoría legal necesaria para evitar que violemos algún tipo de ley, decidimos emitir el informe.” *(Resaltado del autor)*

En la instructiva del 28 de enero del 2003, al responder a la pregunta 6, Ney Guerrero postuló el siguiente hecho:

“...luego de consultar con los asesores internos legales del canal encabezados por el doctor Leopoldo Valdez, quien a su vez hizo una ínter consulta con el asesor legal externo del canal el doctor Rolando Sousa, luego de recibir la asesoría legal necesaria para evitar que violemos algún tipo de ley, decidimos emitir el informe.” *(Resaltado del autor)*

En el proceso penal la declaración instructiva se equipara a la contestación de la demanda del proceso civil, pues a través de ella el inculpado responde a la imputación formulada por el Ministerio Público.

La instructiva o indagatoria es un medio de defensa que permite al imputado responder a los cargos y aportar los elementos o datos probatorios sobre los hechos que forman su defensa material.<sup>57 58 59</sup>

La autora española María Isabel **HUERTAS MARTIN**, afirma que la declaración del imputado es un acto procesal que tiene varias finalidades que responden a las exigencias de descubrir la verdad y garantizar el derecho a la defensa del imputado, para lo cual, entre otras cosas, se procede “a la recogida de los elementos de descargo y de pruebas”.<sup>60</sup>

Cuando en las instructivas se negó la imputación de delito de violación de la intimidad, se postuló como defensa material el hecho del asesoramiento legal en la realización del trabajo periodístico de las Prostivedettes, incluso señalando los nombres de los abogados que brindaron la opinión jurídica.

Técnicamente, se ofrecieron medios de investigación o prueba testimoniales que debieron ser admitidos y actuados por el Juez Penal respetando el derecho a probar de los imputados.

La interpretación del artículo 125 del Código de Procedimientos Penales permite sostener que en el proceso penal peruano se reconoce a la instructiva como medio de defensa del imputado, por el cual aporta elementos de investigación o prueba de los hechos que forman su defensa material; de allí que se establece al juez instructor el deber de admitirlos y actuarlos:

“Si el inculpado invoca hechos o pruebas en su defensa, ellos **serán verificados** en el plazo más breve.”  
(Resaltado del autor)

El Juez de Instrucción no cumplió con el deber de investigar los hechos que se postularon como defensa material en la instructiva, admitiendo y actuando las testimoniales de los abogados que asesoraron el trabajo periodístico sobre las “Prostivedettes”.

Ante la omisión del juez, el 12 de mayo del 2003 para probar el hecho de haber consultado a los asesores legales de Frecuencia Latina para la realización del trabajo periodístico, **se ofrecieron formalmente** los testimonios del asesor legal interno y del administrador de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.

El juez penal nunca comunicó la admisión o no admisión de los medios de prueba testimoniales.

---

<sup>57</sup> César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal, 2º edición, Volumen 1, Página 542, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2003.

<sup>58</sup> Pablo Sánchez Velarde, Manual de Derecho Procesal Penal, Página 475, Idemsa, Lima, Perú, 2004.

<sup>59</sup> Vicente Gimeno Sendra, Obra colectiva, Los Procesos Penales, Volumen 3, Páginas 592 a 593, Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, 2000.

<sup>60</sup> María Isabel Huertas Martín, El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de Prueba, Páginas 296 y 297, J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1999.

La sentencia de primera instancia se dictó el 23 de octubre del 2003, después de 5 meses y 11 días del ofrecimiento de los medios de prueba de defensa.

<b>ACTO PROCESAL</b>	<b>FECHA DE REALIZACION</b>
Apertura de proceso penal especial	17 de diciembre del 2002
Instructiva de Magaly Medina Vela	28 de enero del 2003
Instructiva de Ney Guerrero Orellana	28 de enero del 2003
Ofrecimiento de medio probatorio	12 de mayo del 2003
Sentencia	23 de octubre del 2003
TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE EL OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA Y LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	5 meses y 11 días

**4) La violación del derecho a probar no tiene justificación en la naturaleza del proceso penal especial de sumaria investigación.**

Si bien ni el 39º Juzgado Penal, ni la Sexta Sala Penal Superior, ni la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, han argumentado que no se admitieron y actuaron los medios de investigación o prueba por el vencimiento del plazo probatorio, a continuación se examina este tema.

El caso penal fue tramitado como un proceso penal especial por delito privado cometido a través de la prensa, regulado en el Título II del Libro Cuarto del Código de Procedimientos Penales.

El artículo 314 del Código de 1940 establece que el procedimiento dura 8 días, incluyendo las fases de postulación, prueba y alegación.

Con un plazo probatorio de 8 días en la sumaria investigación, la garantía del derecho a la prueba, en su manifestación de contar con un plazo probatorio suficiente, exige dos cosas:

- Considerar que en la instructiva el inculpado aporta los elementos de investigación o prueba porque muchas veces ésta será su único acto de defensa material.
- El cumplimiento del deber del Juez Instructor del artículo 125 de admitir y actuar los elementos de investigación o prueba aportados por el imputado en la instructiva.

Solamente el cumplimiento de tales exigencias permitiría que el plazo de 8 días de sumaria investigación no colisione con el derecho fundamental a probar del imputado y por tanto, con la garantía del debido proceso; no hay otra forma que se cumpla con otorgar un plazo probatorio suficiente.

El vencimiento del plazo legal de prueba no impide que el juez penal garantice el derecho a probar del imputado, por las mismas razones que la justicia internacional en materia de derechos humanos ha fijado que la continuación del proceso penal más allá del plazo legal no viola los derechos fundamentales a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas.

Si el derecho de la Sociedad o de la víctima a conocer la verdad justifica que los jueces penales continúen con el procesamiento penal al imputado más allá del plazo legal, el derecho a probar permite que a pesar del vencimiento de los 8 días de sumaria investigación el imputado pueda demostrar los hechos que forman su defensa material.

**5) La supuesta inutilidad de los testimonios como justificación para su no admisión y actuación establecida por la Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema.**

La Primera Sala Transitoria de la Corte Suprema justificó la no admisión y actuación de los medios de investigación o de prueba ofrecidos por los imputados, al calificarlos de inútiles para negar la antijuricidad del hecho por el que fueron condenados como autores del delito de violación a la intimidad.

La calificación de testimonios inútiles es arbitraria por dos razones:

- Ω La apreciación que el argumento de defensa técnica es errado no permite calificar a un medio de investigación o prueba como inútil a efecto de negar su admisión y actuación.
- Ω Desconocimiento que el error de prohibición invencible es un caso de faz negativa de la culpabilidad y que el error de prohibición vencible es una circunstancia atenuante de la pena privilegiada.

**A) Primera razón de la calificación arbitraria de prueba inútil: la apreciación que el argumento de defensa técnica es errado no permite calificar a un medio de investigación o prueba como inútil a efecto de justificar su no admisión y actuación.**

Los actos de investigación o prueba tienen 3 requisitos intrínsecos: la conducencia, la pertinencia y la utilidad.<sup>61</sup>

La prueba es útil cuando permite al juez obtener certeza de la realización de los hechos principales o accesorios que forman el objeto del proceso, la materia de la decisión judicial.<sup>62 63 64</sup>

Cuando la prueba carece del requisito de la utilidad se le denomina prueba inútil o superflua.

Hernando **DEVIS ECHANDÍA**, el máximo exponente latinoamericano sobre teoría de la prueba, define a la prueba inútil como aquella que tiene por objeto un hecho suficientemente demostrado, un hecho notorio, un hecho que goza de presunción legal de derecho en contrario, un hecho determinado mediante una

<sup>61</sup> Hernando Devis Echandía, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo 1, Página 337, Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina, 1988.

<sup>62</sup> Hernando Devis Echandía, Obra citada, Tomo 1, Página 350.

<sup>63</sup> Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio, Tercera Edición, Páginas 28 y 29, Bogotá, Colombia, 1992.

<sup>64</sup> José Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal, 4ª Edición, Página 24, Ediciones Desalma, Buenos Aires, Argentina, 2001.

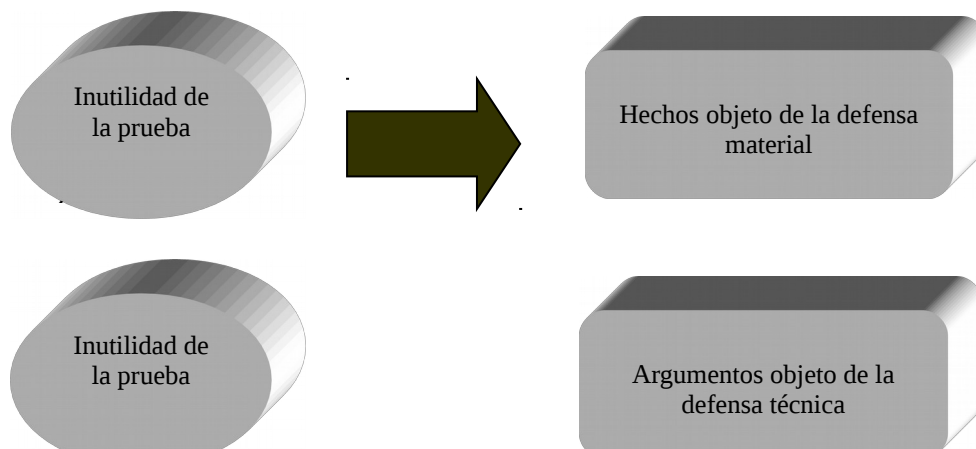
resolución judicial con efecto de cosa juzgada; y que por tanto es rechazada por el juez en aplicación del principio de economía procesal.<sup>65</sup>

**DEVIS ECHANDÍA** advierte sobre una indebida aplicación de la regla de la prueba inútil:

“Tampoco puede el juez negarse a recibir o a practicar la prueba **porque considera claramente infundada** la pretensión o excepción que el peticionario deduzca del hecho sobre el que recae, porque **esto equivaldría a prejuzgar la causa**. Una cosa es la conducencia de la prueba, su utilidad y la pertinencia del hecho que se va a probar, e inclusive la eficacia plena que aquélla tenga para convencer al juez de la existencia de éste, **y otra muy diferente que la pretensión o excepción tenga fundamento en derecho**; la existencia de prueba suficiente sobre el hecho de la demanda o la excepción no significa que de él se deduzcan los efectos jurídicos perseguidos por esa parte; pero **ésa es cuestión que debe resolverse en la sentencia**”.  
(Resaltado del autor)<sup>66</sup>

La inutilidad de la prueba se determina en relación al hecho y no al derecho o fundamento legal de la defensa técnica de los imputados; la prueba es inútil si no es idónea o no sirve para que el juez pueda alcanzar certeza sobre los hechos que forman la defensa material de los imputados.

El rechazar la prueba invocando su inutilidad por considerar el juez que la defensa técnica de los procesados es equivocada, supone adelantar en la fase probatoria el juicio que debe efectuarse en la fase de sentencia.



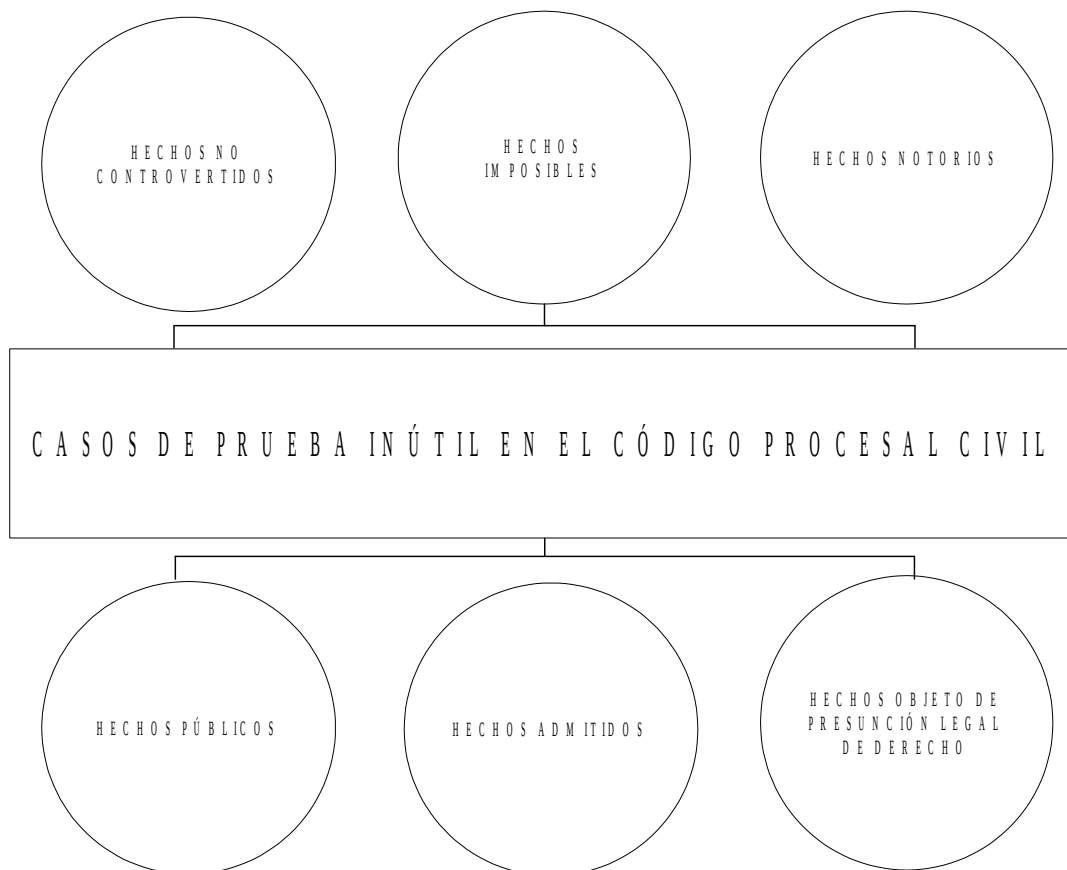
Se viola el derecho a probar cuando no se admite y actúan medios de prueba ofrecidos por los imputados so pretexto de su inutilidad establecida por considerar

<sup>65</sup> Hernando Devis Echandía, Obra citada, Tomo 1, Página 339.

<sup>66</sup> Hernando Devis Echandía, Obra citada, Tomo 1, Página 339.

incorrecto el argumento de defensa técnica, pues como vuelvo a insistir, la prueba inútil versa sobre hechos y no argumentos.

El Código de Procedimientos Penales no regula los requisitos internos de la prueba, estos tienen que ser establecidos a partir de la interpretación de las leyes procesales penales, por lo que vía interpretación sistemática se puede acudir al artículo 190 del Código Procesal Civil que establece los casos de prueba inútil.



Todos los casos de prueba inútil establecidos en el artículo 190 del Código de 1993 se refieren a supuestos donde no existe necesidad de demostración del hecho al poder adquirir el juez certeza del mismo sin necesidad de prueba, por ejemplo por no haber sido controvertido, esto es, postulado por el fiscal y negado por el imputado, o por tratarse de un hecho notorio.

La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema no justifica la inadmisión y actuación de los medios de prueba sobre el asesoramiento de abogados para la difusión del trabajo periodístico “Prostivedettes”, en la falta de necesidad porque tal hecho haya quedado demostrado con otros medios probatorios; justifica el tácito rechazo por considerar errado el argumento de defensa técnica pues el mismo no enervaría el juicio de antijuricidad que los jueces penales han formulado en este caso.

El derecho a probar impide que no se admitan y actúen los medios probatorios porque ¡no se tiene la razón! o porque ¡la defensa técnica fue errada!

Magaly Medina y Ney Guerrero tenían derecho a probar que contaron con asistencia legal al realizar el trabajo periodístico y que en la sentencia recién se determine si tal hecho constituyó el error de prohibición indirecto invencible del artículo 14 segundo párrafo del Código Penal.

El Tribunal Constitucional Español ha establecido que se viola el debido proceso por rechazo arbitrario de la prueba; a través de diversas sentencias ha declarado que es competente para controlar las resoluciones de los jueces penales por las que hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna, mediante una interpretación, o aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial.<sup>67</sup>

**B) Segunda razón de la calificación arbitraria de prueba inútil: desconocimiento que el error de prohibición invencible es un caso de faz negativa de la culpabilidad y que el error de prohibición vencible es una circunstancia atenuante de la pena privilegiada.**

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema consideró que la prueba del asesoramiento legal cuando se difundió el reportaje sobre la penetración de la prostitución en el vedettismo, era inútil para “probar **la falta de antijuricidad** de los hechos”.

Tal apreciación no sólo constituyó un error en la aplicación de la regla de la prueba inútil, sino también en la determinación de los presupuestos de la punibilidad, pues la demostración del hecho de la consulta a los abogados para la difusión del reportaje de las “Prostivedettes” no tenía por objeto establecer la falta de antijuricidad de los hechos, como equivocadamente razonó el Tribunal Penal Supremo, sino **la falta de culpabilidad** de los procesados.

**B.1) Ubicación del error de prohibición invencible en la teoría estratificada del delito.**

El principio de legalidad es un límite formal a la función punitiva del Estado cuyo objeto es el someter el ejercicio del poder a la ley, conforme se establece en el artículo 45 primer párrafo de la Constitución.

El principio de legalidad exige que la determinación del hecho punible sea consecuencia de la verificación de los presupuestos de la punibilidad:

---

<sup>67</sup> SSTC N° 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; SSTC N° 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; SSTC N° 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; SSTC N° 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; SSTC N° 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; SSTC N° 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; SSTC N° 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; SSTC N° 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; SSTC N° 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3.





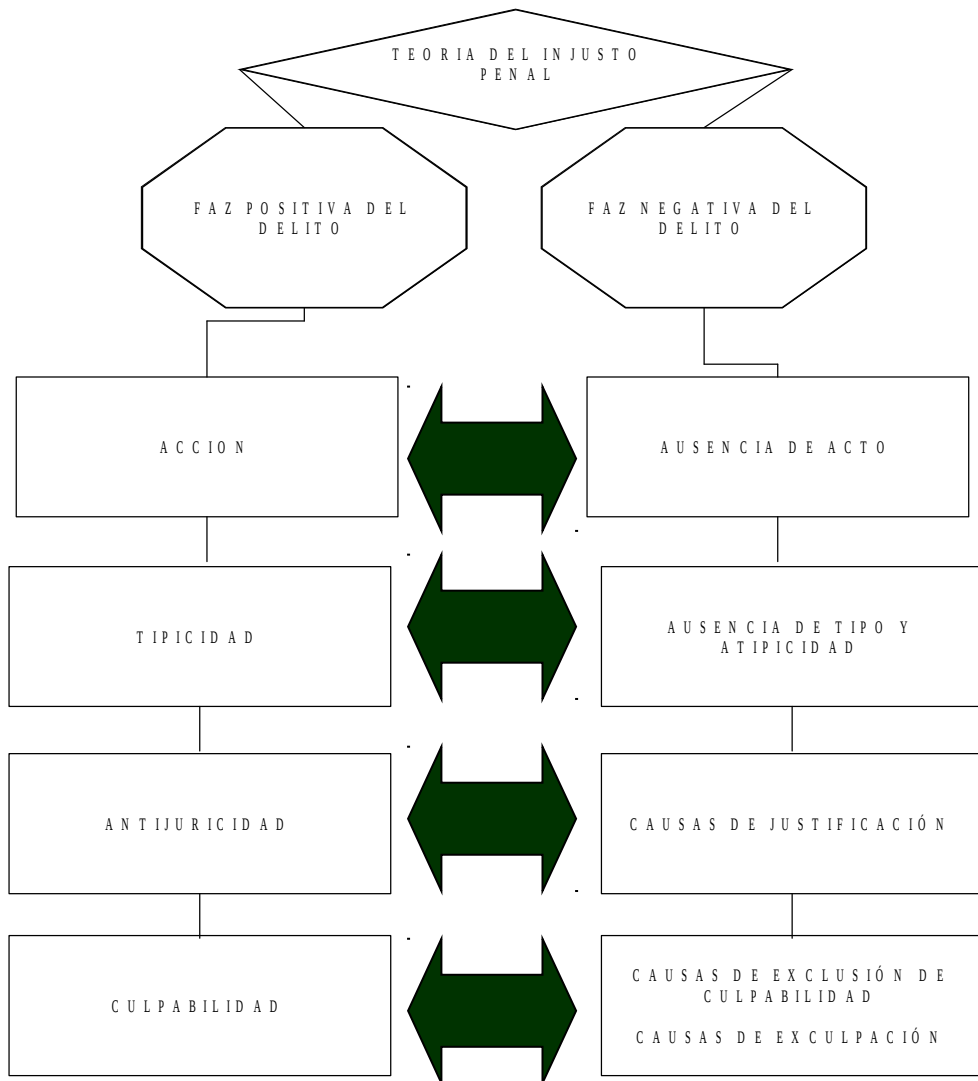
El artículo 2 inciso 24 parágrafo d de la Constitución consagra al principio de legalidad como rector del derecho penal y eleva a la categoría de norma constitucional a la denominada teoría del delito, en virtud de la cual solamente puede ser ilícito penal la acción típica, antijurídica y culpable.

Para su funcionamiento u operatividad la teoría del injusto penal elabora un concepto de delito en forma de “moneda”, distinguiendo entre dos “caras” del ilícito penal, a las que se denominan la faz positiva y la faz negativa del delito.

La faz positiva del delito se verifica cuando en el hecho imputado concurren los tres presupuestos de la punibilidad: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

La faz negativa del delito se produce cuando se presentan diversas situaciones previstas en la ley penal cuyo efecto es la imposibilidad de la concurrencia de alguno de los presupuestos de la punibilidad, impidiendo calificar al hecho como crimen.

Así por ejemplo, cuando un hijo mata en defensa de su padre a un sujeto que pretende victimarlo, si bien mata lo hace en legítima defensa de un tercero, que es una causa de justificación cuyo efecto es eliminar al presupuesto de la punibilidad antijuricidad y la posibilidad de calificar a la muerte del agresor como delito de homicidio.



El error de prohibición invencible no corresponde a la faz negativa de la antijuricidad como equivocadamente considera el Tribunal Penal Supremo.

El error de prohibición invencible corresponde a la faz negativa de la culpabilidad, en la que se tienen a las causas de exclusión de la culpabilidad y a las causas de exculpación:

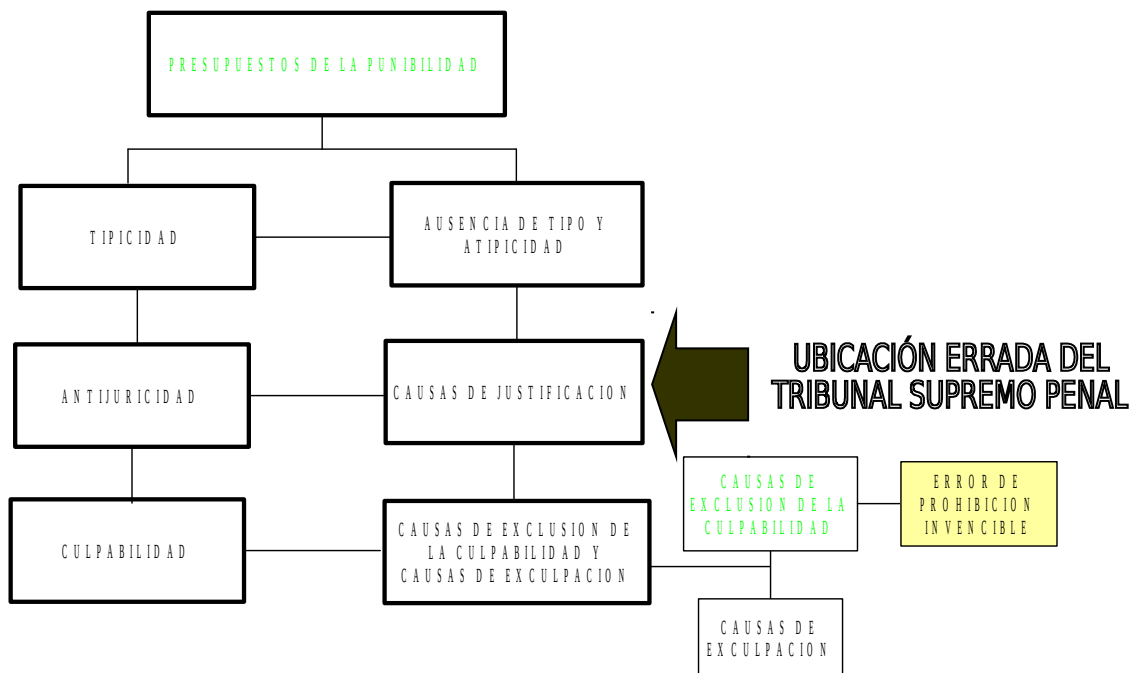
### CAUSAS DE EXCLUSION DE LA CULPABILIDAD

- Σ Incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (Artículo 20 inciso 1).
- Σ Error de prohibición invencible (Artículo 14 segundo párrafo).

## CAUSAS DE EXCULPACION

- Σ Estado de necesidad exculpante (Artículo 20 inciso 5).
- Σ Miedo insuperable (Artículo 20 inciso 5).
- Σ Obediencia jerárquica (Artículo 20 inciso 9).

Resulta evidente que cuando denunciemos que en la instrucción no se admitió y actuaron testimoniales que prueban que los imputados requirieron la asistencia de abogados para la difusión del trabajo de las “Prostivedettes”, no se pretendía demostrar una causa de justificación que lleve a considerar que el hecho no era antijurídico, sino una causa de exclusión de la culpabilidad, el error de prohibición invencible.



Esta es la defensa técnica de Magaly Medina; la comunidad jurídica del Perú evaluará si jueces y abogados contribuyeron a la solución legal y por ende justa del caso judicial más importante que ha existido en el Perú para resolver el conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de información.